

## S O M M A I R E >>>

	Pages
- Nouvelle loi sur le harcèlement	1
- Radiologues et cliniques privées	1
- Société civile et répartition des dépenses	2
- Erreur d'organe opéré : pas d'indemnisation du préjudice éventuel	2
- Cession de contrat d'exercice libéral à un hôpital	3
- Masseurs-kinésithérapeutes : nombre de parts limité dans leur SCP	4
- Résiliation contrat ARE sans respect de la procédure	5
- Dignité médicale du détenu	5
- Pas de préavis avant rupture contrat	7
- Absence de lien de subordination entre remplaçant et cabinet médical	8
- Clause de dédit ou clause pénale	8
- Bail professionnel en clinique	9
- Ophtalmologie : partage des disciplines	9
- Site internet : pas de publicité	10
- Site distinct : annulation d'une autorisation à des cardiologues	10
- Site distinct : PH urgentiste et activité libérale	10
- Autorisations sanitaires : nouvelles censures des erreurs de l'Administration	11
- T2A : tendance actuelle au règlement amiable	12

### **La Lettre du Cabinet**

Publication pluriannuelle éditée par :

Isabelle Lucas-Baloup  
Avocat à la Cour de Paris

Ont collaboré à ce numéro :

Isabelle Lucas-Baloup  
Jonathan Quaderi  
Céline Hullin  
Pierre Culioli

ISSN 1766-3903  
Editions Scrof  
Dépôt légal : Septembre 2012

12 avenue Kléber - 75116 Paris  
Téléphone : 01 44 17 84 84  
Télécopie : 01 44 17 84 85  
isabelle@lucas-baloup.com  
http://www.lucas-baloup.com

**Septembre 2012**

### **Nouvelle loi sur le harcèlement sexuel**

(loi n° 2012-954 du 6 août 2012, article 222-33 du code pénal)

Gare aux plaisanteries lourdingues ou aux insinuations, gestes et commentaires répétés sur ce qui se trouve sous la blouse des infirmières, ou derrière le tablier de plomb des manipulatrices. La loi nouvelle sur le harcèlement sexuel est arrivée au milieu de l'été, juste avant la canicule, et condamne à 2 ans de prison et 30 000 € d'amende celui ou celle qui impose « à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ». La peine est portée à 3 ans et 45 000 € d'amende notamment si les faits sont commis par une « personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ». Mais il n'est pas imposé qu'un lien de subordination existe entre l'auteur du harcèlement et la victime (un infirmier peut donc être condamné pour harcèlement d'une patiente hospitalisée, comme un directeur d'établissement sur la secrétaire personnelle d'un chirurgien, ou encore un biologiste libéral sur une pharmacienne salariée à temps partiel de la PUI).

L'article 222-33-2 qui prévoit la sanction du harcèlement d'autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, doit être affiché dans les lieux de travail, dans lesquels il est vivement conseillé en conséquence de ne pas afficher ses atomes crochus ou ses rêves de tendresse partagée avec un(e) subordonné(e), ou pas, avec lequel(laquelle) on s'abstiendra désormais de prendre seul(e) l'ascenseur qui conduit à la cafeteria, au bloc, ou au septième ciel. *Dura lex, sed lex.*

**ILB**

### **Radiologues et cliniques privées : le cabinet indépendant constitue « le service de radiologie de la Clinique »**

(Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> ch. civ. arrêt du 12 juillet 2012)

Une SCM de radiologues est titulaire, en vertu d'un contrat de sous-location, au sein d'un bâtiment loué par une clinique, de locaux propres, d'un matériel spécifiquement dédié à l'exercice de l'imagerie médicale dont elle avait l'exclusivité et d'une indépendance qui lui permettait notamment d'avoir une clientèle distincte de celle de la Clinique. Un footballeur professionnel est adressé aux radiologues pour une arthroscanner. Une infection est déclarée et une ponction met en évidence la présence d'un streptocoque.

L'arrêt statue ainsi sur la responsabilité de la Clinique :

« Vu l'article L. 1142-1, I, alinéa 2 du code de la santé publique ;

« Attendu qu'en vertu de ce texte, est responsable des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'il rapporte la preuve d'une cause étrangère, tout établissement, service ou organisme dans lequel sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ;

« Attendu que, pour écarter la responsabilité de la Clinique, la Cour d'appel, ayant constaté que la SCM de radiologie disposait, en vertu d'un contrat de sous-location, au sein du bâtiment loué par la Clinique, de locaux propres, d'un matériel spécifiquement dédié à l'exercice d'une activité dont elle avait l'exclusivité et d'une indépendance qui lui permettait notamment d'avoir une clientèle distincte de celle de la Clinique, puis que le patient avait été adressé au radiologue sur recommandation extérieure d'un

(suite p. 2)

(suite de la p. 1)

autre praticien et que l'examen avait été pratiqué dans les locaux et par un médecin de la SCM de radiologie, peu important que l'adresse fût identique à celle de la Clinique dans la mesure où les locaux étaient distincts, en a déduit que l'arthroscanner à l'origine de l'infection nosocomiale n'avait pas été pratiquée dans l'établissement de santé Clinique ;

« Qu'en statuant ainsi, quand elle avait constaté qu'aux termes de la convention conclue entre elles, la SCM de radiologues assurait tous les besoins de la Clinique en matière de radiologie courante et bénéficiait de l'exclusivité de l'installation et de l'usage de tout appareil radiologique dans la Clinique, de sorte que la SCM pouvait être considérée comme le service de radiologie de l'établissement de santé, lequel était soumis aux dispositions de l'article susvisé pour les infections nosocomiales qui y étaient survenues, la Cour d'appel a violé ce texte par fausse application ;

« Par ces motifs

« Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a dit que la Clinique n'était pas responsable [...] »

Cet arrêt est particulièrement intéressant, au-delà de la responsabilité liée au droit spécifique de la responsabilité en matière d'infections nosocomiales. En effet, il est fréquent que des contentieux opposent des cabinets de radiologie de plus en plus indépendants, mais néanmoins situés dans le périmètre de l'établissement de santé privé, ou sur un lot immédiatement contigu, emportant alors des conséquences liées au maintien ou non des autorisations administratives délivrées par les agences régionales de santé, ou à des conflits de concurrence entre médecins, qui impliquent de savoir si de tels cabinets de radiologie doivent être considérés « sur le site » de la Clinique, ou en dehors, ou « dans le périmètre », ou immédiatement contigus etc., les conventions diverses et autorisations nécessitant alors une analyse de ces notions pour distribuer les obligations respectives des parties... **ILB**

### **Société civile : une déclaration fiscale ne constitue pas un acte établissant un consentement unanime pour modifier les règles de répartition des dépenses prévues aux statuts**

(Cour de cassation, arrêt du 12 juin 2012, n° 11-17.042, 672)

Dans les statuts d'une société civile de moyens, il est prévu que les associés contribuent aux dépenses proportionnellement à leur participation au capital social. Les déclarations fiscales signées par les deux cogérants font état d'une répartition égalitaire dans la prise en charge des dépenses de la société, alors que les deux associés n'ont pas le même nombre de parts. L'un d'entre eux soutient alors que les déclarations fiscales témoignent d'une décision non équivoque des associés résultant de leur accord unanime de modifier les règles statutaires, ainsi qu'il est prévu à l'article 1854 du code civil : « Les décisions peuvent encore résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte. ».

La Cour de cassation annule l'arrêt de la cour d'appel de

Nîmes qui avait fait droit à cette position, en jugeant que « les déclarations fiscales ne constituent pas un acte au sens de l'article 1854 du code civil. »

Il arrive fréquemment que les professionnels de santé liés entre eux par une SCM ou autres sociétés civiles, dotées ou non de la personnalité juridique, SCP, sociétés en participation et autres sociétés de fait, ne respectent pas parfaitement les statuts et appliquent, avec leurs comptables, des modes de répartition des dépenses, voire des résultats, ne correspondant pas strictement aux dispositions statutaires. Il est clair qu'ils ne pourront se prévaloir des déclarations annuelles de BNC ou autres pour conforter leur position violant les statuts. **ILB**

### **Erreur d'organe opéré : pas d'indemnisation du préjudice éventuel**

(Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> civ., arrêt du 28 juin 2012, n° 11-19265)

Un chirurgien vasculaire effectuée par erreur, sur une patiente souffrant d'insuffisance veineuse à la jambe droite, un stripping de la veine saphène interne (grande saphène) au lieu de la veine saphène externe (petite saphène). En première instance, il a été condamné à indemniser la victime au titre des préjudices temporaires, patrimoniaux, extrapatrimoniaux et du préjudice esthétique. Dans un arrêt du 4 avril 2011, la Cour d'appel de Reims a fait siens les arguments des premiers magistrats mais a sanctionné en plus le médecin au paiement de :

- 5 400 € correspondant au préjudice né d'une perte de chance de guérison,
- 3 000 € correspondant à un préjudice extrapatrimonial exceptionnel.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 28 juin 2012 (n° 11-19265), a confirmé partiellement l'arrêt de la Cour d'appel en jugeant que :

« L'opération envisagée, qui ne présentait qu'un faible risque d'échec, n'avait pu avoir lieu en raison de l'erreur médicale commise par M. Y..., a caractérisé l'existence d'un préjudice né de la perte d'une chance de guérison à l'occasion de l'opération litigieuse ;

« Pour condamner M. Y... à verser à Mme X... une somme de 3 000 euros, la cour d'appel a relevé l'impossibilité psychologique dans laquelle se trouvait désormais cette dernière d'engager sereinement des soins médicaux, particulièrement s'ils (suite p. 7)

## Cession de contrat de médecin entre établissements de santé non acceptée par le praticien : résiliation imputable à la Clinique d'origine

(Cour d'appel Angers, 1<sup>ère</sup> ch. A, arrêt du 5 juillet 2011)

La « restructuration de l'offre de soins » conduit certains acteurs, propriétaires de cliniques privées, à s'en débarrasser en les cédant à diverses autres structures, groupements de coopération sanitaire voire hôpitaux publics. La présente affaire montre, s'il en était besoin, que ces solutions n'exonèrent pas les cliniques privées de leurs obligations à l'égard de ceux des médecins libéraux titulaires de contrats d'exercice n'ayant pas expressément accepté le transfert :

Une Clinique avait concédé à un anesthésiste un contrat d'exercice privilégié à durée indéterminée, sans indemnité en cas de rupture, mais avec obligation de respecter un délai de préavis dont la durée variait en fonction de celle d'exécution du contrat. La clinique vend ses biens, ses équipements, plateaux techniques et autorisations ainsi que « son activité médicale » à un centre hospitalier intercommunal. L'acte de cession comporte une clause précisant : « *Contrat des praticiens : l'acquéreur fera son affaire personnelle de l'ensemble des contrats conclus entre les praticiens et le vendeur. L'acquéreur s'engage à prendre en charge les conséquences, y compris financières, de l'éventuel refus de l'un des praticiens* ». En exécution de cette clause, l'hôpital propose à l'anesthésiste un « *contrat d'autorisation à intervenir dans les structures d'hospitalisation spécifiques* », offre de contracter que l'anesthésiste refuse, considérant que les règles qui lui étaient imposées n'étaient pas acceptables. Aucune conciliation n'étant intervenue, l'anesthésiste assigne la Clinique en paiement d'une indemnité compensatrice de préavis et obtient un jugement condamnant cette dernière pour rupture par son fait exclusif du contrat d'exercice privilégié à lui payer environ 500 000 €, l'hôpital public étant tenu au paiement en application de la stipulation pour autrui contenue dans le contrat de cession.

Une contestation de la compétence des tribunaux judiciaires est élevée par l'hôpital, qui se termine par un arrêt du Tribu-



Isabelle Lucas-Baloup

nal des conflits qui juge que la convention de cession était un contrat de droit privé, relevant de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. L'affaire revient en conséquence devant la Cour d'appel d'Angers dont l'arrêt mérite d'être cité par extraits :

« I) Sur l'imputabilité de la rupture du contrat d'exercice privilégié

« *Attendu que le contrat d'exercice privilégié qui liait le médecin à la Clinique depuis 1977 s'est trouvé automatiquement résilié en 1997, date à laquelle le centre hospitalier intercommunal, structure publique, a repris, à titre exclusif, l'activité médicale de cet établissement de santé privé ; que le centre hospitalier soutient que cette rupture serait imputable au praticien qui aurait refusé de conclure le contrat d'autorisation à intervenir dans les structures d'hospitalisation spécifiques [...] alors que ce contrat lui laissait la faculté d'exercer librement son art au sein d'une clinique ouverte, et dans le strict respect des conditions de son contrat d'exercice privilégié ; qu'il admet que la valeur nominale des redevances perçues sur les honoraires des médecins était plus élevée que dans le cadre du contrat d'exercice libéral, mais affirme que ce désavantage aurait été compensé par la disparition de certaines dépenses (frais de secrétariat,*

*de formation, de déplacement, d'aides opératoires, d'achat de matériel) qui, dans le secteur privé, restent à la charge du praticien ; [...]*

« *Mais attendu que, au-delà de la question des redevances perçues sur les honoraires du praticien lesquelles passaient de 10 % à un minimum de 20 %, pouvant aller jusqu'à 60 % selon le barème prévu par l'article R. 714-37 du code de la santé publique alors applicable, et dont l'augmentation se trouvait partiellement compensée par le transfert de certaines charges de fonctionnement vers l'établissement de santé public, force est de constater qu'aucune disposition légale ou conventionnelle ne contraignait l'anesthésiste à exercer son art dans une structure de clinique ouverte qui, bien que préservant la liberté de choix du patient et la liberté d'exercice des praticiens qui acceptent d'y intervenir, reste soumise aux contraintes de gestion du service public hospitalier ;*

« *Que, dès lors, chacun des praticiens libéraux exerçant au sein de la Clinique demeurait libre de ne pas accepter le contrat de collaboration qui lui était proposé par le centre hospitalier et que l'anesthésiste ne peut se voir imputer comme une faute*

*d'avoir décliné l'offre de contracter, ni celle plus avantageuse, annoncée par l'ARH ; [...] Attendu que le jugement ne peut donc qu'être confirmé en ce qu'il a jugé que la rupture du contrat d'exercice privilégié de l'anesthésiste incombait exclusivement non pas au centre hospitalier au sein duquel ce praticien n'a jamais exercé son art, mais à la clinique qui, en vendant l'ensemble de ses biens immobiliers, des matériels, équipements et plateaux techniques servant à son exploitation ainsi que l'exclusivité de son activité médicale, s'est placée dans l'impossibilité absolue de poursuivre l'exécution de ses engagements envers son co-contractant ;*

« II) Sur la sanction du non respect du délai de préavis

(suite p. 4)

(suite de la p. 3)

« Attendu qu'aucune des parties ne conteste que cette rupture unilatérale n'a pas été précédée du délai de préavis de deux ans auquel l'anesthésiste pouvait prétendre en application de l'article 10 de son contrat d'exercice privilégié ; que, d'ailleurs, les négociations sur la cession de la clinique sont demeurées confidentielles jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1997, date à laquelle une réunion d'information a été tenue avec l'ensemble des médecins libéraux et a permis d'évoquer toutes les possibilités de rapprochement entre la clinique et l'hôpital [...]

« Qu'il s'ensuit que le délai de préavis n'a pu, au mieux, courir qu'à compter du 2 septembre 1997, date à laquelle l'anesthésiste a reçu le projet de contrat d'intervention dans la clinique ouverte que l'hôpital avait reçu l'autorisation de créer et a pu opter, en connaissance de cause, sur sa collaboration avec cette structure de santé ; que le praticien a donc disposé d'un préavis effectif d'un mois au lieu des 24 mois auxquels les avantages acquis de son contrat d'exercice privilégié lui permettaient de prétendre ;

« Attendu que ce contrat ne stipulant pas les modalités de calcul de l'indemnité compensatrice de préavis, il appartient au juge d'en chiffrer le montant, en considération du préjudice qui en a résulté pour l'anesthésiste ;

« Que, pour fixer cette indemnité compensatrice à la somme de 499 136,22 €, les premiers juges ont retenu qu'elle devait réparer la perte de revenus des deux années d'activités supplémentaires que l'anesthésiste aurait été en droit d'exercer au sein de la clinique, perte calculée

d'après les recettes déclarées fiscalement par l'intéressé au titre des années 1995 et 1996 ; qu'il convient en outre de rappeler que la cession de la clinique a permis à l'hôpital de reprendre, sans régler de droit de présentation, la patientèle d'un praticien anesthésiste qui exerçait depuis plus de vingt ans dans une structure chirurgicale et gynéco-obstétricale qui, constituant la seule maternité privée de la Mayenne, générait en 1996 un chiffre d'affaires de 30 MF ; qu'en outre l'anesthésiste justifie avoir été contraint, pour reprendre son activité de médecin anesthésiste au sein d'une nouvelle clinique après trois mois d'interruption, de conclure un contrat de succession emportant le versement d'un droit de présentation au praticien auquel il succédait, ainsi qu'un nouveau contrat d'exercice libéral qui ne reprenait pas les avantages acquis de son précédent contrat ; qu'il en a nécessairement résulté, pour lui, un préjudice financier dont le Tribunal a justement estimé la réparation ;

« Que le jugement sera donc également confirmé en ce qu'il a chiffré l'indemnité réparatrice de la rupture abusive du contrat d'exercice privilégié de l'anesthésiste à la somme de 499 136,22 € ;

« III) Sur le débiteur de cette indemnité  
« Attendu qu'aux termes de la clause intitulée « contrats des praticiens » figurant dans l'acte de cession conclu entre la clinique et le centre hospitalier intercommunal, il était convenu que : "A compter du 1<sup>er</sup> octobre 1997, l'acquéreur fera son affaire personnelle de l'ensemble des contrats conclus entre les praticiens et le vendeur. [...] L'acquéreur s'engage à prendre en charge les conséquences, y

compris financières, de l'éventuel refus de l'un des praticiens." [...]

« Qu'il ressort clairement que le cessionnaire, personne morale de droit public, s'engageait à tout mettre en œuvre pour assurer la pérennité de l'entité cédée et pour faciliter la "reprise" des contrats d'exercice liant la clinique aux praticiens, en créant à cette fin une clinique ouverte ; [...]. »

La Cour d'Angers condamne en conséquence l'hôpital à payer l'indemnité compensatrice de rupture sans préavis, outre 8 000 € au titre des frais judiciaires exposés par l'anesthésiste pour faire valoir ses droits.

Un arrêt à faire lire à un certain nombre de gestionnaires d'établissements tentés d'imposer, à faible coût, actuellement présentées comme « inéluctables » ou « incontournables » des cessions de contrat d'exercice libéral à des structures publiques qui modifient substantiellement les conditions initiales acceptées par les praticiens, non tenus d'accepter, malgré certaines affirmations contraires, ce changement d'encadrement contractuel qui s'accompagne, en raison des nouvelles dispositions de la loi HPST, d'une disparition du paiement à l'acte des honoraires, l'hôpital public ou le GCS optant pour l'échelle tarifaire dite publique conformément aux dispositions de l'article L. 6133-8 du code de la santé publique, règle lui-même les honoraires des médecins libéraux, le plus souvent en réduisant leur capacité à facturer des honoraires complémentaires s'ils sont inscrits en secteur 2...

ILB

## Masseurs-kinésithérapeutes : nombre de parts limité dans leur SCP

La pratique montre qu'il existe des spécificités juridiques méconnues de certains professionnels de santé concernant pourtant leurs propres structures d'exercice professionnel, tel que précisé dans le dernier alinéa de l'article R. 4381-34 du code de la santé publique selon lequel un masseur-kinésithérapeute ne peut posséder plus de 50 % du nombre total de parts du capital social.

Il faut convenir que cette limite est très spécifique aux SCP de masseurs-kinésithérapeutes et ne se retrouve pas dans les décrets d'application de la loi du 29 novembre 1966 aux autres professionnels.

CH

Nos commentaires en droit de la santé vous intéressent ?  
Retrouvez-les sur le site web du cabinet ainsi que d'autres textes et jurisprudences archivés :  
[www.lucas-baloup.com](http://www.lucas-baloup.com)

## **Résiliation de 4 contrats d'exercice d'anesthésistes sans respecter la procédure contractuelle prévue : condamnation de la Clinique**

(Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> ch. civ., arrêt du 26 janvier 2012)

Quatre anesthésistes ont assigné une clinique de Tours, dont la direction avait prononcé la rupture unilatérale de leur contrat d'exercice, qui prévoyait notamment : « *Si la résiliation résulte du fait de la Clinique, cette résiliation devra avoir été agréée par les trois quarts des praticiens actionnaires exerçant au sein de la Clinique et ne pourra intervenir que pour motif sérieux et légitime. [...] En l'absence de motif sérieux et légitime de résiliation par la Clinique, l'indemnité servie par elle sera alors de deux annuités si l'exercice du praticien a duré moins de dix ans, de trois annuités s'il a exercé plus de dix ans* ». Outre un débat sur les motifs invoqués par la Clinique pour justifier cette résiliation de leurs quatre contrats d'exercice, les anesthésistes repro-

chaient à cette dernière de ne pas avoir respecté l'obligation contractuellement prévue de faire agréer la résiliation par les trois quarts des praticiens actionnaires exerçant au sein de la Clinique.

Par un précédent arrêt que la Clinique contestait également devant la Cour de cassation, la Cour d'appel d'Orléans avait jugé qu'à la date de la résiliation plusieurs actionnaires étaient médecins et qu'il importe peu qu'un Groupe ait détenu 99,99 % des parts de la Clinique et que chacun des actionnaires personne physique n'ait été détenteur que d'une unique action, puisqu'aux termes du contrat d'exercice qui liait les parties et faisaient la loi entre elles la résiliation des contrats devait impérativement avoir été agréée par les trois quarts des praticiens

actionnaires exerçant au sein de la Clinique sans qu'il ne soit fait état d'une exigence relative au nombre de parts détenues par ces médecins. L'absence de consultation de ces praticiens a rendu en conséquence irrégulière la décision de rupture entraînant le paiement des indemnités de trois annuités d'honoraires puisque chacun des quatre anesthésistes justifiait d'une durée d'exercice supérieure à dix années au sein de l'établissement de soins.

Par arrêt du 26 janvier 2012, la Cour de cassation a déclaré non admis le pourvoi de la Clinique, considérant qu'aucun des moyens invoqués à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'Orléans n'était de nature à remettre en cause la décision des juges du second degré. **ILB**

## **Dignité médicale du détenu : traitement jugé dégradant, condamnation de l'Etat Français**

(CEDH, 5<sup>ème</sup> sect., 26 mai 2011, n° 19868/08)

Il peut s'avérer difficile, pour des raisons pratiques plus qu'éthiques, de concilier le statut de détenu avec une prise en charge respectant ses droits de patient.

Un excellent travail conduit à l'Institut de formation des manipulateurs d'électroradiologie médicale de Montpellier (Floriane Amaury, Sonia Bendjeddou et Mylène Garrigues, disponible sur internet) en témoigne : « *Les professionnels de santé ne demandent que très rarement aux forces de l'ordre accompagnant le détenu de sortir durant le soin ou l'examen [...] ; examen d'un détenu avec trois policiers derrière le paravent plombé [...] ; une autre fois, deux policiers sont restés à côté du détenu tout au long de l'examen même durant l'irradiation protégés par les tabliers plombés [...]. Dans un service d'urgence, un médecin et des infirmiers soignent les blessures d'une personne qui avait les mains menottées dans le dos, en train de se faire interroger par deux policiers* », etc. Entrent inconsciemment en conflit l'obligation de neutralité du professionnel de santé et un sentiment d'insécurité, la peur qu'évoque la délinquance, conduisant le médecin et le paramédical à agir différemment, exposés au risque d'une tentative d'évasion avec ou sans violence à leur égard, inquiétude renforcée le plus souvent par une méconnaissance de la réglementation concernant la prise en charge des personnes détenues.

### **Les menottes :**

L'article 803 du code de procédure pénale limite le port des

menottes ou des entraves « *s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite* » et l'article D. 397 du même code prévoit que « *Lors des hospitalisations et des consultations ou examens [...], les mesures de sécurité adéquates doivent être prises dans le respect de la confidentialité des soins.* »

### **Le niveau de sécurité adéquat :**

Les articles 294, 295 et 296 du code de procédure pénale imposent au chef d'établissement pénitentiaire, en considération de la dangerosité du détenu pour autrui ou lui-même, des risques d'évasion et de son état de santé, de définir si le détenu doit ou non faire l'objet de moyens de contrainte et d'en préciser la nature, soit des menottes, soit des entraves, soit les deux moyens en même temps lorsque la personnalité du détenu le justifie et son état de santé le permet. C'est donc une appréciation individualisée, qui sera tracée sur la fiche de suivi d'extraction médicale ainsi que la « chaîne d'accompagnement à l'hôpital ».

En ce qui concerne la consultation médicale stricto sensu, trois niveaux de surveillance doivent être envisagés :

- niveau de surveillance I : la consultation peut s'effectuer hors la présence du personnel pénitentiaire avec ou sans moyen de contrainte,
  - niveau de surveillance II : la consultation se déroule sous la surveillance constante du personnel pénitentiaire mais sans moyen de contrainte,
- (suite p. 6)

(suite de la p. 5)

- niveau de surveillance III : la consultation se déroule sous la surveillance constante du personnel pénitentiaire avec moyen de contrainte.

Par une circulaire du 18 novembre 2004 « relative à l'organisation des escortes pénitentiaires des détenus faisant l'objet d'une consultation médicale » (Bulletin Officiel du Ministère de la Justice n° 96-4), le Garde des Sceaux a précisé : « *Quel que soit le niveau de surveillance retenu, le chef d'escorte devra veiller à ce que les mesures de sécurité mises en œuvre n'entraînent pas la confidentialité de l'entretien médical. [...]* ».

### La déontologie médicale :

L'article R. 4127-10 du code de la santé publique (ancien article 10 du code de déontologie médicale) prévoit : « *Un médecin amené à examiner une personne privée de liberté ou à lui donner des soins ne peut, directement ou indirectement, serait-ce par sa seule présence, favoriser ou cautionner une atteinte à l'intégrité physique ou mentale de cette personne ou à sa dignité. S'il constate que cette personne a subi des sévices ou des mauvais traitements, il doit, sous réserve de l'accord de l'intéressé, en informer l'autorité judiciaire.* » (pas besoin de son accord si le détenu est mineur).

Si le niveau de surveillance arrêté par le chef d'établissement pénitentiaire ne convient pas au médecin, il peut le contester. La circulaire de 2004 susvisée précise : « *Un formulaire type préalablement renseigné par le chef d'établissement lui est alors remis par le chef d'escorte afin de porter à sa connaissance les motifs justifiant le recours à de telles mesures de sécurité. Seul le chef d'établissement, l'un de ses adjoints ou un chef de service pénitentiaire ayant reçu délégation à cet effet, saisi par téléphone par le chef d'escorte, peut à titre exceptionnel, et en fonction des éléments complémentaires qui sont portés à sa connaissance, autoriser le chef d'escorte à modifier le dispositif arrêté initialement. Si, à l'occasion de la consultation, le détenu se trouve durant un laps de temps hors de la surveillance directe des fonctionnaires pénitentiaires, ceux-ci doivent le fouiller par palpation à l'issue de la consultation. Dans tous les cas, le chef d'escorte doit contrôler le local où se déroule la consultation. Il veillera tout particulièrement à repérer et situer les issues susceptibles de faciliter une éventuelle évasion de façon à adapter le dispositif de surveillance. [...]. A défaut d'autorisation spécifique donnée par le directeur du centre hospitalier pour utiliser le téléphone portable dans les lieux de consultation, il sera demandé de mettre à disposition du personnel pénitentiaire un accès à une ligne téléphonique.* »

### L'organisation de la date de rendez-vous :

Afin de garantir la confidentialité de la date et de l'heure de la consultation à l'hôpital, le chef d'établissement doit mettre en place en liaison avec l'UCSA de chaque établissement pénitentiaire et le centre hospitalier de rattachement, une procédure permettant d'inscrire le rendez-vous médical de façon anonyme, pour répondre aux dispositions des articles D. 295 du code de

procédure pénale : « *Les détenus ne doivent avoir aucune communication avec des tiers à l'occasion de transfèrements ou d'extractions. Les précautions utiles doivent être prises pour les soustraire à la curiosité ou à l'hostilité publique, ainsi que pour éviter toute espèce de publicité.* » et D. 296 : « *Pour l'observation des principes posés à l'article D. 295, comme pour la sécurité des opérations, l'exécution des transfèrements et extractions doit être préparée et poursuivie avec la plus grande discrétion quant à la date et à l'identité des détenus en cause, au mode de transport, à l'itinéraire et au lieu de destination. Toutefois, dès que le détenu transféré est arrivé à destination, sa famille ou les personnes autorisées de façon permanente à communiquer avec lui en sont informées.* »

La circulaire de 2004 se termine par : « *L'exécution de la mission de l'administration pénitentiaire doit dans tous les cas s'exercer dans le respect et la reconnaissance du travail et des missions des personnels sanitaires.* »

### La Cour de Strasbourg condamne la France :

Très peu d'affaires sont soumises à la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) sur ce sujet, mais celle-ci s'avère rigoureuse dans le respect notamment de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.* ».

Saisie par un détenu condamné à 15 ans de réclusion pour des faits de viol sur mineur par personne ayant autorité, la Cour a condamné l'Etat Français à lui payer 6 000 € pour dommage moral et 5 980 € pour frais de défense et dépens, pour violation de l'article 3 de la Convention des Droits de l'Homme, le détenu ayant été menotté et entravé systématiquement pendant les soins et examens subis, ce dernier évoquant notamment la présence de deux policiers pendant un toucher rectal, malgré sa demande que l'escorte n'assiste pas à la consultation. Un rapport de l'IGAS établissant que « *les conditions de sécurité ont primé sur l'intimité et la confidentialité du patient* » a conduit la CEDH à déduire que « *les moyens de contrainte utilisés en l'espèce, consistant à être simultanément entravé et menotté, étaient disproportionnés au regard des nécessités de sécurité, appréciation renforcée par le fait que ces mesures étaient combinées à la présence constante de surveillants ou de policiers lors d'examens médicaux dont certains présentaient un caractère intime. Pareilles contraintes et surveillances ont pu causer au requérant un sentiment d'arbitraire, d'infériorité et d'angoisse caractérisant un degré d'humiliation dépassant celui que comportent inévitablement les examens médicaux des détenus. La Cour en conclut que les mesures de sécurité imposées au requérant lors des examens médicaux combinées avec la présence du personnel pénitentiaire s'analysent en un traitement dépassant le seuil de gravité toléré par l'article 3 de la Convention et constitue un traitement dégradant au sens de cette disposition. Il y a donc eu violation de cette disposition.* »

ILB

## Raisons légitimes de ne pas effectuer le préavis avant rupture d'un contrat d'exercice libéral de la chirurgie (Cour d'appel de Dijon, 1<sup>ère</sup> ch. civ., arrêt du 26 juin 2012, n° 11/01143)

Une clinique de Dijon reprochait à un orthopédiste de ne pas avoir respecté, avant de la quitter, le préavis de 24 mois auquel il était tenu conformément aux usages professionnels et lui réclamait 1 223 645 € en réparation de son manque à gagner causé par le départ brutal du chirurgien. Ce dernier plaidait que ladite clinique, dépendant désormais du groupe Générale de Santé, avait entrepris une réorganisation de l'activité de ses blocs opératoires, avait modifié, dans leurs jours et amplitude, les vacations de bloc du chirurgien, la direction prenant l'initiative de supprimer les dernières opérations de la journée pour éviter au personnel infirmier de terminer tard.

La Cour d'appel a analysé la situation et l'arrêt mentionne : « *Attendu que s'il appartient à l'administration de l'établissement de s'assurer que le programme des interventions chirurgicales est compatible avec la présence des autres praticiens, notamment les médecins anesthésistes et avec les horaires du personnel soignant, ainsi que plus généralement avec la sécurité des patients, il revient néanmoins au chirurgien seul d'apprécier l'ordre et la durée de ses opérations ; que si elle avait constaté des dépassements importants et réitérés du seul fait du chirurgien, la Clinique aurait été autorisée à rompre son contrat sans respecter le préavis de 24 mois ; que parallèlement le chirurgien constatant le non-respect de ses prérogatives pouvait légitimement souhaité partir rapidement* ».

La Cour observe que l'orthopédiste avait, dans sa lettre de résiliation, annoncé son départ à l'issue d'un préavis limité à trois mois, compte tenu des modifications substantielles dont il était victime, mais avait, pendant la tentative de conciliation, dont la Clinique avait retardé l'organisation, proposé de continuer à exercer quelques mois de plus à temps partiel, ce qu'il a fait. La direction a alors déprogrammé les patients et immédiatement enlevé le nom du chirurgien de tous les panneaux et plannings, la Cour retenant que « *cette attitude, après plusieurs mois d'échanges quasi quotidiens de lettres de récriminations réciproques, révèle que la Clinique ne tenait pas à ce que la collaboration du chirurgien perdure [...] ; la demande de dommages et intérêts de la Clinique n'est donc pas justifiée, d'autant qu'elle-même est au moins pour partie à l'origine du préjudice qu'elle invoque, du fait qu'elle n'a expressément formulé son désaccord que juste avant l'échéance et qu'elle était manifestement peu encline à la recherche d'un compromis et a exigé que le chirurgien s'en tienne à sa première proposition* ».

En revanche, le chirurgien est débouté de sa demande reconventionnelle en dommages et intérêts à l'encontre de la Clinique en réparation des défaillances chroniques de celle-ci dont la fourniture des moyens et la réduction des vacations avaient limité l'activité de l'orthopédiste.

Cette décision est conforme à la jurisprudence habituelle : le délai de préavis doit être respecté sauf circonstances d'une particulière gravité dont la preuve incombe à l'auteur de la réduction unilatérale de la durée. Il ne suffit pas d'affirmer pour démontrer. En l'espèce, l'orthopédiste prouvait l'intrusion de la direction dans l'organisation de ses plannings et la suppression de plusieurs malades en fin de journée ainsi que le changement sans l'accord du praticien de ses vacations hebdomadaires. La Cour a donc parfaitement jugé que le chirurgien avait des raisons légitimes de ne pas effectuer le préavis d'usage de 24 mois et qu'il n'a pas commis de faute dans les conditions de la rupture de son contrat avec la Clinique.

**ILB**

(suite de la p. 2)

*nécessitent une intervention chirurgicale, comme constitutive d'un préjudice extrapatrimonial permanent atypique ou encore exceptionnel, en ce sens qu'il est lié au caractère exceptionnel des circonstances dans lesquelles la faute a été commise, Mme X... étant ressortie de la clinique où elle devait recevoir des soins non seulement sans les avoir reçus, mais dans un état aggravé par une erreur quant à la partie du corps à opérer ;*

*« En statuant ainsi, alors que la réticence alléguée par Mme X... à subir dans le futur une intervention chirurgicale constituait une simple éventualité, la cour d'appel a fait une fausse*



**Pierre Culioli**

*application des textes susvisés. »*

Les Hauts magistrats ont refusé de condamner le médecin à indemniser la patiente pour un préjudice simplement hypothétique. L'arrêt de la Cour d'appel est cassé sur ce point pour fausse application de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique (relatif à la responsabilité du professionnel de santé) et de l'article 1382 du code civil (concernant le régime de responsabilité délictuelle de droit commun). Le préjudice subi par un patient ne peut être réparé que dans le cas où il existe un véritable dommage. La Cour de cassation contrôle qu'il n'y a pas de doute sur sa réalité. L'arrêt du 28 juin 2012 donne ainsi une définition du préjudice conforme à l'esprit des textes. Cette décision s'inscrit parfaitement dans la mouvance jurisprudentielle prohibant l'indemnisation du dommage simplement éventuel mais condamnant le médecin dans l'hypothèse d'une perte de chance réelle.

**PC**

## Pas d'obligation pour un cabinet médical de radiologie d'affilier les médecins remplaçants aux assurances sociales du régime général en l'absence de lien de subordination

(Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> civ., arrêt du 21 juin 2012, n° 11-17294)

A la suite d'un contrôle d'un cabinet médical de radiologie exploité sous la forme d'une Selarl de médecins radiologues, l'Urssaf a requalifié en salaires les sommes versées à des médecins remplaçants entraînant pour la société un rappel de cotisations. Selon l'organisme, il existait un lien de subordination entre le cabinet et les remplaçants, ces derniers exerçant dans le local professionnel de la société, avec mise à disposition des moyens techniques, administratifs et humains, dans le cadre des horaires d'ouverture du cabinet, en contrepartie de rétrocessions d'une partie des honoraires. L'Urssaf a considéré que le lien de subordination se déduisait, également, des comptes rendus d'activité verbaux des remplaçants réalisés à l'attention de la Selarl et de l'absence de clientèle propre.

La Cour de cassation dans un arrêt du 21 juin 2012 a jugé, au contraire, qu'il

n'existait pas de lien de subordination nécessitant de soumettre la Selarl à l'obligation d'affilier les praticiens remplaçants aux assurances du régime général au motif que :

« Si les médecins pouvaient dépendre dans l'organisation de leur travail de la nécessité de respecter le droit du travail applicable aux personnels salariés, tels que les manipulateurs radio et les secrétaires, mais aussi des besoins des patients, ils restaient libres d'organiser leur activité dans le cadre des horaires d'ouverture de la structure, sans avoir à en référer au Docteur X... ; qu'étant absent lors des remplacements, ce dernier n'était pas en mesure d'exercer le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements ; que les médecins remplaçants confirmaient que, s'ils rendaient compte verbalement à la

société de l'activité du cabinet de radiologie, ils étaient libres de leur organisation et de leurs décisions et exerçaient sous leur seule responsabilité ; que l'Urssaf ne démontrait donc pas que la société donnait des ordres et des directives aux médecins remplaçants et exerçait un pouvoir disciplinaire sur ces derniers [...]. »

La jurisprudence définit traditionnellement le lien de subordination comme l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. Elle considère que l'exercice au sein d'un service organisé constitue un indice.

Dans le cas d'un remplacement de médecin, le praticien remplacé peut difficilement donner des directives et vérifier le travail effectué en son absence.

CH

## Faculté discrétionnaire pour le praticien retrayant de se réinstaller ou non à proximité du cabinet : clause de dédit ou clause pénale ?

(Cour d'appel de Douai, 1<sup>ère</sup> ch. civ., arrêt du 14 juin 2012)

Des chirurgiens-dentistes étaient associés aux termes d'un contrat d'association professionnelle définissant les conditions d'exercice en commun et de statuts de société civile de moyens ayant pour objet exclusif de faciliter l'activité professionnelle de ses membres par la mise en commun des moyens utiles à leur profession. La convention d'exercice en commun organisait, notamment, les conséquences financières du retrait d'un associé, selon que celui-ci se réinstallait ou non dans un rayon de dix kilomètres du cabinet.

Un des associés, souhaitant quitter la société, a saisi le Tribunal de grande instance pour que soit constatée la régularité de son retrait en raison de l'opposition des autres praticiens à son départ. Un des associés restants est intervenu volontairement à l'instance pour obtenir le paiement de l'indemnité de rupture par le praticien retrayant, ce dernier s'étant réinstallé dans le périmètre précité. L'associé partant a soutenu que la clause ouvrant droit à une indemnité tendait, en réalité, à sanctionner une réinstallation à proximité sans contrepartie financière et s'analysait donc en une clause pénale attentatoire au principe de la liberté d'installation



Céline Hullin

dont il demandait la nullité.

Le Tribunal de grande instance d'Arras, dans son jugement du 9 mars 2011, a condamné le chirurgien-dentiste retrayant à payer l'indemnité de rupture à l'associé restant jugeant que :

« Ces dispositions sont constitutives d'une clause de dédit, comme prévoyant la possibilité d'une résiliation anticipée d'un contrat, moyennant le paiement d'une indemnité importante, car elle a pour objet, non pas de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation, mais au contraire de lui permettre de s'y soustraire. [...]. Partant, il y a lieu de considérer que l'indemnité contractuelle de résiliation prévue à cet article 18.2 aménage simplement les conditions de rupture du contrat et

ne représente que le prix de la faculté de résiliation unilatérale, en dehors de toute notion d'inexécution, de sorte qu'elle n'a pas le caractère d'une clause pénale. [...] »

L'associé partant a interjeté appel de cette décision et rappelé, afin d'obtenir la nullité de la clause de dédit, que la Cour de cassation, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2011, avait jugé que la

(suite p. 9)

(suite de la p. 8)

clause de non-réinstallation contenue dans le règlement intérieur n'était pas conforme aux objectifs de la société civile de moyens (Cass. com. 1<sup>er</sup> mars 2011, pourvoi n° 10-13795).

La Cour d'appel de Douai a confirmé la condamnation au versement de l'indemnité de rupture, dans un arrêt du 14 juin 2012, au motif que :

« La convention ne formulait donc pas d'interdiction d'installation à proximité du cabinet dont l'indemnité substantielle prévue viendrait sanctionner le non-respect, mais instaurait, moyennant contrepartie financière, la faculté discrétionnaire, pour tout associé, de quitter une association créée pour une durée indéterminée, de s'implanter à proximité ou non du cabinet dans lequel les trois praticiens exerçaient leur art, de présenter ou non un successeur et, pour les associés restants, d'agréer ou non les successeurs présentés, d'intégrer un nouvel associé ou de rester seuls. Les indemnités forfaitaires prévues,

contrepartie de cette liberté "encadrée" des associés, avaient à l'évidence pour but de protéger les intérêts légitimes en présence : ceux des associés restés dans la SCM [...] confrontés au déséquilibre créé par le départ d'un associé [...] et exposés à une installation dont la proximité était susceptible d'avoir un impact sur leur propre patientèle, ceux du retrayant, qu'un éloignement géographique conséquent exposait de même à un risque de patientèle [...]. »

La disposition d'un contrat d'association instaurant une « liberté encadrée » des associés d'une SCM en ce qu'ils disposent de la possibilité de se réinstaller ou de ne pas le faire, dans un périmètre défini, moyennant une contrepartie financière, s'analyse donc en une clause de dédit qui diffère de la clause pénale visant à compenser la perte subie par le créancier « de l'inexécution de l'obligation principale » et dont le montant peut être modéré par le juge lorsque celui-ci lui paraît excessif. **CH**

## Locaux de consultation dans une clinique : bail professionnel ?

(Cour d'appel de Rouen, arrêt du 30 juin 2011, n° 10/00031)

Depuis 1986, deux médecins puis leur société de fait, réglaient un loyer trimestriel pour les locaux utilisés par eux dans l'immeuble de la clinique où ils exercent leur art, en plus de leur redevance de 6% des honoraires facturés. Les médecins se séparent juridiquement, mais continuent à exercer dans les mêmes lieux après la rupture de leur association. Puis la Clinique déménage et les deux médecins continuent leur exercice professionnel dans les nouveaux locaux. La Clinique propose alors aux médecins de régulariser un bail et de payer un loyer de 150 € HT le m<sup>2</sup>, tarif accepté par la plupart des praticiens y disposant d'un local de consultation. L'un des deux refuse, soutenant que son contrat d'exercice libéral suffit. La Clinique revendique la condamnation du médecin à signer le bail et à défaut qu'il soit considéré occupant sans droit ni titre et contraint de libérer les lieux.

Dans l'arrêt résumé, la Cour de Rouen constate l'existence d'un bail verbal dans les nouveaux locaux depuis 2006 et dit qu'à défaut d'accepter de signer le bail avec la Clinique dans les termes qui lui ont été proposés, le médecin sera considéré comme occupant sans droit ni titre et devra libérer les lieux dans le mois de la signification de l'arrêt, outre sa condamnation au paiement des loyers.

**ILB**

## Ophtalmologie : partage des disciplines chirurgicales validées par la Cour de cassation

(Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> ch. civ., arrêt du 12 juillet 2012, n° 10507 F)

Epilogue d'une affaire ayant subi les trois degrés de juridiction civile, cet arrêt de la Cour de cassation rejette le pourvoi d'un ophtalmologiste contre un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 12 avril 2011 (cf. La Lettre du Cabinet, septembre 2011, page 6) l'ayant débouté de toutes ses demandes en retenant : « Les parties ont entendu conférer aux obligations contractées en 2004 une portée novatoire par rapport aux accords de 2001, et en raison de la disparition des obligations primitives auxquelles ont substitué de nouvelles obligations, le Docteur R. ne peut revendiquer le bénéfice du contrat de 2001 ; que c'est en conséquence à bon droit que le Tribunal a débouté le Docteur R. de ses prétentions ». L'arrêt attaqué devant la Cour de cassation avait rappelé qu'après de longs pourparlers et échanges, les parties avaient décidé de réorganiser les conditions de leur exercice en commun aux termes d'un contrat de 2004 qui prévoyait que chacun des praticiens avait l'exclusivité de son secteur d'activité :

- le Professeur B. : chirurgie réfractive, pathologies cornéennes et greffe de cornée ; [...]
- Docteur R. : chirurgie du glaucome, à l'exception du glaucome

néo-vasculaire, avec en outre une prépondérance d'activité dans la chirurgie de la cataracte, sans que cette prépondérance constitue un domaine d'exclusivité pour aucun associé.

Néanmoins, le Docteur R. soutenait que le Professeur B. ne pouvait pas opérer les cataractes en exécution d'un précédent accord de 2001, que le Tribunal de grande instance de Marseille puis la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avaient évidemment écarté en raison des accords novatoires de 2004.

La Cour de cassation, par un arrêt du 12 juillet 2012, met un terme définitif à ce conflit civil en déclarant non admis le pourvoi du Docteur R.

Au-delà de ce conflit marseillais, il est intéressant de retenir que des spécialistes, quelle que soit la discipline, peuvent répartir entre eux les hyper-spécialités qu'ils pratiquent au sein d'une clinique, ce qui est souvent organisé dans des disciplines telles que la chirurgie orthopédique, la cardiologie, l'imagerie médicale, la gynécologie obstétrique, etc., mais les médecins doivent alors respecter cette distribution conventionnelle des actes, le contrat constituant la loi des parties (article 1134, code civil).

**ILB**

## **Site internet : pas de valorisation personnelle du praticien**

(Conseil d'Etat, arrêt du 27 avril 2012, n° 348259)

La publicité est interdite aux médecins comme aux chirurgiens-dentistes, respectivement par les articles R. 4127-19 et R.4127-215, qui prohibent « tous procédés directs ou indirects de publicité ». Un Conseil départemental et le Conseil national ont déposé plainte pour violation de ces dispositions à l'encontre d'un chirurgien-dentiste qui avait, selon l'arrêt : « *publié sur un site internet en vue de présenter son cabinet en mettant avant son profil personnel, des réalisations opérées sur des patients, les soins qu'il prodigue et les spécialités dont il se recommande,*

*excédant de simples informations objectives* ». L'arrêt ajoute : « *En jugeant qu'un tel site constituait une présentation publicitaire du cabinet dentaire en cause, constitutive d'un manquement aux devoirs déontologiques, la Chambre nationale, qui a suffisamment motivé sa décision, n'a pas commis d'erreur de droit et a exactement qualifié les faits de l'espèce* ».

Le Conseil d'Etat confirme en conséquence la sanction d'interdiction d'exercer la profession de chirurgien-dentiste de deux mois, dont un mois et demi assorti du sursis. **ILB**

## **Site distinct : annulation d'une autorisation à des cardiologues**

(Conseil national de l'Ordre des médecins, décision du 5 avril 2012)

La Lettre du Cabinet a déjà présenté à plusieurs reprises la jurisprudence ordinaire sur les autorisations/refus de sites distincts, en application de l'article R. 4127-85 du code de la santé publique :

« *Le lieu habituel d'exercice d'un médecin est celui de la résidence professionnelle au titre de laquelle il est inscrit sur le tableau du conseil départemental, conformément à l'article L. 4112-1.*

« *Dans l'intérêt de la population, un médecin peut exercer son activité professionnelle sur un ou plusieurs sites distincts de sa résidence professionnelle habituelle :*

*- lorsqu'il existe dans le secteur géographique considéré une carence ou une insuffisance de l'offre de soins préjudiciable aux besoins des patients ou à la permanence des soins ;*

*- ou lorsque les investigations et les soins qu'il entreprend nécessitent un environnement adapté, l'utilisation d'équipements particuliers, la mise en œuvre de techniques spécifiques ou la coordination de différents intervenants ;*

*- le médecin doit prendre toutes dispositions et en justifier pour que soient assurées sur tous ces sites d'exercice la réponse aux urgences, la qualité, la sécurité et la continuité des soins. »*

Le Conseil départemental de la Gironde avait accordé un site supplémentaire d'exercice à cinq cardiologues, par rotation tous les jours de la semaine, à Castelnau de Médoc, pour un secteur géographique correspondant à un bassin de vie comprenant 13 000 habitants environ. Deux cardiologues exerçaient trois demi-journées par semaine dans la même ville

et il n'était pas fait état de délais d'attente pour les patients supérieurs à une semaine, en urgence, ni de non réponse à la prise en charge en cardiologie. Les deux cardiologues avaient donc contesté devant le Conseil national de l'Ordre des médecins statuant en matière administrative l'autorisation d'un site supplémentaire délivrée par le Conseil départemental à leurs cinq confrères.

Le Conseil national a considéré qu'aucun des deux critères susceptibles de justifier l'autorisation d'un site distinct n'était rempli et qu'il y a lieu d'annuler la décision du Conseil départemental, en mettant fin à l'autorisation accordée aux cinq cardiologues auxquels il est laissé trois mois pour fermer leur site distinct.

**ILB**

## **Site distinct : PH urgentiste et activité libérale**

(Conseil national de l'Ordre des médecins, décision du 9 décembre 2011)

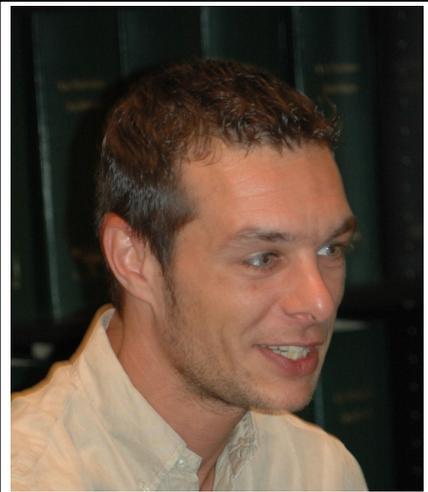
Saisie d'un recours dirigé contre une décision d'un Conseil départemental de l'Ordre des médecins, ayant refusé d'autoriser, sur le fondement de l'article R. 4127-85 du code de la santé publique, un praticien hospitalier (PH), disposant d'une autorisation d'activité réduite, à exercer par ailleurs son art, à titre libéral, sur le site d'une clinique, la Commission d'étude des appels en matière administrative du Conseil national de l'Ordre des médecins (CNOM) a censuré l'opposition contestée, en soulignant, toutefois et pour la première fois, que l'intéressé devait « *justifier que cet exercice [...] remplit toutes les conditions [...] résultant de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 [portant droits et obligations des fonctionnaires]* ».

Pour mémoire, le mécanisme relativement complexe résultant du texte précité, applicable aux PH par renvois des dispositions issues de loi HPST du 21 juillet 2009 et du décret n° 2010-1141 du 29 septembre 2010 relatif aux personnels médicaux, pharmaceutiques et odontologiques hospitaliers (cf. art. L. 6152-4 et R. 6152-46 du CSP), tend à proscrire, sauf exceptions, tout exercice « *à titre professionnel, [d'une] activité privée lucrative [...], à l'extérieur de l'établissement* » dans lequel le praticien a été nommé.

C'est donc l'issue d'une séance du 9 décembre 2011, de plaidoiries et de débats animés sur l'application de cette réglementation devant l'Ordre, et d'une décision du même jour, que ladite Commission a fait droit à la demande de ce professionnel de santé, en relevant, pour le surplus et de manière classique en la matière, que « *le site d'exercice souhaité [...] contribue à réduire l'insuffisance de l'offre de soins [...] sur le secteur géographique concerné* ».

**JQ**

## Autorisations sanitaires : nouvelles censures des erreurs de l'Administration



Jonathan Quaderi

Dans une précédente *Lettre du Cabinet* (décembre 2011), nous vous avons informés que, par jugements du 20 septembre 2011, le Tribunal administratif de Montreuil avait (pour la première fois en France sur ce fondement) annulé quatre délibérations de juillet 2009 de la Commission exécutive de l'ARH d'Ile-de-France, rendues en matière d'activité de soins de traitement du cancer, par lesquelles il avait été, d'une part, écarté les demandes d'autorisation de trois cliniques et, d'autre part, fait droit à celle présentée par l'hôpital concurrent.

D'un point de vue d'ensemble, il en résultait que, lorsque le nombre d'interventions effectuées par les praticiens d'un établissement se situe, en moyenne et sur trois ans, au-dessus du seuil réglementaire fixé par l'arrêté du 29 mars 2007, l'autorité de tutelle est tenue, de ce chef, de délivrer le droit d'exercer cette discipline. A l'inverse, et dans le cadre des premières fenêtres de dépôt ouvertes après la

publication des nouveaux volets « Traitement du cancer » des SROS 3, la circonstance que le seuil dont s'agit n'était pas atteint ne dispensait pas l'Agence d'étudier le dossier d'un promoteur, aux fins, le cas échéant, de lui accorder une autorisation dérogatoire.

Aujourd'hui, l'une des trois cliniques précitées a obtenu, de l'ARS et sur injonction du juge, l'autorisation convoitée et l'hôpital a depuis quelque mois cessé toute prise en charge carcinologique gynécologique. En revanche, il a été sursis à statuer sur le sort de l'activité des deux autres structures privées, car, en fin d'année 2011, le Ministre de la Santé a cru bon devoir frapper d'appel les jugements qui les avaient concernées.

La réponse de la Cour administrative d'appel de Versailles n'a pas tardé (arrêts n<sup>os</sup> 11VE03753 et 11VE03754 du 31 mai 2012) et, au terme de seulement six mois d'instruction, le Ministre a vu ses recours rejetés et l'Etat condamné à 2 000 € dans chaque instance, au titre des frais de justice.

Les premiers juges avaient donc bien, d'emblée et contrairement à l'Administration, correctement appliqué la règle de droit et il est désormais clair que, ne disposant d'aucune autorisation de soins de traitement du cancer par chirurgie avant la publication du volet du SROS 3 y afférent, « la clinique devait voir sa demande examinée dans le cadre du régime dérogatoire prévu au deuxième alinéa de l'article R. 6123-89 du code de la santé publique ».

La solution retenue dans ces arrêts a très vite trouvé écho puisque, à la lecture d'un nouveau jugement favorable obtenu par notre Cabinet, du Tribunal adminis-

tratif de Cergy-Pontoise, du 12 juin 2012 (n<sup>o</sup> 1105109), les magistrats s'en sont assurément inspirés pour faire droit à la requête de la société intéressée par l'annulation d'un arrêté d'autorisation édicté en matière de radiothérapie externe au profit d'un établissement public de santé. En effet, il a été jugé que, « dès lors [qu'une] autorisation [lui avait été] accordée [...] dans le cadre du dispositif transitoire prévu à l'article 3 du décret du 21 mars 2007, [la seconde] autorisation accordée par le Directeur général de [l'ARS] ne pouvait être légalement regardée comme une « première autorisation » permettant un examen dans le cadre dérogatoire prévu au deuxième alinéa de l'article R. 6123-89 précité ». Le seuil d'activité réglementaire « n'étant pas atteint par le Centre Hospitalier [...], ni pour chacune des années 2008 [...], 2009 [...] et 2010, ni en moyenne sur ces trois années, [...] le Directeur général de l'Agence [...] était tenu de rejeter [sa] demande ». En opérant la distinction « moyenne d'activité/année d'activité », la juridiction cergyssoise a tenu compte de la jurisprudence précédemment dégagée par la Cour administrative d'appel de Lyon, dans ses arrêts du 22 mars 2012 (n<sup>os</sup> 11LY00664 et 11LY00687).

Certains errements ou difficultés de compréhension relatifs au droit des autorisations sanitaires soumises à une condition de seuil apparaissent ainsi en voie d'être évités ou levées à l'échelle du territoire. Pour autant, le contentieux existant en la matière n'est pas prêt de se tarir, au vu des mesures contenues dans le volet hospitalier des SROS-PRS déjà parus.

JQ

## Sages-femmes et arrêts de travail à femmes enceintes

(Cour d'appel de Versailles, 5<sup>ème</sup> ch., arrêt du 3 mai 2012, n<sup>o</sup> 11/00867)

La CPAM des Yvelines a refusé à une femme enceinte le bénéfice du paiement des indemnités journalières dues pendant un repos prescrit par une sage-femme, au motif qu'il était en rapport avec un état pathologique résultant de la grossesse. L'arrêt énonce que « l'incapacité physique ne peut être constatée par la sage-femme que dans la limite de sa compétence professionnelle qui n'exécède pas le domaine des grossesses non pathologiques, ce qui exclut les prescriptions en rapport avec des états patholo-

giques résultant de la grossesse, lesquelles sont réservées aux seuls médecins. Dès lors, l'arrêt de travail délivré par une sage-femme, en rapport avec un état pathologique résultant de la grossesse, [...], ne répond pas aux exigences prévues par les dispositions susvisées. [...] ». Une application stricte des articles D. 331-1 et -2 du CSS. La Cour renvoie la femme enceinte à s'adresser au Médiateur de la République dans le cadre d'une éventuelle « intervention en équité »....

ILB

## T2A : une tendance actuelle au règlement amiable suivie d'un encouragement au procès

Comme dit le proverbe, « un mauvais accommodement vaut mieux qu'un bon procès » et, au regard de l'évolution donnée par la Cour de cassation au contentieux de la tarification à l'activité (T2A) des établissements de santé, il apparaît salvateur, dans la résolution d'un nombre non négligeable de litiges, de suivre le conseil exprimé par cette formule.

On rappellera principalement, ici et pour mémoire, les termes d'un arrêt du 13 octobre 2011 (n° de pourvoi 10-24118), certes longs mais confirmés depuis, ayant bouleversé l'approche de la matière et résumant bien les difficultés auxquelles sont actuellement confrontés les prétendus débiteurs de l'Assurance Maladie pour défendre leurs droits.

Dans cette espèce, la Haute juridiction de l'ordre judiciaire a retenu que la décision attaquée (Cour d'appel d'Agen, 29 juin 2010) ayant relevé que « *le tableau annexé à la mise en demeure fournit les précisions nécessaires [...] quant à la date d'entrée et de sortie des patients [...], l'identification [...], le numéro de facture [...], la date du mandatement [...], le montant initial et [...] retenu après le contrôle pour [et concernés par] chaque séjour mentionné, le montant de l'indu pris dossier par dossier, la nature du GHS refusé* », que « *[...] ni le fait que le professionnel [...] ait réalisé un acte médical au sein d'une structure hospitalière en utilisant, le cas échéant, les moyens techniques à sa disposition (plateau technique, appareils, conditions d'asepsie particulières, personnel paramédical), ni l'accueil de patients dans le secteur opératoire de la structure d'anesthésie ou de chirurgie ambulatoire permettant l'appel à un anesthésiste présent au bloc opératoire en cas d'accident ne suffisent à justifier la cotation d'un GHS* », que « *l'utilisation de boxes ou de chambres de la structure hospitalière pour le repos des patients doit se traduire par la mention, par l'établissement, dans le dossier médical d'une surveillance du patient conformément aux dispositions des articles R. 1112-2 et R. 1112-3 du code de la santé publique, ce qui [...] n'est pas ressorti des dossiers contrôlés, de sorte que l'absence de traces écrites, de ce chef, empêche de retenir l'accomplissement d'un GHS* » et, enfin, que « *c'est à partir des données médico-administratives issues du contrôle que l'indu a pu être déterminé, dossier par dossier, pour des séjours clairement identifiés [...]* », c'est à bon droit et « *sans inverser la charge de la preuve* » que la Cour d'appel a déduit, d'une part, que « *ces informations étaient de nature à permettre à la clinique de connaître le principe et les bases de calcul ayant permis de chiffrer l'indu en cause et de présenter utilement ses observations* », d'autre part, que « *la cotation GHS ne pouvait être appliquée aux actes litigieux* » et conclu que « *l'action en répétition de l'indu exercée par la caisse était justifiée* ».

Autrement dit, et bien que demeure encore à plaider, au cas par cas, un éventail significatif de moyens d'annulation des demandes de reversement d'indus (cf., par exemples, pour les décisions récentes obtenues par le Cabinet : CA Pau, 5 avril 2012, n° 10/02879 ; CA Agen, 27 mars 2012, n° 11/01400 ; CA Rouen, 31 janvier 2012, n° 11/01045 ; TASS de Gironde, 15 décembre 2011, n° 2011/2512), l'opportunité d'ester en justice s'apprécie aujourd'hui davantage au regard de la qualité des

dossiers médicaux que, contrairement à avant, au constat d'une mise en œuvre effective, par l'établissement, d'une prise en charge spécifique au bénéfice du patient, le jour de la réalisation de l'acte médical (celui-ci ne suffisant plus si cette réalité n'a pas été retracée).

La probabilité que la production de ces dossiers soit rendue nécessaire en cours d'instance est donc devenue grande et, comme mentionné ci-dessus, les chances de succès devant le juge, substantiellement liées à leur contenu. Si le procès prend cette tournure, incontestablement les parties s'exposent à une expertise judiciaire, mesure qui à elle seule est susceptible d'engendrer un coût parfois égal ou supérieur au montant de la créance contestée. C'est bien là où le bât blesse !

En effet, et étant observé qu'au titre d'un même séjour hospitalier il n'est plus rare de constater une divergence persistante de positions entre l'établissement, les médecins-conseils et l'expert technique (ATIH) et/ou judiciaire (reflétant ainsi toute la complexité d'interprétation des textes et du codage T2A), l'aléa important que constitue de ce chef une condamnation de la structure de soins à l'endroit des organismes sociaux, outre d'une mise à sa charge des honoraires de l'expert et frais de procédure y afférents, invite et nous a conduits, s'agissant de litiges anciens ou dont l'objet pécuniaire est modeste, à recourir à la transaction, évitant pour le professionnel l'engagement de frais de défense disproportionnés. Mais attention, l'art de la négociation est fin et suppose, non seulement, une solide connaissance du dossier critiqué mais, aussi, une parfaite maîtrise de l'environnement et des règles juridiques applicables à l'espèce, l'objectif étant bien entendu de conclure un meilleur accord que le remboursement sec du montant majoré de l'indu réclamé.

Dans son Rapport Général du 17 novembre 2011, au nom de la Commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2012, Madame Nicole Bricq, Sénatrice, rappelait que « *le coût d'accès à la justice [...] demeure un sujet d'importance car il commande le principe d'égalité* ». Au vu de ce qui précède, le contentieux de la T2A semble parfaitement rendre compte des obstacles et atteintes au respect de cette pierre angulaire de notre système judiciaire.

Ceci est d'ailleurs encore plus vrai à la lecture du nouvel et dernier alinéa de l'article R. 162-42-13 du code de la sécurité sociale, expliquant que, « *lorsqu'une décision juridictionnelle exécutoire aboutit à un montant d'indu inférieur à celui notifié initialement à l'établissement [...], le Directeur général de [l'ARS] procède au réexamen du montant de la sanction [financière y afférente] en fonction du montant d'indu résultant de la décision juridictionnelle* ». En d'autres termes et puisqu'indus T2A et sanction financière sont corrélatifs quant à leur montant, c'est désormais le pouvoir réglementaire qui encourage le justiciable à saisir le juge judiciaire, nonobstant le coût et les risques évoqués supra, pour espérer pouvoir être déchargé de la sanction infligée consécutivement au contrôle de la tarification de son activité. Mais il convient de faire entendre aux autorités de tutelle que l'intervention d'un règlement amiable, alternative au procès, doit également emporter diminution de la sanction précitée.

JQ