ORDRE DES SAGES-FEMMES
CHAMBRE DISCIPLINAIRE DE PREMIERE INSTANCE DU SECTEUR…

N°

CONSEIL NATIONAL DE l'ORDRE …

c/ Mme X, Sage-Femme libérale, prestataire de services

Audience du 25 mars 2022

Décision rendue publique par affichage le 29 juillet 2022

LA CHAMBRE DISCIPLINAIRE DE PREMIERE INSTANCE DE L'ORDRE DES SAGES-FEMMES DU SECTEUR…

Vu la procédure suivante :

Par un courrier enregistré au greffe de la chambre disciplinaire le 23 février 2021 et des mémoires enregistrés le 23 avril 2021, et le 30 juin 2021, le conseil national de 1'Ordre … a, sur le fondement des dispositions de l'article R. 4126-1 du code de la santé publique, saisi la chambre disciplinaire de première instance du Secteur ... d'une plainte à l'encontre de Mme X, sage-femme libérale prestataire de services à laquelle il reproche d'avoir manqué à ses devoirs et obligations déontologiques prévus par les dispositions des articles R. 4127-308, R. 4127-310, R. 4127-310-1 et R. 4127-322 du code de la santé publique, en participant à la diffusion de vidéos et podcasts commercialisés sur internet par démarchage auprès de professionnels.

Par des mémoires en défense enregistrés les 31 mars 2021 et 2 juillet 2021, Mme X, représentée par Me J conclut, à titre principal, à l'irrecevabilité de la plainte et, à titre subsidiaire, au rejet de la plainte.

Elle soutient que :

- la plainte est irrecevable en l'absence de phase de conciliation préalable, qui, au demeurant, lui aurait permis de s'expliquer et de lever toute ambiguïté ;

- en réponse à l'injonction que lui a adressée le conseil national de l'Ordre …, préalablement au dépôt de sa plainte, elle a effectué des démarches auprès de Mme B, propriétaire du site internet diffusant les vidéos pour que son nom ne figure *plus* dans les vidéos et ne soit plus associé aux produits commercialisés sur le site « ... » ; sa bonne foi étant établie par les diligences effectuées, la plainte présente un caractère discriminatoire ;

- l'interdiction de publicité appliquée aux professionnels de santé en France est contraire à l'article 56 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne et à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil d'Etat (cf. CE 6 novembre 2019, 416948 aux T.) ;

- les dispositions du code de déontologie ne prohibent que les opérations commerciales motivées par une volonté manifeste de tirer des revenus d'une activité promotionnelle ;

- les dispositions du code de la santé publique invoquées relatives au code de déontologie des professionnels de santé, modifiées par le décret n° 2020-1661 se bornant à disposer que le professionnel de santé « ne vise pas à tirer profit de son intervention dans le cadre de son activité professionnelle » n'ont pas été méconnues.

Vu:

- la désignation par la présidente de la Chambre disciplinaire de Mme BR, sage-femme libérale, en qualité de rapporteure;
- la clôture de l'instruction fixée le vendredi 11 février 2022 à 12h par une ordonnance du 7 janvier 2022.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu:

- l'accord sur la libre circulation du 21 juin 1999 conclu entre la Confédération suisse et la Communauté européenne, en vigueur le 1er juin 2002 ;
-la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles modifiée ;
- le code de la santé publique ;
-le décret n° 2020-1661 du 22 décembre 2020 portant modification du code de déontologie des sages-femmes relatif à leur communication professionnelle ;
- le code de justice administrative.

Après avoir entendu en audience publique, le 25 mars 2022 :

- Mme BR, sage-femme, en la lecture de son rapport·
- Les observations de Me T représentant le conseil national de l'Ordre …;
- et les observations de Me J, avocat représentant Mme X;

La défense ayant été invitée à prendre la parole en dernier.

APRES EN AVOIR DELIBERE

CONSIDERANT CE QUI SUIT :

1. Le conseil national de l'Ordre … a saisi le 23 février 2021 la chambre disciplinaire d'une plainte à l'encontre de Mme X, sage- femme libérale, et prestataire de services à laquelle il reproche, selon les termes de son avis motivé du 19 janvier 2021, d'avoir manqué dans l'exercice de sa profession de sage-femme à ses devoirs et obligations déontologiques prévus aux articles R. 4127-308, R. 4127-310, R. 4127-310-1 et R. 4127-322 du code de la santé publique, en matière de publicité en permettant l'usage de son nom à des fins commerciales, et en participant à la diffusion de vidéos et podcasts sur internet, commercialisés par démarchage auprès des professionnels.

Sur la compétence de la chambre disciplinaire de première instance de l'Ordre des sages-femmes du secteur ...:

2. Sans préjudice de l'application du droit de l'Union européenne relatif au système de reconnaissance des qualifications professionnelles prévu par la directive 2001/19/CE du 14 mai 2001, l'accord sur la libre circulation des personnes conclu le 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres, en vue de libéraliser la prestation de service de courte durée, prévoit la possibilité pour une sage-femme exerçant sa profession en Suisse de prester des actes de sage,.femme dans un autre Etat contractant de l'Union européenne, pour une durée maximale de 90 jours de travail effectif par année civile, sans être inscrite au tableau de l'Ordre. L'article 19 de l'annexe I de cet accord prévoit que le prestataire de services ayant le droit ou ayant été autorisé à fournir un service peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'Etat où la prestation est fournie dans les mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres ressortissants sans préjuger de l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives en ce qui concerne les prestations de services inférieures ou égales à 90 jours de travail effectif.

3. En application des dispositions de l'article L. 4112-7 du code de la santé publique issues de l'ordonnance n° 2009-1585 du 17 décembre 2009 transposant en droit interne la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 modifiée relative au régime de la libre prestation de services, la sage-femme ressortissante d'un pays membre de l'Union européenne, établie et exerçant légalement l'activité professionnelle de sage-femme dans un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, peut exécuter en France de manière temporaire et occasionnelle des actes de sa profession sans être inscrite au tableau de l'Ordre. L'exécution de ces actes est subordonnée à une déclaration préalable prévue à de l'article R. 4112-9, renouvelable tous les ans. L'article R. 4112-9-2 prévoit que le conseil national de l'Ordre enregistre le prestataire de services sur une liste particulière et en informe celui-ci en lui adressant un récépissé de déclaration.

4. L'article R. 4126-2 du code de la santé publique dispose que la sage-femme qui exécute des actes professionnels en France sans être inscrite au tableau de l'Ordre, dans les conditions prévues à l'article L. 4112-7, est tenue de respecter les règles professionnelles applicables en France et est soumise à la chambre disciplinaire de première instance dans le ressort de laquelle elle exécute ces actes professionnels. L'article R. 4126-4 dispose, toutefois, que ces dispositions ne sont pas applicables aux praticiens qui bénéficient des stipulations des conventions en vigueur relatives aux praticiens frontaliers.

5. Il résulte de l'instruction qu'après avoir exercé la profession de sage-femme à titre libéral, Mme X a sollicité du conseil départemental de l'Ordre de ... sa radiation du tableau, à compter du 10 septembre 2019. Depuis cette date, elle est établie et exerce la profession de sage-femme à titre libéral en Suisse. Mme X a procédé le 28 octobre 2019, en application de l'article R. 4112-9 du code de la santé publique à une déclaration de prestation de services, renouvelée en 2020 et 2021, auprès du conseil national de l'Ordre, qui en a accusé réception par des récépissés du 6 décembre 2019, 11 juin 2020 et 6 janvier 2021 et a procédé à son inscription sur la liste particulière prévue à l'article R. 4112-9-2 du code de la santé publique comme prestataire de services pour l'exécution de manière temporaire et occasionnelle d'actes de sage-femme, en application des stipulations de l'accord sur la libre circulation du 21 juin 1999 conclu entre la Confédération suisse et la France qui prévoit la possibilité pour un résident suisse d'exécuter

des actes professionnels en France, pour une durée de 90 jours. Dans ces conditions, et en application des dispositions du 4° alinéa de l'article L. 4112-7 du code de la santé publique, Mme X était, en tant que prestataire de services déclarée en 2019, 2020 et 2021, soumise au code de déontologie de la profession de sage-femme à raison des actes professionnels exécutés dans les départements de ... et de .... Par suite, la chambre disciplinaire de première instance de l'Ordre des sages-femmes du Secteur ... est compétente pour connaître de son comportement professionnel au regard des règles déontologiques de la profession de sage-femme, avant sa radiation du tableau et à raison des actes professionnels exécutés en qualité de prestataire de services exécutés sur le territoire français après sa radiation du tableau.

Sur le bien-fondé de la plainte :

6. Aux termes de l'article R. 4127 308 du code de la santé publique, dans sa version applicable jusqu'au 24 décembre 2020 : « *La sage-femme doit éviter dans ses écrits et par ses propos toute atteinte à l'honneur de la profession ou toute publicité intéressant un tiers, un produit ou une firme quelconque et, d'une manière générale, tout ce qui est incompatible avec la dignité individuelle et professionnelle d'une sagefemme./ Lorsque la sage-femme participe à une action d'information du public de caractère éducatif et sanitaire, quel qu'en soit le moyen de diffusion, elle doit ne faire état que de données confirmées, faire preuve de prudence et avoir le souci des répercussions de ses propos auprès du public. Elle doit se garder à cette occasion de toute attitude publicitaire soit personnelle, soit en faveur des organismes où elle exerce ou auxquels elle prête son concours, soit en faveur d'une cause qui ne soit pas d'intérêt général. (...)* ». Ce même article, dans sa version en vigueur à compter du 25 décembre 2020, issue du décret n° 2020-1661 du 22 décembre 2020 susvisé, également applicable à l'espèce, dispose que : « *Lorsque la sage-femme participe à une action d'information du public à caractère éducatif, scientifique ou sanitaire, quel qu'en soit le moyen de diffusion, elle ne/ait état que de données confirmées, fait preuve de prudence et a le souci des répercussions de ses propos auprès du public. Elle ne vise pas à tirer profit de son intervention dans le cadre de son activité professionnelle ou à en faire bénéficier des organismes au sein desquelles elle exerce ou auxquels elle prête son concours.* »

7. Aux termes de l'article R. 4127-310 du même code, alors en vigueur: « *La profession de sage-femme ne doit pas être pratiquée comme un commerce. / Sont interdits les procédés directs ou indirects de publicité et, notamment, tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale. / Ne constitue pas une publicité au sens de cet article, la diffusion directe ou indirecte, notamment sur un site internet, de données informatives et objectives, qui, soit présentent un caractère éducatif ou sanitaire, soit figurent parmi les mentions légales autorisées ou prescrites par les articles R. 4127-339 à R. 4127-341, soit sont relatives aux conditions d'accès au lieu d'exercice ou aux contacts possibles en cas d'urgence ou d'absence du professionnel. Cette diffusion d'information fait préalablement l'objet d'une communication au conseil départemental de l'ordre. /Le conseil national de l'ordre émet, dans ce domaine, des recommandations de bonnes pratiques et veille au respect des principes déontologiques.* ».

8. Aux termes de l'article R. 4127-310-1 du code de la santé publique, créé par le décret n° 2020-1661 du 22 décembre 2020 : « *I -La sage-femme est libre de communiquer au public, par tout moyen, y compris sur un site internet, des informations de nature à contribuer au libre choix du praticien par le patient, relatives notamment à ses compétences et pratiques professionnelles, à son parcours professionnel et aux conditions de son exercice. / Cette*

communication respecte les dispositions en vigueur et les obligations déontologiques définies par la présente section. Elle est loyale et honnête, ne fait pas appel à des témoignages de tiers, ne repose pas sur des comparaisons avec d'autres sages-femmes ou établissements et n'incite pas à un recours inutile à des actes de prévention ou de soins. Elle ne porte pas atteinte à la dignité de la profession et n'induit pas le public en erreur. / II - La sage-femme peut également, par tout moyen, y compris sur un site internet, communiquer au public ou à des professionnels de santé, à des fins éducatives ou sanitaires, des informations scientifiquement étayées sur des questions relatives à sa discipline ou à des enjeux de santé publique. Elle formule ces informations avec prudence et mesure, en respectant les obligations déontologiques, et se garde de présenter comme des données acquises des hypothèses non encore confirmées. / III - Les communications mentionnées au présent article tiennent compte des recommandations émises par le conseil national de l'ordre. ».

9. Aux ternies de l'article R. 4127-322 du code de la santé publique: « *Toute sage-femme doit s'abstenir, même en dehors de l'exercice de sa profession, de tout acte de nature à déconsidérer celle-ci./ Une sage-femme ne peut exercer une autre activité que si un tel cumul est compatible avec la dignité professionnelle ou n'est pas interdit par la réglementation en vigueur./ Il est interdit à la sage-femme d'exercer une autre profession qui lui permette de retirer un profit de ses prescriptions ou de conseils ayant un caractère professionnel.».*

10. Par une décision du 6 novembre 2019 (CE n° 416948 aux T.), le Conseil d'Etat a rappelé qu'il résulte des stipulations de l'article 56 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt rendu le 4 mai 2017 (CJUE 4 mai 2017 n° C-339/15, pt 49) que s'il incombe au pouvoir réglementaire dans l'élaboration des règles professionnelles applicables aux professionnels de santé de définir les conditions d'une utilisation par ceux-ci de procédés de publicité compatibles avec les exigences de protection de la santé publique, de dignité de la profession, de confraternité entre praticiens et de confiance des patients envers eux, ces stipulations s'opposent à des dispositions réglementaires interdisant de manière générale et absolue toute forme de publicité en ligne, directe ou indirecte, destinées à promouvoir l'activité d'un professionnel de santé.

11. Par sa décision CE 4 mai 2016, n° 383548, aux T., le Conseil d'Etat avait déjà précisé la portée de l'article R. 4127-308 du code de la santé publique qui poursuit un objectif d'intérêt général de bonne information des patients et ne fait obstacle ni à la mise à disposition du public par ce praticien, au-delà des indications expressément mentionnées dans le code de la santé publique, d'informations médicales à caractère objectif et à finalité scientifique, préventive ou pédagogique, ni à la délivrance d'informations présentant un caractère objectif sur les modalités d'exercice, destinées à faciliter l'accès aux soins. Les dispositions du code de déontologie des sages-femmes, modifiées par le décret n° 2020-1661 du 22 décembre 2020 relatif à la communication professionnelle des sages-femmes pour les mettre en conformité avec le droit de l'Union européenne, ne prohibent que les opérations commerciales motivées par une volonté manifeste de tirer des revenus d'une activité promotionnelle ; mais n'interdisant pas qu'une sage-femme puisse communiquer des informations et délivrer au public un conseil.

12. Il s'ensuit que les dispositions invoquées par le plaignant, modifiées par le décret précité et applicables à l'espèce, ne proscrivent que les communications professionnelles des sages-femmes assimilables à de pures opérations commerciales.

En ce qui concerne le contenu de la communication litigieuse :

13. Le conseil national de l'Ordre … reproche à Mme X d'avoir persisté, malgré sa demande du 19 juin 2020 l'enjoignant de faire cesser la diffusion de ces vidéos sous peine de sanctions disciplinaires, à permettre l'usage de son nom à des fins commerciales en participant à l'élaboration du programme de préparation à l'accouchement *Naissance Douce,* et de procéder, par ce biais, à une présentation commerciale de son activité de sage-femme sur internet. Il soutient que la sage-femme apparait dans une vidéo disponible sur Youtube, extraite du programme « …».

14. Toutefois, d'une part, et contrairement à ce qu'indique le conseil national de l'Ordre, dans son courrier d'injonction du 19 juin 2019, il ne s'agit pas d'un programme de préparation à l'accouchement à domicile. D'autre part, il ne résulte pas de l'instruction et n'est pas sérieusement démontré que l'information délivrée par les programmes de préparation à l'accouchement *Naissance douce* et de sophrologie prénatale réalisés par Mme X, en qualité de sage-femme, excèderait le but éducatif revendiqué, ou serait contraires aux données acquises de la science et que cette communication ne serait pas conformes aux obligations déontologiques définies par les dispositions en vigueur invoquées par le plaignant, notamment celles des articles R. 4127-308, R. 4127-310 et R. 4127-310-1 du code de la santé publique. Il ne résulte pas davantage de l'instruction qu'en participant à l'élaboration de ces produits, la sage-femme visée par la plainte aurait méconnu les dispositions de l'article R. 4127-322 et contribué à déconsidérer sa profession, en dehors de son exercice.

15. Il résulte de l'instruction et n'est pas sérieusement contesté que, dès réception de l'injonction du conseil national de l'Ordre, Mme X a fait toute diligence en demandant à l'éditrice, Mme B, journaliste et naturopathe, propriétaire du site internet … diffusant les vidéo de prendre les dispositions nécessaires pour que son nom soit retiré de toutes les séquences et ne soit plus associé aux produits commercialisés sur ce site, qu'informée de ce que la mention de son nom dans le cadre du programme post-natal mis en ligne persistait à la date de notification de la plainte, elle a immédiatement renouvelé ses démarches afin que celui-ci disparaisse totalement, que son nom ne figure plus sur les vidéos *Naissance douce,* et que tous les correctifs ont finalement été apportés comme en atteste le mail de Mme B du 19 mars 2021, produit au dossier. Elle a, quant à elle, déclaré avoir supprimé, sur son site professionnel suisse, tout lien avec le site internet de Mme B. Dans ces conditions, sa bonne foi doit être regardée comme établie.

En ce qui concerne le caractère promotionnel et commercial de la communication en litige:

16. Le conseil national de l'Ordre … soutient d'une part, que Mme X a participé activement à la promotion, la diffusion et à la commercialisation des vidéos et podscats en ligne relatifs aux programmes de préparation à l'accouchement *Naissance douce* et de sophrologie prénatale, notamment par démarchage auprès de consœurs et, d'autre part, qu'elle a procédé par ce biais à une présentation commerciale de son activité de sage-femme en méconnaissance de ses obligations déontologiques.

17. Toutefois, le démarchage auprès de consœurs n'est pas établi par le plaignant qui se borne à produire la copie d'un mail reçu le 26 juin 2020, que lui aurait adressé une sage-femme dont le conseil national de l'Ordre n'a ni révélé l'identité, ni démontré la qualité de sage-femme, lui transférant un message daté du 25 juin 2020 de prospection commerciale vantant les mérites de l'ensemble des vidéos et podcasts du programme de préparation à la naissance dans lesquels le nom et la personne de Mme X apparaissaient. Compte tenu des dates de ce signalement, celui-ci ne peut être à l'origine de l'alerte dont le conseil national de l'Ordre faisait état dans son courrier du 19 juin 2020 demandant à Mme X de faire cesser la diffusion des vidéos, considérées par le conseil de l'Ordre comme non conformes au code de déontologie des sages-femmes.

18. En défense, celle-ci soutient que le contrat de cession de ses droits de co-auteur sur les programmes vidéos à Mme B, éditrice, en charge de la commercialisation des produits, dont elle a informé le conseil national de l 'Ordre dans son courrier du 16 juillet 2020, démontre qu'elle n'a retiré aucun bénéfice de la vente de ces vidéos et podcasts. Elle soutient, sans être sérieusement contestée, n'avoir perçu aucune rémunération sur les ventes et n'avoir eu aucun droit de regard sur la commercialisation des produits sur internet organisé exclusivement par l'éditrice détentrice des droits d'auteur.

19. Devant la chambre disciplinaire, le plaignant se borne à soutenir, sans produire aucun élément probant, que la vente et la diffusion des vidéos seraient constitutives d'un avantage accordé par l'éditrice en contrepartie de la cession de ses droits d'auteur et témoignerait de la promotion à des fins commerciales de l'activité professionnelle de la sage-femme. Il ne produit, toutefois, aucun élément de nature à démontrer que, jusqu'à sa radiation du tableau de l'Ordre, ou à l'occasion des actes professionnels exécutés à titre temporaire en qualité de prestataire de services, la commercialisation par un tiers de ces vidéos aurait concouru à la promotion de l'activité professionnelle de sage-femme de Mme X. La circonstance que le contrat de cession des droits d'auteur prévoit la mise à disposition de l'intéressée, au bénéfice de ses p arturientes d'exemplaires g ratuits des produits commercialisés en ligne, sur sa plateforme par Mme B, ne peut être regardée comme une « manœuvre » de l'intéressée pour assurer la promotion commerciale de son activité professionnelle. La sage-femme exerçant sa profession en Suisse, lieu de son établissement, depuis sa radiation du tableau et s'étant déclarée prestataire de services à titre temporaire dans les départements de ... et de ..., la jurisprudence dont se prévaut le plaignant pour démontrer la non-conformité de la communication en litige avec les règles de la profession de sage-femme en matière de publicité de son activité professionnelle sur la période postérieure à sa radiation du tableau le 10 septembre 2019, est inopérante.

20. Enfin, il ne résulte pas de l'instruction qu'en participant à l'élaboration de ces produits, Mme X aurait contribué à déconsidérer sa profession en dehors de son exercice en méconnaissance des dispositions de l'article R. 4127-308 du code de la santé publique, ni qu'elle aurait méconnu les dispositions de l'article R. 4127-322 qui se bornent à prohiber l'exercice par la sage-femme d'une autre profession lui permettant de retirer un profit de ses prescriptions ou conseils ayant un caractère professionnel.

21. Il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée en défense, que la plainte du conseil national de l'Ordre des sages-femmes doit être rejetée.

..

Par ces motifs, la chambre disciplinaire de première instance de l'Ordre des sages-femmes secteur ... :

DECIDE

Article 1er: La plainte du conseil national de l'Ordre … est rejetée.

Article 2 : La décision sera notifiée conformément aux dispositions de l'article R. 4126-33 du code de la santé publique à Mme X, à Me J, au Conseil national de l'Ordre des sages-femmes, à la chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des sages-femmes, au Conseil départemental de l'Ordre des sages-femmes de ..., au Conseil départemental de l'Ordre des sages-femmes de ..., au directeur général de l'Agence régionale de santé …, au procureur de la République près le Tribunal Judiciaire … et aux autorité ministérielles françaises et suisses chargées de la santé.

Article 3 : Il peut être fait appel de la présente décision auprès de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des sages-femmes, sise 168 rue de Grenelle 75007 Paris, dans un délai de trente jours à compter de sa notification. A ce délai, un délai supplémentaire de distance de deux mois est accordé aux personnes résidents à l'étranger en application de l'article 643 du Code de procédure civile.

Délibérée dans la même composition, à l'issue de l'audience où siégeaient:

- Mme …, présidente de la chambre disciplinaire de première instance,

- Mmes …, sages femmes, membres de la chambre disciplinaire de première instance, représentant l'Ordre des Sages-Femmes.

Décision rendue publique par affichage le 29 juillet 2022.

Article R. 751-1 du code de justice administrative: « La République mande et ordonne au ministre chargé de la santé en ce qui le concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.»