

SOMMAIRE >>>

| | Page |
|---|------|
| • Fin du monopole de la sécurité sociale ? pas encore ! | 1 |
| • TVA sur les soins (suite) | 1 |
| • Publicité en ophtalmo | 7 |
| • Suicide d'un médecin | 10 |
| • Radiologues : envoyer le compte-rendu au prescripteur ne suffit pas | 11 |
| • Evaluation des parts d'une SCP de médecins | 11 |
| • Après « Mademoiselle »... | 11 |
| • SELARL, projet mal maîtrisé | 12 |
| • Epilation au laser : seulement par les médecins | 12 |
| • Pas de libre choix du médecin à l'hôpital public | 12 |
| • Louer du matériel défaillant n'exonère pas de payer le loyer | 13 |
| • Appel d'une sanction disciplinaire : pas d'aggravation contre l'appelant | 13 |
| • Validité de la rupture conventionnelle : différend entre les parties et délais | 13 |
| • Respectez le personnel ! | 14 |
| • Transfert du contrat de travail | 14 |
| • Activité partielle : les règles changent | 15 |
| • Sites distincts et contrôle du juge administratif | 16 |
| • Annulation d'un paragraphe opposable d'un SROS-PRS | 16 |
| • Annulation de la condition suspensive d'une autorisation sanitaire | 16 |
| • CADA et autorisations sanitaires | 17 |
| • Réflexions sur les sanctions financières T2A : impartialité de l'Administration ? | 18 |
| • Biologistes : art. R. 6211-4... | 19 |
| • Droit souple et recommandations de bonnes pratiques | 19 |

Janvier 2014

Isabelle Lucas-Baloup et ses collaborateurs vous souhaitent une très belle année 2014



G. Lucas, S. Sabut, V. Potet, C. Périllaud, J. Quaderi, I. Lucas-Baloup, P. Culioli, C. Hullin, E. Usubelli, J. Poussin

Fin du monopole de la sécurité sociale ? pas encore !

(CJUE, arrêt du 3 octobre 2013, BKK Mobil Oil, aff. C-59/12)

Je serais immédiatement volontaire pour choisir une assurance maladie moins chère que celle imposée par le régime obligatoire français, si j'avais le moindre espoir sérieux de ne pas payer, à l'issue d'une procédure défavorable, les cotisations réclamées par le régime obligatoire national, augmentées des majorations de retard. Mon attention n'a donc pas manqué d'être attirée, fin 2013, par quelques publications alléchantes, telles que « *La Cour de Justice de l'Union Européenne confirme la fin du monopole de la sécu française - Les juges de Luxembourg ont décidé d'en finir avec l'exception française et de frapper un grand coup - Le monopole de la sécurité sociale est bien mort.* »

(suite page 2)

TVA sur les soins (suite)

La Lettre du Cabinet de décembre 2012 présentait, suite au rescrit du 27 septembre 2012 dans lequel Bercy annonçait soumettre à la TVA, à compter du 1^{er} octobre 2012, tous les actes de médecine et de chirurgie esthétique non remboursés par l'assurance maladie, un argumentaire très motivé contestant vigoureusement la position de l'Administration fiscale, en rappelant le droit communautaire, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) et le droit fiscal français. Un an plus tard, il est intéressant de faire à nouveau le point :

Droit communautaire :

Rien de nouveau en 2013. L'article 132-1-(c) de la directive 2006/112/CE continue à exonérer « les prestations de soins à la personne effectuées dans le

(suite page 8)

Fin du monopole de la sécurité sociale ? pas encore !

La liberté sociale est désormais la règle» (cf. notamment M. Claude Reichman, président du Mouvement pour la liberté de la protection sociale, MLPS, cf. son site web) et autres témoignages de dermatologues ou anesthésistes affirmant leur plaisir de souscrire librement leur assurance maladie en Angleterre ou au Luxembourg, pour une couverture et des remboursements identiques mais des cotisations très inférieures.

La polémique sur l'abolition du monopole de la sécurité sociale a été relancée après le prononcé d'un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) le 3 octobre 2013, qui porte sur un tout autre sujet et dont il m'apparaît hasardeux d'en tirer comme certains l'ont fait la conclusion qu'il conduirait à « *l'effondrement incognito du régime collectiviste français* » (cf. www.contrepoints.org).

Affaire BKK Mobil Oil Köperschaft des öffentlichen Rechts, n° C-59/12, arrêt du 3 octobre 2013 :

L'arrêt se prononce sur une question préjudicielle posée à l'occasion d'un conflit entre une caisse d'assurance maladie du régime légal allemand constituée sous la forme d'un organisme de droit public (BKK) et une association de lutte contre la concurrence déloyale (Zentrale Zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV) au sujet d'une publicité jugée trompeuse diffusée par BKK pour ses affiliés. Il s'agissait de déterminer le champ d'application de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et de préciser la portée concrète que le législateur de l'Union européenne a entendu donner à la notion de professionnel ou d'entreprise. Il n'est, dans cet arrêt, aucunement question, directement ou indirectement, du monopole de la sécurité sociale. La finalité est de garantir

un niveau élevé de protection des consommateurs en combattant les pratiques commerciales déloyales de manière efficace. Conformément à l'avis de la Commission européenne dans ses observations écrites et de l'avocat général M. Yves Bot, la Cour déclare que, pour les besoins d'application de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales, les deux termes d'« entreprise » et de « professionnel » revêtent une signification et une portée juridique identiques. Si bien qu'il convient de reconnaître à un organisme tel que BKK la qualité de « professionnel » au sens de la directive et plus généralement de dire que relève du champ d'application personnel un organisme de droit public en charge d'une mission d'intérêt général, telle que la gestion d'un régime légal d'assurance maladie.

On ne voit pas dans cet arrêt matière à soutenir le commentaire imprudent ci-après : « *La CJUE a tranché en reconnaissant le « caractère professionnel » de la BKK malgré son statut de droit public selon la directive européenne [...]. Ainsi la Cour reconnaît explicitement que les assurés de la BKK ne sont pas des assujettis mais des clients, et implicitement que le monopole de la sécurité sociale est abrogé dans tous les pays où il existe encore (France et Royaume-Uni entre autres).* » (Bernard Martoia, 25 octobre 2013, www.contrepoints.org).

En effet, les traités instituant la Communauté européenne contiennent des dispositions précises en matière de régime de sécurité sociale, sur lesquelles la jurisprudence de la CJUE s'est prononcée dans des termes que l'arrêt BKK ne vient pas « implicitement » abroger :

Les deux Traités en vigueur sur l'Union européenne (Traité UE) et sur le Fonctionnement de l'UE (Traité FUE)

Ces deux traités prévoient que les Etats membres demeurent autonomes pour organiser leur système de protection sociale :

- Le Traité UE (cf. www.eur-lex.europa.eu, modifié par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009) prévoit, en son article 4 : « *Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres.* » et en son article 5 : « *1. Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences. 2. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres. [...]* »
- Le Traité FUE (même date que le Traité UE) prévoit, en son article 153.1 (article 137 avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne) : « *[...] l'Union soutient et complète l'action des Etats membres dans les domaines suivants : [...] (c) la sécurité sociale et la protection des travailleurs* » et en son article 153.4 : « *Les dispositions arrêtées en vertu du présent article :
- ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux Etats membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier ;
- ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec les traités.* »

L'organisation et le financement des systèmes de protection sociale incombent donc aux Etats membres, l'UE intervenant uniquement à titre subsidiaire et essentiellement pour coordonner les systèmes de sécurité sociale nationaux, notamment en ce qui concerne la mobilité des personnes au sein de l'espace communautaire (cf. site officiel de l'Union européenne :

Fin du monopole de la sécurité sociale ? pas encore !

www.europa.eu, Synthèse de la législation de l'UE, Protection sociale : coordination des régimes de sécurité sociale/ régimes complémentaires de retraite/ modernisation de la protection sociale).

Dans un communiqué du 27 octobre 2004, la Commission européenne a souligné on ne peut plus clairement : « *A la suite d'informations erronées parues récemment dans la presse française, la Commission européenne tient à rappeler que, selon les dispositions en vigueur du Traité sur l'Union Européenne, les Etats membres conservent l'entière maîtrise de l'organisation de leur système de protection sociale, cela vaut en particulier pour toute l'étendue des dispositions légales et réglementaires concernant la sécurité sociale (article 137 du Traité CE). Tenant compte du caractère obligatoire des dispositions de la sécurité sociale dans tous les Etats membres, le Traité de Rome fait seulement obligation aux Etats membres de veiller à ce que les travailleurs qui quittent leur pays pour un emploi dans un autre Etat membre conservent la totalité des droits qu'ils ont acquis dans leur Etat d'origine. Cette coordination des systèmes de sécurité sociale a pour objet de veiller à ce que les travailleurs migrants bénéficient des mêmes droits à la protection sociale que ceux dont bénéficient les travailleurs de l'Etat membre dans lequel ils se sont installés. Les informations parues récemment dans la presse, selon lesquelles « Bruxelles aurait mis fin au monopole de la sécurité sociale » sont donc erronées.* ». C'était en 2004. Depuis, l'article 137 est devenu 153, ce qui ne change rien. Aucune directive européenne ne peut évidemment violer les termes du Traité FUE. Aucune jurisprudence, de la Cour de Luxembourg ou de juridictions nationales, ne peut évidemment violer les termes du Traité FUE. Pour que le droit évolue, il faut donc procéder à une réforme du droit européen, qui, depuis l'origine du Traité de Rome fondateur, laisse aux Etats membres la souveraineté en matière de protection

sociale.

La jurisprudence de la Cour de Luxembourg n'a pas jugé autrement. La Cour a en revanche interprété des directives européennes pour répondre à des questions préjudicielles posées par des juridictions nationales sur le sens ou la portée de ces directives.

Bref rappel du droit français :

Article L. 111-1 du code de la sécurité sociale : « *L'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale. Elle garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité, de paternité et les charges de famille. Elle assure, pour toute autre personne et pour les membres de sa famille résidant sur le territoire français, la couverture des charges de maladie, de maternité et de paternité ainsi que des charges de famille. Cette garantie s'exerce par l'affiliation des intéressés et le rattachement de leurs ayants droit à un (ou plusieurs) régime(s) obligatoire(s).* » Ce faisant, l'Etat Français a organisé, en vertu de son pouvoir souverain à cet égard reconnu par le Traité FUE (autonomie institutionnelle), tel qu'il est décrit dans le code de la sécurité sociale, le régime obligatoire de base, le régime légal de sécurité sociale français.

Pour les « non-non », c'est-à-dire les travailleurs indépendants non salariés non agricoles, pour les professions libérales notamment, l'article L. 613-1 du code de la sécurité sociale décrit le régime obligatoire d'affiliation. La jurisprudence de la Cour de cassation est constante, cf. par exemple sur appel d'un arrêt de la cour d'Amiens, cette décision du 25 avril 2007 (pourvoi n° 06-13.743, arrêt n° 634, 2^{ème} ch. civ.) : Le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'avoir débouté le demandeur en jugeant que « *M. BV est, en vertu des articles L. 131-6 et L. 615-1 du code de la sécurité sociale, obligatoirement affilié au régime d'assurance maladie des travailleurs non salariés des professions non agricoles et à ce titre assujéti aux cotisations de sécurité sociale correspondantes*

ainsi qu'à la CSG et à la CRDS ; que, depuis 1994, il peut, certes, pour améliorer sa protection sociale, bénéficier de couvertures complémentaires auprès d'organismes assureurs établis dans un autre Etat de l'Union Européenne, mais que cette protection sociale complémentaire ne peut se substituer à la protection sociale de base gérée par les organismes de sécurité sociale, de sorte que M. BV ne saurait valablement se soustraire au régime français obligatoire d'assurance maladie en souscrivant pour la couverture de ce risque une assurance privée à l'étranger et ce, compte tenu du caractère obligatoire de ce régime, que cette affiliation obligatoire au régime français de sécurité sociale n'est pas incompatible avec, d'une part, les directives européennes n° 92/49/CEE et 92/96/CEE du Conseil dont le champ d'application est étranger aux assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale et, d'autre part, la transposition dans le droit français de ces directives qui n'a pu concerner que ce qui relevait de leur champ d'application et donc pas les organismes gérant des régimes légaux de sécurité sociale, que les directives n'ont été transposées en droit interne qu'au regard des « institutions de prévoyance » visées aux articles L. 931-1 et suivants du titre 3 du livre IX du code de la sécurité sociale, [...] ; Attendu qu'après avoir justement énoncé que le régime de sécurité sociale des travailleurs non salariés des professions non agricoles constituait un régime légal obligatoire de sécurité sociale fondé sur un principe de solidarité et fonctionnant sur la répartition, et non la capitalisation [...] ; rejette le pourvoi. »

Le régime de base ne doit pas être confondu avec l'assurance complémentaire facultative, volontaire, privée. C'est là précisément que les positions rendues publiques par ceux qui revendiquent « la fin du monopole » peuvent être critiquées en ce qu'elles manquent de pertinence, parce que commentant les arrêts de la Cour de Luxembourg en omettant de prendre en considération la portée de ces décisions, souvent limitées à l'application d'une directive particulière ne comprenant pas dans son ressort le régime légal obligatoire des caisses de sécurité sociale,

Fin du monopole de la sécurité sociale ? pas encore !

soit en extrapolant dangereusement l'arrêt rendu dans un contexte différent du régime français :

Jurisprudence de la CJUE :

En ce qui concerne le principe que les Etats membres organisent en droit interne librement leur régime de sécurité sociale, la Cour de Luxembourg s'est prononcée à plusieurs reprises :

CJCE, 7 février 1984, aff. Duphar, n° 238/82 :

L'Etat néerlandais, afin de réaliser des économies dans le domaine des prestations pharmaceutiques, a limité, en 1982, la liste de médicaments pris en charge par le régime des soins de santé en vigueur. Duphar et 22 autres laboratoires pharmaceutiques contestent l'arrêté et il est demandé à la CJCE notamment de dire si une telle initiative nationale constitue ou non une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation (article 30 du Traité) ou à l'exportation (article 34). Au décours de son argument, la Cour mentionne : « *Il faut reconnaître que le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale.* »

En ce qui concerne l'assurance de base de sécurité sociale, un arrêt de la Cour de Luxembourg rendu le 17 février 1993 a rejeté les recours de deux travailleurs indépendants français qui avaient décidé de ne plus cotiser au régime obligatoire de la sécurité sociale française pour uniquement souscrire une assurance privée à l'étranger.

CJCE, 17 février 1993, aff. Poucet et Pistre, n° C-159 et 160/91 :

« *MM. Poucet et Pistre font opposition aux contraintes qui leur ont été signifiées tendant au paiement de cotisations de sécurité sociale dues aux caisses [caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon gérant le régime d'assurance*

maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles et son organisme conventionné les AGF, et la caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans de Clermont-Ferrand, la Cancava]. Sans remettre en cause le principe de l'affiliation obligatoire à un système de sécurité sociale, ils estiment qu'ils devraient, à cette fin pouvoir s'adresser librement à toute compagnie d'assurance privée, établie sur le territoire de la Communauté, et non pas devoir se soumettre aux conditions fixées unilatéralement par les organismes susmentionnés qui jouiraient d'une position dominante, contraire aux règles de libre concurrence posées par le traité. ». L'arrêt expose que le tribunal des affaires de sécurité sociale de l'Hérault a posé à la CJCE la question de savoir si un organisme chargé de la gestion d'un régime spécial de sécurité sociale doit être considéré comme constituant une entreprise au sens des articles 85 et 86 du traité. La Cour répond que : « *Point 18. Les caisses de maladie ou les organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale remplissent une fonction de caractère exclusivement social. Cette activité est, en effet, fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif. Les prestations versées sont des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations.*

« *Point 19. Il s'ensuit que cette activité n'est pas une activité économique et que, dès lors, les organismes qui en sont chargés ne constituent pas des entreprises au sens des articles 85 et 86 du traité.* » et l'arrêt de conclure : « *La notion d'entreprise, au sens des articles 85 et 86 du traité, ne vise pas les organismes chargés de la gestion de régimes de sécurité sociale, tels que ceux décrits dans les jugements de renvoi.* »

Dans cette affaire, il s'agit bien et uniquement d'apprécier la définition de l'entreprise par rapport aux articles 85 et 86 du traité CEE à l'époque (devenus articles 81 CE et 82 du Traité), prohibant les ententes et les abus de position dominante en droit de la concurrence.

En ce qui concerne le respect du principe de la libre prestation, le marché de l'assurance, y compris celui de la protec-

tion sociale complémentaire, a été libéralisé progressivement par le biais de trois générations de directives : directives « non-vie » du 16 août 1973 et « vie » du 5 mars 1979, deuxièmes directives « non-vie » et « vie » du 22 juin 1988 et troisièmes directives du Conseil, « non-vie » 92/49/CEE du 18 juin 1992 et « vie » 92/96 du 10 novembre 1992, que la France a tardé à transposer en droit interne, si bien qu'une action en manquement d'Etat a été lancée à son encontre par la Commission européenne, donnant lieu à un arrêt constatant le manquement (affaire n° C 239-98, arrêt du 16 décembre 1999). La France les a transposées par les lois n° 94-5 du 4 janvier 1994 (sociétés et mutuelles d'assurance de personnes), n° 94-678 du 8 août 1994 (institutions de prévoyance) et par une ordonnance n° 2001-350 du 19 avril 2001 (mutuelles).

Les deux directives 92/49/CEE et 92/96/CEE excluaient expressément « les assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale » visées à l'article 2 1.(d) de la première directive n° 73/239/CEE du 24 juillet 1973 (cf. article 2, 2 : « *La présente directive ne s'applique ni aux assurances et opérations ni aux entreprises et institutions auxquelles la directive 73/239/CEE ne s'applique pas, ni aux organismes cités à l'article 4 de celle-ci.* »). C'est dans ces conditions que la Cour de Luxembourg a précisé que l'abolition des monopoles ne concernait pas les assurances comprises dans les régimes légaux de sécurité sociale :

CJCE, 26 mars 1996, aff. Garcia c/ Mutuelle sociale d'Aquitaine, n° C-238/94 :

M. José Garcia, objet de contraintes significatives par plusieurs caisses de sécurité sociale en vue du recouvrement de cotisations impayées, contestait le monopole institué par la législation française en matière d'assurances sociales, qu'il affirmait incompatible avec la réglementation communautaire, et précisément avec la directive 92/49. Sur question préjudicielle, la Cour de Luxembourg juge :

« *Point 10: « [La directive 92/49] exclut du champ d'application de la direc-*

Fin du monopole de la sécurité sociale ? pas encore !

tive non seulement les organismes de sécurité sociale (« entreprises et institutions »), mais également les assurances et les opérations qu'ils effectuent à ce titre. »

« Point 12. « [...] la suppression des monopoles visée au premier considérant ne concerne que ceux dont les activités sont couvertes par la directive 92/49 et qui constituent des entreprises au sens des articles 85, 86, et 90 du traité CE, et, d'autre part, que dans les Etats membres subsistent deux régimes d'assurance maladie, l'un, privé, auquel les derniers considérants se réfèrent, l'autre ayant la nature d'un régime de sécurité sociale, exclu du champ d'application de la directive. »

« Point 13. « Par ailleurs [...], la directive 92/49 [...] ne pouvait pas régler la matière de la sécurité sociale qui relève d'autres dispositions du droit communautaire. »

La Cour a ensuite jugé, dans deux affaires concernant le régime allemand, que les caisses d'assurance maladie n'ayant qu'une activité sociale n'ont pas d'activité de nature économique et ne constituent donc pas des entreprises au sens des articles 81 et 82 CE (anciennement les articles 85 et 86). Mais le régime allemand est différent du régime français, les caisses étant en concurrence en ce qui concerne le taux de cotisation si bien que les affiliés choisissent leur caisse et celles-ci assurent des prestations en nature et non par remboursement des frais exposés :

CJCE, 16 mars 2004, aff. AOK

Bundesverband et a., n° C-264/01 et a. :

« Point 47 : Dans le domaine de la sécurité sociale, la Cour a considéré que certains organismes chargés de la gestion des régimes légaux d'assurance maladie et d'assurance vieillesse poursuivent un objectif exclusivement social et n'exercent pas une activité économique. La Cour a jugé que tel est le cas de caisses

de maladie qui ne font qu'appliquer la loi et n'ont aucune possibilité d'influer sur le montant des cotisations, l'utilisation des fonds et la détermination du niveau des prestations. En effet, leur activité, fondée sur le principe de la solidarité nationale, est dépourvue de tout but lucratif et les prestations versées sont des prestations légales, indépendantes du montant des cotisations. »

« Point 52 : Il convient de souligner, en particulier, que les caisses de maladie sont légalement contraintes d'offrir à leurs affiliés des prestations obligatoires, pour l'essentiel identiques, qui sont indépendantes du montant des cotisations. Lesdites caisses n'ont ainsi aucune possibilité d'influer sur ces prestations.

Point 57 : L'activité d'organismes tels que les caisses de maladie n'étant pas de nature économique, il s'ensuit que ces organismes ne constituent pas des entreprises au sens des articles 81 CE et 82 CE. »

CJCE, 5 mars 2009, aff. Kattner, n° C-350/07 :

L'entreprise Kattner, ayant l'intention de contracter une assurance privée contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, refuse de cotiser à la MMB qui se prétend légalement compétente comme organisme allemand auprès duquel les entreprises relevant d'une branche d'activité et d'un territoire déterminés ont l'obligation de s'affilier au titre de l'assurance contre les AT et les maladies professionnelles. La juridiction nationale demande à la Cour si MMB constitue une entreprise au sens des articles 81 et 82 CE et si l'obligation pour Kattner d'être membre de la MMB viole les dispositions du droit communautaire. L'arrêt retient :

« Point 68 : Les articles 81 et 82 CE doivent être interprétés en ce sens qu'un organisme tel que la caisse professionnelle en cause au principal, auprès de laquelle les entreprises relevant d'une branche d'activité et d'un territoire déterminés ont l'obligation de s'affilier au titre de l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, ne constitue pas une entreprise au sens de ces dispositions, mais remplit une fonction à caractère exclusivement social

dès lors qu'un tel organisme opère dans le cadre d'un régime qui met en œuvre le principe de solidarité et que ce régime est soumis au contrôle de l'Etat. »

Il existe d'autres jurisprudences que la place disponible dans cette Lettre du Cabinet ne permet pas de citer. On constate, en les observant exhaustivement, que la Cour analyse, au cas par cas, l'activité des caisses pour se prononcer, mais que sa position ne change pas : la sécurité sociale n'entre pas dans le champ d'application du droit de la concurrence. D'autres caisses que celles rendues obligatoires par les régimes nationaux ne doivent donc pas intervenir sur le marché intérieur et les ressortissants qui adhèreraient volontairement – pour le régime de base obligatoire – à des caisses dans d'autres Etats membres de l'Union européenne, ne seraient pas pour autant libérés de leurs obligations nationales.

A la lumière de ces arrêts, la décision **BKK du 3 octobre 2013**, visée supra, apparaît bien plus encore que spontanément à sa première lecture ne pas présenter les effets que certains ont voulu y trouver : l'affaire ne concerne nullement le droit de la protection sociale, mais uniquement la diffusion d'informations trompeuses par une caisse d'assurance maladie du régime légal allemand constitué sous la forme d'un organisme de droit public, posant le problème de l'application ou non de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil sur les pratiques commerciales déloyales. La Cour précise dans son arrêt :

« au point 31. [...] Pour les besoins de l'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, les deux termes « d'entreprise » et de « professionnel » revêtent une signification et une portée juridique identiques. »

« au point 32. [...] La directive sur les pratiques commerciales déloyales [...] n'exclut de son champ d'application ni les entités poursuivant une mission d'intérêt général ni celles qui revêtent un statut de droit public. »

Et l'arrêt conclut en conséquence que la directive 2005/29/CE doit être interprétée

Fin du monopole de la sécurité sociale ? pas encore !

en ce sens que « *relève de son champ d'application personnel un organisme de droit public en charge d'une mission d'intérêt général, telle que la gestion d'un régime légal d'assurance maladie.* »

La Cour a pris soin de délimiter la portée de l'arrêt au champ d'application « personnel » de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales. **Il apparaît en conséquence téméraire de qualifier l'arrêt BKK de « revirement de jurisprudence » par rapport à l'arrêt Kattner**, qui concernait un tout autre domaine, celui des articles 81 et 82 CE sur les ententes et positions dominantes, c'est-à-dire sur le droit de la concurrence, toujours écarté par la CJUE dans l'intégralité de ses arrêts. Par ailleurs, dans ses conclusions présentées le 4 juillet 2013, M. l'Avocat Général Yves Bot a parfaitement situé le débat dans l'affaire BKK :

« *point 49. Le fait qu'un organisme de droit public soit chargé d'une mission d'intérêt général n'implique pas a fortiori que celui-ci n'exerce aucune activité commerciale ou économique dans son segment de marché. Comme nous l'avons vu précédemment, l'analyse à laquelle la Cour a procédé dans l'arrêt AOK Bundesverband est, à cet égard, particulièrement illustrative, puisque l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt concerne les missions et les activités incombant aux caisses allemandes d'assurance maladie. Nous rappelons que, dans ledit arrêt, la Cour a expressément reconnu que les caisses de maladie sont susceptibles de se livrer à des opérations ayant une finalité autre que sociale et qui serait de nature économique (point 58). Or, il est indispensable que ces opérations de nature économique soient soumises au respect des règles prescrites par la directive, comme toutes les opérations de même nature qu'un opérateur privé est susceptible d'adopter.* »



Isabelle Lucas-Baloup

L'arrêt souligne bien, en son point 37, qu'il s'agit avant tout de **protéger le consommateur** qui risque d'être induit en erreur par des informations trompeuses diffusées par BKK et que « *dans ce contexte, le caractère public ou privé de l'organisme en cause de même que la mission spécifique que ce dernier poursuit sont dépourvus de pertinence.* »

Il s'agit donc bien d'une décision de la Cour de Luxembourg répondant à une question préjudicielle concernant d'une part l'application ou non de la directive sur les pratiques déloyales, d'autre part concernant le régime d'assurance maladie en Allemagne qui a, comme souvent, fait un choix très différent du nôtre puisque dès 1992 il a mis en concurrence les caisses d'assurance maladie pour en responsabiliser la gestion financière, puis par une réforme en 2003 cette concurrence a été étendue aux taux de cotisation, aux offres et à la qualité des soins.

L'arrêt BKK ne dit pas – ni explicitement ni implicitement – que les régimes obligatoires nationaux de sécurité sociale sont soumis au droit de la concurrence en qualifiant « entreprise » une caisse allemande ayant communiqué à ses affiliés des informations déloyales. Cet arrêt ne modifie en rien l'exclusion des régimes de sécurité sociale des directives de 1992, transposées en France, pas plus qu'il n'aurait compétence pour réduire la capa-

cité des Etats membres, donc de la France, à organiser librement son système de sécurité sociale ainsi qu'il est prévu à l'article 153.4 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

Aucune jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat n'a validé la position de ceux qui recommandent de quitter le régime obligatoire français.

Si nous attendons tous une réforme des régimes de base obligatoires de sécurité sociale en France, tant le déficit et nos cotisations augmentent, pour autant il n'est pas raisonnable d'affirmer que le monopole a disparu et que chacun peut choisir librement en dehors de l'hexagone un assureur moins cher offrant des prestations identiques, voire meilleures. Ceci n'est vrai que pour les assurances complémentaires facultatives. En l'état des traités UE en vigueur, la protection sociale relève de la souveraineté des Etats, le droit communautaire ne s'en mêle que marginalement, notamment en ce qui concerne la mobilité des personnes au sein de l'espace communautaire. En l'absence d'harmonisation, les Etats membres demeurent libres d'aménager leurs systèmes de sécurité sociale, y compris en ce qui concerne l'obligation de s'affilier et de décider comment ces risques faisant l'objet du régime légal doivent être couverts et par quel organisme.

Ceux qui, trompés par l'enthousiasme de commentateurs prenant leurs désirs (tout à fait respectables par ailleurs, le problème n'est pas là !) pour une réalité juridique, ont cessé d'être affiliés au régime légal obligatoire français pour s'assurer volontairement à l'étranger, s'exposent au risque malheureusement certain, d'avoir à payer leurs cotisations majorées des intérêts de retard, s'ils sont remarqués par les caisses dont ils relèvent obligatoirement en France. Je souligne avoir consciencieusement mais vainement recherché, dans les revues juridiques disponibles, une opinion contraire exprimée par un professeur de droit, un magistrat ou un avocat, avant ou après l'arrêt BKK.

ILB

Les sociétés commerciales exploitant des centres d'ophtalmologie peuvent-elles faire de la publicité ?

(Cour d'appel de Lyon, 8^e ch., arrêt du 3 décembre 2013, n° 11/06368)

Un centre spécialisé dans les corrections optiques de patients atteints de troubles de la vision se livre, à Lyon, à des actes de publicité qualifiés « à grande échelle à destination du grand public dans différents médias, presse, internet et autres » par des ophtalmologistes et un autre centre qui s'en plaignent en saisissant le juge des référés. Le juge des référés prononce l'interdiction de continuer la publicité portant sur des actes médicaux, sous astreinte de 5 000 € par infraction constatée, en considérant que la publicité effectuée par la société commerciale qui exploite le centre bénéficie directement aux médecins qui y exercent, en violation de l'article R. 4127-19 du code de la santé publique qui prohibe toute publicité, directe ou indirecte, de l'activité de médecine à des fins commerciales.

La Cour de Lyon s'est donc prononcée en appel le mois dernier et a annulé cette ordonnance de référé en jugeant :

« Il est constant en droit, par application des dispositions de l'article R. 4127-19 du code de la santé publique, que « la médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce. Sont interdits tous

procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale ». Mais il n'est pas expressément dit par ce texte ou tout autre de ce même code qu'une telle interdiction s'étend aux sociétés commerciales qui accueillent les médecins en leur sein pour exercer leur art.

« Il est certain que le code de déontologie médicale n'est pas directement applicable aux sociétés médicales dans lesquelles travaillent les médecins puisqu'il ne vise en son article 1er que les médecins inscrits au Tableau de l'Ordre.

« Le doute quant au prétendu transfert des obligations déontologiques des médecins aux structures juridiques qui les abritent est d'autant plus fort que l'on note que ces sociétés commerciales, comme toutes les sociétés de même nature, ont normalement la possibilité de se livrer à des opérations publicitaires et que ladite publicité, comme en l'espèce, ne vise pas explicitement un geste médical quelconque pratiqué par un médecin identifiable, mais de simples qualités d'accueil de la structure dans laquelle la

médecine est pratiquée et la performance des appareils employés, le dithyrambe habituel des messages publicitaires ne portant le plus souvent que sur la sécurité présidant à ces interventions et les prétendus témoignages de satisfaction pour l'« équipe » et non les médecins de Vision Future.

« Il peut être ajouté que si le législateur a estimé devoir interdire la publicité aux établissements pratiquant spécifiquement la chirurgie esthétique par le moyen de l'article L. 6322-1 du même code, c'est qu'à contrario il n'entendait pas étendre cette interdiction aux autres établissements médicaux comme ceux spécialisés en matière d'ophtalmologie.

« L'ensemble de ces éléments fait qu'il existe une contestation sérieuse au sens de l'article 808 du code de procédure civile sur le caractère illicite de la publicité incriminée et sur la réalité du trouble indemnisable ainsi causé aux sociétés commerciales concurrentes de la société Vision Future. Il n'y a donc pas lieu à référé. »

Affaire à suivre...

ILB

Pas de présomption d'innocence après condamnation ordinaire en première instance :

(Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., arrêt du 30 octobre 2013, n° 12-28.018)

L'article 9-1 du code civil assure à chacun « le droit au respect de la présomption d'innocence ». Un chirurgien-dentiste, dans le contexte de la résiliation conflictuelle de la société civile de moyens qu'il avait contractée avec un confrère, avait adressé à plusieurs personnes du milieu médical une décision de l'Ordre des médecins prise à l'encontre de ce dernier, dont l'appel n'était pas encore jugé par la chambre disciplinaire nationale.

Le médecin ainsi condamné par la chambre de première instance de son ordre avait saisi, sur le fondement de l'article 9-1, la juridiction civile afin d'obtenir des dommages-intérêts pour « violation de la présomption d'innocence » dont il se prévalait en raison de la diffusion de la décision ordinaire de première instance l'ayant condamné.

La Cour de cassation annule l'arrêt qui a condamné le chirurgien-dentiste à payer 3000 € de dommages-intérêts à son ancien associé médecin, en reprochant à la Cour d'appel d'Aix en Provence de n'avoir pas exposé en quoi cette décision était assimilable à une poursuite ou condamnation **pénale**, l'atteinte à la

présomption d'innocence supposant que la personne soit publiquement présentée comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, ou d'une condamnation pénale. Pénale, pas ordinaire.

En revanche, le chirurgien-dentiste avait été condamné (avec confirmation par un arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2013, n° 11-28.406, 1^{ère} ch. civ.), sous astreinte de 500 € par infraction constatée, à faire cesser l'affichage d'un jugement ayant condamné son associé médecin à une peine d'amende pour abus de confiance, en ayant supprimé le passage du jugement relatif à l'argumentation par laquelle son associé avait plaidé sa relaxe et omis l'indication que le jugement était frappé d'appel. La Cour de cassation souligne que l'atteinte portée à la présomption d'innocence est réalisée chaque fois qu'avant sa condamnation **irrévocable**, une personne est publiquement présentée comme nécessairement coupable des **faits pénalement irrépréhensibles** pour lesquels elle est poursuivie.

ILB

TVA sur les soins (suite)

(suite de la page 1)

cadre de l'exercice des professions médicales et paramédicales telles qu'elles sont définies par l'Etat membre concerné ».

Droit français :

Aucune réforme n'est intervenue du code général des impôts, dont l'article 261, 4, 1° exonère clairement « les soins dispensés aux personnes par les membres des professions médicales et paramédicales réglementées », sans la moindre discrimination selon la finalité thérapeutique ou pas de l'acte médical ou paramédical.

Jurisprudences intervenues en 2013 :

Deux arrêts importants ont été rendus en 2013, un par la CJUE, l'autre par le Conseil d'Etat français :

Arrêt Skatteverket/PFC Clinic AB, 21 mars 2013, 3^{ème} chambre de la CJUE, n° C-91/12

L'arrêt rendu par la Cour de Luxembourg affirme que l'article 132-1 (b) et (c) de la directive 2006/112/CE relative au système commun de TVA doit être interprété en ce sens que :

- « des prestations de services [...] consistant en des opérations de chirurgie esthétique et des traitements à vocation esthétique relèvent des notions de « soins médicaux » ou de « soins à la personne », au sens de ce § 1, sous (b) et (c), lorsque ces prestations ont pour but de diagnostiquer, de soigner ou de guérir des maladies ou des anomalies de santé ou de protéger, de maintenir ou de rétablir la santé des personnes »,
- « les simples conceptions subjectives que la personne qui se soumet à une intervention à vocation esthétique se fait de celle-ci ne sont pas, par elles-mêmes, déterminantes aux fins de l'appréciation du point de savoir si cette intervention a un but thérapeutique »,
- « les circonstances que des prestations telles que celles en cause au principal soient fournies ou effectuées par un membre du corps médical habilité, ou que le but de telles prestations soit déterminé par un tel professionnel,

sont de nature à influencer sur l'appréciation de la question de savoir si des interventions telles que celles en cause au principal relèvent des notions de « soins médicaux » ou de « soins à la personne », au sens, respectivement, de l'article 132, paragraphe 1, sous (b) de la directive 2006/112 et de l'article 132, paragraphe 1, sous (c), de cette directive [...]. »

L'arrêt écarte en conséquence comme critère l'avis personnel du patient mais retient celui du médecin pour déterminer si l'acte relève des « soins médicaux » ou des « soins à la personne ».

Dans ses considérants qui précèdent la solution ci-dessus, la Cour précise au § 29, que les prestations qui ont pour but de traiter ou de soigner des personnes qui ont besoin d'une intervention de nature esthétique peuvent être exonérées en relevant de « soins médicaux » ou de « soins à la personne » ; « en revanche, lorsque l'intervention répond à des fins purement cosmétiques, elle ne saurait relever de ces notions ». Mais on peut objecter au caractère limitatif de ce critère – par ailleurs non prévu par l'article 132 de la directive – qu'il existe dans ces interventions « purement cosmétiques » le traitement d'une souffrance, qui entraîne souvent des effets psychologiques, sociaux, professionnels majeurs dans la vie d'une personne obsédée par ce qu'elle considère relever d'une imperfection physique, dont l'appréciation diffère d'un individu à l'autre et pouvant conduire à un désastre mental que le chirurgien esthétique aide à soulager, à atténuer, dès lors que l'intervention ne présente pas un risque supérieur à l'intérêt envisagé ; personne ne se fait opérer par plaisir et les chirurgiens esthétiques expliquent inmarcesciblement qu'il soignent l'âme en même temps que la pseudo- ou la vraie disgrâce de ceux qui ne sont pas en accord avec eux-mêmes, avec leur enveloppe corporelle ou l'idée qu'ils s'en font. Il y a en conséquence derrière la plupart des interventions « purement cosmétiques » un **soin médical à la personne** dont la dimension thérapeutique doit être affirmée et qui conduit dès lors à l'exonération de TVA.

D'autant plus qu'au § 33, l'arrêt mentionne expressément que **les problèmes de santé visés par les opérations exonérées** au titre de l'article 132-1 (b) ou (c) de la directive TVA **peuvent être d'ordre psychologique**. Ceci n'est que l'application de sa jurisprudence habituelle en la matière (cf. arrêts Dornier, C-45/01, du 6 novembre 2003 et Solleveld, C-443/04, du 27 avril 2006, sur l'exonération de soins consentis par des psychothérapeutes en Allemagne et aux Pays-Bas).

Or, dans l'affaire Dornier, la Cour a expressément écarté le critère de la prise en charge par l'assurance maladie pour décider s'il y avait lieu à exonération ou non de TVA sur des traitements psychothérapeutiques dispensés dans un service de consultations externes par une fondation à l'aide de psychologues diplômés salariés non médecins : «[...] la seule circonstance que le coût de ces prestations n'est **pas entièrement assumé par les institutions d'assurance sociale ne justifie pas une différence de traitement entre prestataires en ce qui concerne l'assujettissement à la TVA** » (cf. point 75 de l'arrêt, accessible sur <http://curia.europa.eu/juris/>).

Le raisonnement par analogie est permis et conduit à l'affirmation que les arrêts ci-dessus condamnent le critère retenu aujourd'hui par l'administration fiscale française lié à la prise en charge de l'acte par l'assurance maladie.

D'ailleurs, **M. Pierre Sargos**, président de chambre à la Cour de cassation, auteur d'un commentaire de l'arrêt du 21 mars 2013, écrivait, au *Dalloz* 2013, p. 912 : « L'arrêt Skatteverket rend cette question [préjudicielle à la CJUE qu'il appelait de ses vœux dans une précédente chronique au *Dalloz* 2012, p. 2903] inutile car le critère de l'exonération de la TVA retenu par l'instruction ministérielle française du 27 septembre 2012 et fondé sur la prise en charge par l'assurance maladie est **incompatible avec l'interprétation du juge européen**. ». Merci, M. le Haut Conseiller, de prendre ainsi une position claire dans ce combat franco-français dans lequel un certain nombre de commentateurs moins pertinents dénaturent le droit et la jurisprudence communautaires...

TVA sur les soins (suite)

Arrêt du 5 juillet 2013, 8^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies du Conseil d'Etat

Le 2^{ème} arrêt de l'année 2013 est moins favorable à l'exonération puisqu'il a débouté de leurs requêtes en annulation pour excès de pouvoir plusieurs demandeurs, notamment des syndicats de dermatologues, de chirurgiens esthétiques, de médecine morpho-esthétique et anti-âge, contre le rescrit n° 2012/25 publié le 27 septembre 2012.

L'arrêt affirme d'abord (point 5) « qu'en prévoyant que, lorsqu'ils ne poursuivent pas une finalité thérapeutique, les actes de médecine et de chirurgie esthétique sont assujettis à la TVA, la décision attaquée se borne à réitérer la loi, laquelle est conforme aux objectifs des directives ainsi interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne. » Mais le Conseil d'Etat n'explique pas où la loi française prévoirait cette « finalité thérapeutique ». La loi française c'est uniquement l'article 261, 4, 1° qui exonère purement et simplement « les soins dispensés aux personnes par les membres des professions médicales et paramédicales réglementées », sans la moindre discrimination selon le but thérapeutique ou pas de l'acte médical ou paramédical. Et il a été démontré que « l'interprétation des directives par la CJUE » ne conduit pas - loin s'en faut - à une notion de « finalité thérapeutique » qui exclurait de l'exonération les actes de chirurgie esthétique par nature (cf. sur cette notion, les arrêts concernés dans *La Lettre du Cabinet* de décembre 2012, p. 4 et suiv., arrêts qui n'utilisent la notion de « finalité thérapeutique » que pour refuser l'exonération à des prestations non médicales, telles que expertises et prestations accessoires et d'économie ménagère). Cette première affirmation de l'arrêt du Conseil d'Etat apparaît en conséquence extrêmement critiquable.

Puis, en son point 6, l'arrêt français affirme « qu'en subordonnant le bénéfice de l'exonération de TVA des actes de médecine et de chirurgie esthétique à la condition qu'ils soient pris en charge totalement ou partiellement par l'assurance maladie, la décision attaquée expli-

cite sans les méconnaître, pour les actes de chirurgie et de médecine esthétique, la portée des dispositions du 1° du 4 de l'article 261 du code général des impôts, lesquelles ne portent pas atteinte au principe de neutralité du système commun de TVA. ». Mais l'article 261, 4, 1° ne prévoit nullement cette condition ni ne l'autorise, pas plus que la jurisprudence communautaire qui a, au contraire, expressément écarté le critère de la prise en charge par l'assurance maladie dans l'affaire Dornier susvisée !

Enfin, le Conseil d'Etat refuse aux demandeurs de poser une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg, sans la moindre motivation. Or, l'article 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) impose aux juridictions nationales « dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne » de saisir la CJUE, et ce n'est qu'à titre exceptionnel que la juridiction nationale peut s'en dispenser, lorsqu'elle constate que « la question n'est pas pertinente » ou que « la disposition communautaire en cause a déjà été l'objet d'une interprétation de la part de la Cour » ou encore que « l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable » (cf. notamment Cour Européenne des Droits de l'Homme, arrêt Cifit c/ Ministère de la santé, 283/81, Rec. 1982, p. 3415).

Dans la mesure où le refus de saisir la CJUE à titre préjudiciel d'une question relative à l'application du droit communautaire a déjà été jugé comme emportant violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif au droit à un procès équitable, il est vraisemblable, mais je n'ai pas l'information, que les demandeurs déboutés ont saisi la Cour Européenne des Droits de l'Homme, siégeant à Strasbourg, contre l'arrêt du Conseil d'Etat du 5 juillet 2013, ce qui devait être régularisé dans les 6 mois et donc le 5 janvier 2014 au plus tard.

Droit dans les autres pays membres de l'UE :

En cet état qui conduit à la perplexité plutôt qu'à la confiance dans nos institu-

tions judiciaires et gouvernementales, il était utile d'observer le traitement fiscal réservé aux prestations médicales dans les autres pays de l'Union européenne. Mon cabinet s'est donc livré à des recherches en cette matière, qui conduisent, sauf réforme récente ou erreur car l'information n'est pas toujours facile à obtenir, au constat ci-après :

Les soins médicaux et dentaires sont exonérés de TVA dans les pays ci-après :

| | |
|----------|---------------------|
| Autriche | Lettonie |
| Belgique | Lituanie |
| Chypre | Luxembourg |
| Croatie | Malte |
| Danemark | République slovaque |
| Estonie | Roumanie |
| Finlande | Royaume-Uni |
| Grèce | Slovénie |
| Hongrie | Suède. |
| Italie | |

En Allemagne, Espagne, Irlande et Pays-Bas, les soins médicaux sont exonérés de TVA mais pas les actes de **chirurgie esthétique à finalité purement cosmétique** qui sont soumis à un taux de :

- 19 % en Allemagne
- 21 % en Espagne
- 13,5 % en Irlande
- 21 % aux Pays-Bas.

Mais, dans chacun de ces quatre Etats, le droit fiscal national prévoit expressément l'exception à l'exonération de TVA pour les actes de chirurgie esthétique. Ce qui n'est pas le cas en France, puisque l'article 261, 4, 1° du code général des impôts exonère les soins dispensés aux personnes par les médecins sans aucune discrimination selon le but thérapeutique de l'acte.

En conclusion :

Les médecins concernés disposent de solides arguments pour lutter, en l'état du

TVA sur les soins (suite)

droit français et communautaire, contre la position nouvelle de l'administration fiscale, qui n'a aucun pouvoir pour ajouter unilatéralement des éléments à l'article 261, 4, 1° du code général des impôts, lequel n'a pas été réformé, ce qui relève exclusivement du pouvoir parlementaire.

Le Conseil d'Etat a annulé, à plusieurs reprises, des instructions de l'Administration fiscale ajoutant des dispositions nouvelles au code général des impôts français ou contraires au droit communautaire : par exemple, par un arrêt du 17 mai 2000 (8^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, n° 199 306), le Conseil d'Etat a annulé les dispositions d'une circulaire du ministre de l'économie aux termes desquelles, en matière de TVA dans les établissements

de restauration rapide, l'instruction ne s'était pas bornée à expliciter des dispositions du code général des impôts « mais y avait ajouté des dispositions nouvelles, de caractère réglementaire, qu'aucun texte ne l'autorisait à édicter ». Autre exemple d'annulation de dispositions d'une instruction par le Conseil d'Etat : celle de la directrice de la législation fiscale ayant limité, en matière de TVA, l'exception des ventes destinées à être consommées sur place à celles qui sont réalisées au moyen d'appareils de distribution automatique, disposition restreignant le champ d'application de l'article 278 du CGI considérée illégale par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 27 février 2006 (8^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, n° 280 590).

En matière de TVA sur les soins médicaux, à l'identique des espèces qui vien-

nent d'être citées, l'Administration fiscale restreint le champ d'application de l'exonération prévue par l'article 261, 4, 1°, du code général des impôts qui ne prévoit aucune discrimination selon que les soins sont ou non pris en charge par l'assurance maladie.

Pour l'ensemble de ces raisons, je persiste à considérer que l'arrêt du Conseil d'Etat du 5 juillet 2013 entre parmi ceux présentant « une rigueur scientifique pouvant appeler une déférente querelle », pour reprendre le très respectueux commentaire de M. le Professeur Mémeteau concernant une autre jurisprudence et qu'à l'occasion des contestations et réclamations qui vont avoir lieu, le débat continuera sur la pertinence du critère nouveau brutalement imposé par l'Administration française.

ILB

Suicide d'un médecin mis en cause par une patiente

(article également publié sur le site www.gyneco-online.com)

Le 1^{er} octobre, un gynécologue-obstétricien âgé de 60 ans, mis en cause après une hystérectomie compliquée par des lésions de l'appareil urinaire, s'est suicidé par pendaison. La Clinique de Montbéliard dans laquelle il exerçait a publiquement témoigné qu'il avait exercé depuis 30 ans sans incident et **« dénoncé l'acharnement médiatique à son encontre comme l'irresponsabilité de certains journalistes locaux »**

Sur l'ensemble des morts de médecins par an, 14 % auraient pour cause un suicide, contre 5,6 % dans la population française en général. Certains plus publics que d'autres : évidemment quand, le 1^{er} avril, le médecin d'une émission dite de télé-réalité écrit, avant de se donner la mort : « Ces derniers jours mon nom a été sali dans les médias. Des accusations et supputations injustes ont été proférées à mon encontre [...]. Je n'oserai plus croiser un regard en France sans me poser la question de savoir s'il est rempli de méfiance envers moi. Reconstruire cette réputation détruite me serait insupportable, c'est donc mon seul choix possible », le PDG de TF1 défraie la chronique en laissant à leur conscience les auteurs des propos anonymes tenus sur les circonstances du décès quelques jours plus tôt d'un candidat de Koh-Lanta « ainsi que ceux qui les ont **colportés avant même que toute la lumière ait été faite sur ce drame** » intervenu au Cambodge le premier jour de tournage.

Quand un urgentiste désespéré du CHU de Rouen, âgé de 28 ans, se jette du onzième étage, le quotidien local se contente de rapporter les commentaires du Parquet « Le décès ne pose aucune difficulté sur le plan judiciaire » et de signaler « La victime aurait laissé un courrier expliquant son geste ». Idem pour un urgentiste de 43 ans à Lannion (Côtes d'Armor) ou un anesthésiste de Montpellier ayant reconnu « une erreur médicale ».

Personnellement, je n'oublierai jamais cette absorption d'une dose létale par un de mes clients gynécologue le jour de sa libération après deux mois de « préventive » pour suspicion d'attouchements sur une jeune fille venue le consulter à l'insu de ses parents pour obtenir une IVG. Et - comble de la frustration pour l'avocat - le décès de l'accusé met fin à l'action publique puisqu'on ne peut pas poursuivre un mort, donc impossible d'obtenir un non-lieu ou une relaxe, impossible de démontrer que les fautes invoquées ne sont pas constituées, au moins pour que les enfants de l'accusé puissent assortir leur deuil d'une restauration de l'honneur et la probité du de cujus volontairement disparu.

En effet, si dans certains cas la presse s'avère quasi silencieuse sur les faits, dans d'autres affaires c'est le contraire et on invente à l'envi ce qui est loin d'être établi.

Le suicide éteint alors l'action publique mais pas l'action médiatique, ni malheureusement l'immarcescible bêtise de ceux qui perdurent sans la moindre éthique journalistique dans une confusion intolérable entre présomption d'innocence et présomption de culpabilité, allant jusqu'à affirmer que « le suicide prouve la faute ».

Sur ce terrain, la presse et la justice se rejoignent trop souvent dans une démarche de broyeurs de réputation. Des petits Outreau chez les médecins il y en a trop. De pleines pages de commérages commençant par « D'après la famille de la victime », se poursuivant par « De source judiciaire sûre » et se terminant par « Le Docteur ... contacté par la rédaction a refusé de s'exprimer préférant se retrancher derrière le secret professionnel ». Oui, bien sûr, car de source sûre le secret médical lie le praticien mais pas les parties civiles, qui peuvent décrire leur propre vé-

(suite page 20)

Radiologues : envoyer le compte-rendu au prescripteur ne suffit pas

(Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., arrêt du 16 janvier 2013, n° 12-14.097
et Cour de cassation, ch. crim., arrêt du 4 juin 2013, n° 12-84.543)

Les radiologues doivent, comme tous autres médecins, respecter l'obligation légale (article L. 1111-2 du code de la santé publique) et déontologique (article R. 4127-35 du même code) d'informer le patient, sauf urgence ou impossibilité, d'une manière « loyale, claire et appropriée sur son état », en tenant compte de la personnalité du patient dans leurs explications et en veillant à leur compréhension.

La Cour de cassation rappelle, dans cet arrêt, que le compte-rendu envoyé au médecin prescripteur ne dispense pas les radiologues d'informer sur le résultat de l'examen d'imagerie d'une manière adaptée. En l'espèce, le compte-rendu d'un cliché du rachis mentionnait « solution de

continuité sur tige inférieure droite », ce qui évoque clairement une fracture du matériel d'ostéosynthèse pour le médecin destinataire, mais pas pour le patient. Les radiologues n'ont donc pas satisfait à leur obligation d'information dont ils ne peuvent se libérer en se retranchant derrière l'envoi du compte-rendu parfaitement rédigé et envoyé au prescripteur.

Dans la deuxième affaire référencée, une radiologue intervenant à titre libéral dans une clinique est condamnée à 2 mois de prison avec sursis pour homicide involontaire pour ne pas s'être assurée que l'anesthésiste prescripteur de la radiographie, qui avait placé sur une malade hospitalisée pour colectomie un cathéter veineux sous-clavier, avait été informé de

son mauvais positionnement et de la présence d'un épanchement pleural et médiastinal compressif dont l'importance témoignait d'une complication post-opératoire, cause exclusive du décès de la patiente. Pour se défendre, la radiologue invoquait l'absence de procédures internes de communication des résultats au sein de la clinique privée et de protocole relatif au circuit de la radiologie, argument écarté par les experts ayant décrit un « manque de professionnalisme » du médecin dont les constatations graves qu'elle venait de faire imposaient de retirer immédiatement le dispositif en cause et donc de s'assurer que l'anesthésiste était informé du résultat de son examen radiologique. **ILB**

Evaluation des parts d'une SCP de médecins

(Cour de Cassation, ch. com, arrêt du 26 mars 2013, n° 12/10144, 303)

Un médecin prend sa retraite et notifie à ses associés son retrait. Une expertise judiciaire des parts de sa société civile professionnelle (SCP) a lieu, prévue à l'article 1843-4 du code civil. Le rapport fixait une fourchette de valeur et non un prix de rachat, si bien que l'expert nommé a produit une note complémentaire dans laquelle il a fixé le prix des parts.

La Cour de cassation rappelle qu'en matière d'expertise de droits sociaux prévue à l'article 1843-4, l'expert se détermine selon les critères qu'il juge opportuns. En l'espèce, il a retenu une valeur objective de la SCP selon trois méthodes différentes (le barème recommandé par

l'administration fiscale, la méthode dite indiciaire et la méthode dite de rendement). La SCP a versé aux débats une consultation officieuse proposant deux méthodes supplémentaires : une approche par les flux futurs et une étude de la valeur des dernières cessions de parts ayant eu lieu dans la SCP, pour « approcher la valeur du marché ». Mais l'arrêt retient que l'expert désigné n'ayant pas commis d'erreur grossière son rapport s'impose aux parties.

Jurisprudence habituelle en cette matière. L'évaluation des droits sociaux de SCP ou de SEL prévue à l'article 1843-4 du code civil quand les associés ne se

sont pas entendus sur un prix, est conduite dans des conditions différentes de l'évaluation d'une patientèle libérale exploitée directement, et n'a pas à prendre en considération automatiquement l'état du marché. L'expert nommé est seul compétent pour fixer sa méthodologie et le tribunal ne peut que rectifier une erreur grossière.

Cela conduit, en pratique, très souvent, à des résultats totalement inéquitables mais non contestables en droit, la jurisprudence sur « l'erreur grossière » limitant considérablement le débat devant la juridiction saisie. **ILB**

Après « Mademoiselle », c'est le « bon père de famille » qui s'en va !

(Amendement n° 249 du projet de loi n° 1380 sur l'égalité entre les femmes et les hommes)

Le 28 janvier, l'Assemblée Nationale a adopté un amendement lors de l'examen du projet de loi n° 1380 sur l'égalité entre les femmes et les hommes supprimant du droit français le terme « en bon père de

famille », qui servait à caractériser un comportement raisonnable.

Des élus d'Europe Ecologie Les Verts avaient proposé de retirer cette expression qu'ils considéraient « désuète » et de la

remplacer par les termes « raisonnable » ou « raisonnablement » selon les cas.

Le texte est actuellement en deuxième lecture au Sénat. **CP**

SELARL, projet mal maîtrisé

(Cour d'appel de Versailles, 1^{ère} ch., arrêt du 4 juillet 2013, n° 11/05092)

Un expert-comptable doit s'assurer que le montage qu'il propose convient aux besoins de son client praticien libéral et l'informer suffisamment des conséquences notamment économiques et fiscales du projet.

En l'espèce, il fut proposé à un chirurgien-dentiste la création d'une société d'exercice libéral unipersonnelle, avec un prêt à usage de la patientèle individuelle à la société, afin d'éviter le paiement des droits d'enregistrement et celui d'intérêts d'emprunt. La conséquence était que le

chirurgien n'a pas perçu de prix de cession, entraînant une chute brutale de trésorerie avant que des dividendes ne puissent être régulièrement distribués, ce qui a généré des difficultés économiques graves.

La plaignante faisait grief à l'expert-comptable de ne pas avoir établi de lettre de mission, de ne pas avoir procédé à une évaluation préalable de sa situation particulière et de ses besoins, de n'avoir établi ni chronogramme des opérations ni prévisionnel de trésorerie qui lui auraient per-

mis d'avoir une vision d'ensemble de la solution préconisée et d'en apprécier les avantages et inconvénients et plus généralement reproche de ne pas lui avoir conseillé une solution en accord avec ses besoins et sa situation.

La Cour de Versailles confirme le jugement du TGI de Nanterre condamnant la société d'expertise-comptable à des dommages-intérêts pour manquement à son devoir de conseil, *in solidum* avec son assureur.

ILB

Épilation au laser : seulement par les médecins

(Conseil d'Etat, arrêt du 28 mars 2013, n° 348089)

La chambre disciplinaire de l'Ordre national des médecins avait infligé une peine de 3 mois d'interdiction d'exercer la médecine avec sursis au motif qu'ayant eu recours à des assistants n'ayant pas la qualité de médecin pour pratiquer à son cabinet l'épilation à l'aide d'un appareil laser, un médecin généraliste avait méconnu l'arrêté du 6 janvier 1962 qui fixe la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins et prévoit notamment : « Ne peuvent être pratiqués que par les docteurs en médecine [...] : 5° tout mode d'épilation, sauf les épilations à la pince ou à la cire ».

Le médecin a tenté, devant le Conseil d'Etat, de tirer profit d'un arrêté d'homologation de matériel de laser à usage médical, dont l'article 2 prévoyait qu'il

s'agit d'appareils devant être utilisés « par un médecin ou sous sa responsabilité » (arrêté du 30 janvier 1974).

Mais le Conseil d'Etat rappelle que l'arrêté du 6 janvier 1962 n'a été ni abrogé ni modifié par l'arrêté du 30 janvier 1974, et que la chambre disciplinaire nationale n'a pas commis d'erreur de droit en condamnant le médecin, dont le pourvoi est rejeté.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a condamné d'ailleurs pour exercice illégal de la médecine une personne non médecin pratiquant l'épilation au laser (Cour de cassation, chambre criminelle, 8 janvier 2008, n° 07-81193).

La seule solution serait de faire adopter une convention de coopération entre professionnels de santé, telle que

prévue aux articles L. 4011-1 et suivants du code de la santé publique, qui permet des transferts d'activités ou d'actes de soins entre médecins et autres professionnels de santé, infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, etc. De tels protocoles sont soumis pour avis à la Haute Autorité de Santé et font l'objet d'une décision d'agence régionale de santé. Ils permettent des coopérations interprofessionnelles et évitent ainsi de commettre le délit d'exercice illégal de la profession de médecin. Le cabinet a notamment conduit avec succès de telles démarches permettant à des chirurgiens ophtalmologistes de déléguer à des orthoptistes des tâches relevant de la médecine.

ILB

Pas de libre choix du médecin à l'hôpital public

(Cour adm. d'appel de Paris, 8^{ème} ch., 27 mai 2013, n° 12PA01842)

Un myopathe reproche à l'AP-HP de n'avoir pu, en temps utile et avant l'aggravation de son état, entrer en contact avec le neurologue qui le suivait habituellement à l'institut de myologie de La Pitié Salpêtrière, dont le secrétariat ne propo-

sait aucun rendez-vous avant quatre mois.

La juridiction administrative déboute le demandeur en rappelant que « les patients d'un établissement public de santé ne sont placés dans une situation contractuelle ni avec cet établissement ni a for-

tiori avec un praticien dudit établissement, sauf à ce que celui-ci exerce pour partie en secteur privé. Ils ne sont donc pas en droit d'exiger qu'un médecin plutôt qu'un autre les prenne en charge. »

ILB

Louer du matériel défaillant n'exonère pas de payer le loyer

(Cour d'appel de Reims, ch. civ., arrêt du 12 mars 2013, n° 11/01689)

Siemens Lease Services conclut avec un médecin un contrat de location de 72 mois portant sur un appareil « skin station radiance » destiné notamment à l'épilation longue durée et au photorajeunissement, moyennant un loyer mensuel de 1 156 €. Plusieurs patients du médecin se plaignent que les résultats ne sont pas concluants, le médecin décide unilatéralement, après 10 mois de location, d'interrompre le paiement des loyers. Siemens Lease Services, qui avait acquis ce matériel auprès d'un fournisseur et n'avait qu'un rôle de loueur, l'assigne en exécution du contrat qui prévoit la résiliation

pour défaut de paiement avec une clause imposant une pénalité égale aux loyers dus jusqu'à l'échéance contractuelle majorés de 6 %.

Le médecin soutenait que le contrat était léonin et invoquait l'article L. 132-1 du code de la consommation sur les clauses abusives, écarté puisque non applicable entre professionnels.

Il est totalement débouté de ses arguments et le jugement de première instance est confirmé, la résolution du contrat de location prononcée, comme le paiement des indemnités prévues au contrat sans réduction et la restitution de l'appareil

ordonnée sous astreinte de 50 € par jour de retard, conduisant au paiement d'une indemnité de privation de jouissance, avec capitalisation des intérêts et paiement des frais irrépétibles du loueur.

L'arrêt est conforme à la jurisprudence : le locataire ne peut se prévaloir auprès du loueur, qui n'est pas le fournisseur, de l'exception d'inexécution du contrat fondée sur le vice caché ou sur un défaut de conformité de la chose, ce qui était expressément prévu par les conditions générales du contrat.

ILB

Appel d'une sanction disciplinaire : pas d'aggravation contre l'appelant

(Conseil d'Etat, arrêt 17 juillet 2013, n° 362481)

Le Conseil d'Etat a jugé qu'il résulte des principes généraux du droit disciplinaire qu'une sanction infligée en première instance par une juridiction disciplinaire ne peut être aggravée par le juge

d'appel saisi du seul recours de la personne frappée par la sanction.

Cette règle s'applique y compris dans le cas où le juge d'appel, après avoir annulé la décision de première instance, se pro-

nonce par voie d'évocation.

Cette règle relève de l'ordre public. Sa méconnaissance peut en conséquence être invoquée à tout moment de la procédure.

ILB

Validité de la rupture conventionnelle : différend entre les parties et délais

(Cour de cassation, ch. soc., arrêt du 3 juillet 2013, n° 12-19268)

La Cour de cassation dans un arrêt du 3 juillet 2013 confirme sa position selon laquelle « l'existence d'un différend entre les parties au contrat de travail n'affecte pas elle-même la validité de la convention de rupture conclue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail [...] » (en ce sens également Cour de cassation, ch. soc., arrêt du 26 juin 2013, n° 12-15208).

Telle n'a pas toujours été la solution retenue par la juridiction suprême puisque dans un arrêt du 11 février 2009 elle cassait et annulait la décision rendue par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence déboutant une salariée de ses demandes d'indemnités au titre de la rupture de son contrat de travail aux motifs qu'un différend opposait les parties sur l'exécution et la rupture du contrat (Cour de cassation, ch. soc., arrêt du 11 février 2009, n°



08-40095). En effet, la Cour de cassation jugeait auparavant que ce mode de rupture n'était possible que lorsque le caractère consensuel était incontestable, ce qui ne pouvait être le cas en présence d'un litige entre l'employeur et l'employé.

Elle rappelle également que « L'article L. 1237-12 du code du travail n'instaure pas de délai entre, d'une part, l'entretien au cours duquel les parties au contrat de travail conviennent de la rupture du contrat et, d'autre part, la signature de la convention de rupture prévue à l'article L. 1237-11 du code du travail [...] ».

La convention de rupture peut donc être signée dès l'entretien préalable, le consentement des parties étant protégé par le délai de rétractation de quinze jours, prévu à l'article L. 1237-13 du code du travail, débutant à compter de la date de signature.

CH

Respectez le personnel !

(Cour d'appel Aix-en-Provence, arrêt du 14 novembre 2013, Juris-Data n° 2013-027050)

Une sage-femme, salariée statut cadre, surveillante du service maternité et gynécologie, a été licenciée par la Polyclinique où elle travaillait en raison d'un grand nombre de témoignages faisant état de son comportement inacceptable à l'égard du personnel et des conséquences de ses agissements sur l'organisation du service et la santé des salariés. Il lui était reproché par l'ensemble des médecins et une grande partie des salariés :

- une « attitude rigide sans communication possible »,
- un « excès d'autorité quant aux décisions concernant le service »,
- une « communication non verbale » à travers des « soupirs excédés, haussements d'épaules, regards quasi méprisants, ou bien non-dits »,
- son « management par le rapport de force et l'agressivité »,
- sa « tendance à terrifier, culpabiliser et déstabiliser le personnel ».

Son attitude a eu pour conséquence de :

- créer un climat délétère au sein du service,

- démotiver l'ensemble des salariés travaillant à ses côtés en raison de ses remarques blessantes, vexatoires, dénigrantes,
- engendrer une réelle souffrance chez certains salariés,
- rendre impossible le travail dans des conditions optimales au sein du service.

Cependant, par décision du 9 mai 2012, le Conseil de prud'hommes de Grasse a condamné la Polyclinique à payer à la salariée une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'établissement a interjeté appel et la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a infirmé la décision de première instance jugeant que :

« [...] le comportement autoritaire de Madame X., ses remarques désobligeantes et son attitude irrespectueuse envers le personnel de son service, ayant eu des répercussions importantes sur les conditions de travail dégradées du service maternité et gynécologie et sur l'état de santé des salariés dont elle assurait l'encadrement, justifient le licenciement pour cause réelle et sérieuse de la sala-

riée, peu importe la satisfaction des patients du service et l'absence de tout avertissement ou mise en garde préalable notifié à la salariée par l'employeur ; [...] »

Il incombe à l'employeur, selon les articles L. 4121-1 et suivants du code du travail, de prendre soin de la sécurité et de la santé des salariés. Il est donc tenu envers ses employés d'une obligation de sécurité en la matière, notamment en ce qui concerne le harcèlement moral. L'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité (Cour de cassation, chambre sociale, 21 juin 2006, Juris-Data n° 2006-034275).

La Cour de cassation a également précisé que les mesures prises par l'employeur suite au harcèlement moral sur un de ses salariés commis par une personne détenant une autorité de fait « n'exoneraient pas l'employeur des conséquences des faits de harcèlement antérieurement commis » (Cour de cassation, chambre sociale, 19 octobre 2011, Juris-Data n° 2011-022293).

CH

Transfert du contrat de travail

(Cour de cassation, ch. soc., arrêt du 24 avril 2013, n° 11-26.388,769)

Selon l'article L. 1224-1 du code du travail :

« Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

La mise en œuvre de cette disposition est soumise à deux conditions :

- l'existence d'une entité économique autonome,
- le maintien de l'identité et la poursuite de l'activité de l'entité économique.

La chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 avril 2013, a jugé que l'article L. 1224-1 du code du

travail devait s'appliquer concernant le contrat de travail d'un chef cuisinier salarié d'une société de restauration et affecté à la cuisine d'une maison de retraite. En l'espèce, cette dernière avait résilié le contrat la liant à la société de restauration, employeur du salarié. Celle-ci avait alors informé la maison de retraite du transfert des contrats de travail de ses trois salariés travaillant sur son site, en application de l'article L. 1224-1 du code du travail. La maison de retraite n'ayant pas repris le contrat de travail de l'intéressé, ce dernier a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de la société de restauration. La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 13 septembre 2011 qui jugeait qu'il n'y avait lieu à

application de l'article L. 1224-1 du code du travail aux motifs que :

« Attendu que pour mettre hors de cause la société Les Jardins de Trelis [la maison de retraite], prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail de Monsieur X. aux torts exclusifs de la société Avenance [la société de restauration] avec effet au 10 juin 2010, condamner celle-ci à payer à Monsieur X. certaines sommes au titre de la rupture du contrat de travail et à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que la société Avenance n'avait fourni et mis à la disposition de sa cliente, à l'exclusion des locaux et autres équipements dont cette dernière disposait, que son personnel, son savoir-faire en matière de restauration et les seuls matériels de cuisine,

lessive et restauration, nécessaires à la réalisation de sa prestation, que la rupture de celle-ci ne s'est pas accompagnée du transfert d'éléments d'exploitation corporels ou incorporels significatifs et n'a pas entraîné le transfert du contrat de travail du salarié, et que la société Avenance est restée jusqu'au 9 avril 2009, date de la requête en résiliation judiciaire du contrat de travail, le seul employeur juridique du salarié ;

« Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que les moyens nécessaires à l'exercice de l'activité étaient mis à la disposition des prestataires successifs par le donneur d'ordre, qui en avait repris l'usage à la suite de la résiliation du marché, pour poursuivre la même activité, la Cour d'appel a violé le texte susvisé [...] » (Cour de cassation, ch. soc., 24 avril 2013, n° 11-26.388, 769).

En effet, il ressortait des conditions générales du contrat que la maison de retraite mettait à disposition les locaux comprenant les chambres froides, les congélateurs, la cuisine, les espaces de stockage, les offices relais, la salle de restauration, ainsi que des locaux sanitaires.

Il demeure difficile de concilier protection du salarié et liberté contractuelle.

CH

Activité partielle : les règles changent !

Après négociations avec les partenaires sociaux et suite aux mesures proposées dans l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013, l'objectif clairement affiché était celui d'améliorer la situation des salariés qui travaillent moins de 35 heures et de lutter contre la précarité. C'est dans ce cadre que s'inscrit la loi du 14 juin 2013 n° 2013-504 relative à la sécurisation de l'emploi qui modifie le régime applicable au contrat de travail à temps partiel.

L'une des mesures phares de ladite loi est l'instauration d'une durée de travail hebdomadaire plancher de 24 heures ou d'une durée équivalente lorsque l'entreprise prévoit une répartition du temps de travail sur le mois ou toute autre période supérieure à la semaine au plus égale à l'année (sauf dérogation sur demande du salarié ou par accord de branche étendu). Néanmoins, ne sont pas concernés, selon la loi, par cette mesure :

- les jeunes de moins de 26 ans poursuivant leurs études,
- les salariés des entreprises de travail temporaire d'insertion ainsi que des associations intermédiaires lorsque le parcours d'insertion le justifie.

En outre, alors que l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 en son article 11.2 excluait expressément le cas des « salariés des particuliers employeurs », la loi du 14 juin 2013 n° 2013-504 ne reprend pas explicitement cette exception qui semble pourtant devoir s'appliquer puisqu'elle est ainsi présentée sur certains sites officiels tels que celui du Ministère du Travail, de l'Emploi, de



Claire Périllaud

la Formation Professionnelle et du Dialogue Social. Cette incertitude législative constitue probablement l'une des premières difficultés s'agissant de l'application de la loi : en effet quid d'un médecin qui emploie une femme de ménage pour son cabinet médical ?

En-dehors de ces cas, la durée minimale s'applique à tout contrat à temps partiel conclu depuis le 1^{er} janvier 2014. Une période transitoire de deux ans est mise en place pour les contrats en cours au 1^{er} janvier 2014. Ainsi, en l'absence d'accord de branche, entre le 1^{er} janvier 2014 et le 1^{er} janvier 2016 les salariés déjà présents au sein de la société ou du groupement auront la possibilité de demander à bénéficier de la durée minimale instaurée. Cette demande s'imposera à l'employeur qui ne pourra s'y opposer qu'au motif d'une impossibilité liée à « l'activité éco-

nomique de l'entreprise ». En l'absence de demande de l'employé, l'employeur pourra continuer à salarier son personnel en dessous de la durée minimale. Ce n'est qu'à partir du 1^{er} janvier 2016, que tous les contrats de travail à temps partiel devront prévoir une durée de travail supérieure au plancher de 24 heures hebdomadaires, sauf dérogation légale :

- la dérogation individuelle demandée par écrit par le salarié, soit pour faire face à des contraintes personnelles soit pour cumuler plusieurs activités afin d'atteindre au total un temps partiel ou une durée au moins égale à 24 heures par semaine,
- la dérogation par accord de branche étendue mais qui doit alors comporter des « garanties quant à la mise en œuvre d'horaires réguliers ou permettant au salarié de cumuler plusieurs activités afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à [24 heures par semaine ou son équivalent] ».

Il est fort probable que cette période transitoire soulève, elle aussi, de nombreux contentieux dans la pratique. En effet, ni la loi susvisée ni le décret du 26 juin 2013 n° 2013-551 ne précisent si l'employeur peut, par exemple, négocier un délai pour faire droit à la demande du salarié. En outre, qu'englobe la notion d'« activité économique de l'entreprise » ?

CP

Sites distincts et contrôle du juge administratif

(TA Bordeaux, 7 novembre 2013, jugements n^{os} 1201997, 1201998, 1201999, 1202000, 1202001)

En application de l'article R. 4127-112 du code de la santé publique, les décisions prises par les conseils départementaux peuvent être réformées ou annulées par le Conseil national de l'Ordre des médecins (CNOM) soit d'office, soit à la demande des intéressés.

C'est le cas, notamment, des mesures fondées sur l'article R. 4127-85 du même code, qui permet d'autoriser « un médecin [à] exercer son activité professionnelle sur un ou plusieurs sites distincts de sa résidence professionnelle habituelle ».

Jusqu'à l'intervention du décret n^o 2010-164 du 22 février 2010, relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, les décisions rendues par le CNOM en la matière ne pouvaient qu'être déférées au Conseil d'Etat, par la voie de la cassation. Toutefois, depuis cette date, l'article R. 312-10 du code de justice administrative a été modifié et prévoit désormais que « les litiges relatifs aux législations régissant [...] les professions libérales [...], relè-

vent, lorsque la décision attaquée n'a pas un caractère réglementaire, de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve, soit l'établissement ou l'exploitation dont l'activité est à l'origine du litige, soit le lieu d'exercice de la profession ».

Le contentieux des sites distincts était et demeure bien connu de la Haute Juridiction administrative mais est suffisamment nouveau pour souligner cinq jugements récents de la 3^{ème} Chambre du Tribunal administratif de Bordeaux, en date du 7 novembre 2013.

L'issue de ces affaires s'est traduite par le rejet des recours formés par plusieurs praticiens libéraux contre des décisions du CNOM qui avait annulé les autorisations d'exercice en sites distincts précédemment délivrées par un Conseil départemental de l'Ordre, dans la discipline cardiologique.

A l'examen desdits jugements, il a été satisfaisant de constater que le Tribunal s'était correctement inspiré de la jurispru-

dence du Conseil d'Etat et avait fait une exacte application des règles de droit résultant de l'article R. 4127-85, en retenant par exemple que, en estimant que le secteur géographique considéré devait être celui du bassin de vie, « tel que défini par l'INSEE, validé par le maire de la commune et retenu aussi bien par l'ARS, pour apprécier les besoins ambulatoires de la population, que par l'Ordre des médecins, pour évaluer la réponse aux besoins de premiers recours », le CNOM n'a pas entaché ses décisions d'erreur d'appréciation.

Pour mémoire, la pratique d'une activité médicale ne peut s'étendre au-delà d'un « secteur géographique » plus ou moins restreint ou étendu. Cependant, celui-ci ne connaît aucune définition légale ou réglementaire et ne trouve de limites que dans une appréciation souveraine de l'autorité ordinaire ou, à défaut et par substitution, du juge administratif.

JQ

Annulation d'un paragraphe opposable d'un SROS-PRS

(TA Marseille, 8 juillet 2013, jugements n^{os} 1202128, 1207759)

Par un jugement du 8 juillet 2013, le Tribunal administratif de Marseille, saisi de deux recours dirigés contre, respectivement, un paragraphe opposable du volet hospitalier du SROS-PRS PACA et une décision de rejet tacite du Ministre de la Santé, manifestement non enclin à retirer la disposition querellée, a fait droit aux demandes du requérant en considé-

rant en particulier que la baisse du nombre d'implantations décidée par l'ARS entre le nouveau schéma régional d'organisation des soins et l'ancien, dit d'organisation sanitaire, n'était pas explicitée par l'Administration et que, au final, ne correspondait pas à la diminution choisie par l'ARS et entraînait même en contradiction avec elle.

De ce chef, ce n'est donc pas sur le terrain d'un défaut de motivation qu'ont été censurées les mesures déférées, mais bien sur le fond, en raison d'une erreur de droit, les parties perdantes ayant en outre été condamnées au versement d'une somme au titre des frais de justice.

JQ

Annulation de la condition suspensive d'une autorisation sanitaire

(TA Rouen, 19 novembre 2013, jugements n^{os} 1102717, 1103716)

Le jugement rendu le 19 novembre 2013 par le Tribunal administratif de Rouen porte sur un aspect du contentieux des autorisations sanitaires assez rare pour être évoqué.

En l'espèce, un Groupement d'Intérêt Economique (GIE), constitué il y a plus

de vingt ans entre un acteur de santé publique, une société d'exercice et plusieurs praticiens libéraux en vue d'exploiter ensemble divers équipements matériels lourds (EML) d'imagerie médicale, avait sollicité, auprès de son autorité de tutelle (ARS), l'autorisation de remplacer lesdits

EML, outre de les transférer sur un nouveau site, construit à cette fin.

S'il a été fait droit à ces demandes, ce n'était que sous réserve que, dans un délai de six mois, le GIE mue en Groupement de Coopération Sanitaire (GCS).

Une telle condition suspensive n'est

aujourd'hui pas rare et l'injonction faite en ce sens par l'Administration trouve son fondement légal dans l'article L. 6122-7 du code de la santé publique, qui prévoit notamment qu'une « *autorisation [sanitaire] peut être [...] subordonnée [...] à l'engagement de mettre en œuvre des mesures de coopération favorisant l'utilisation commune de moyens et la permanence des soins.* ».

Ceci étant, ce GIE répondait déjà pleinement à ce principe et/ou esprit de coopération et les conséquences financières et humaines susceptibles d'être engendrées par la transformation juridique im-

posée apparaissaient disproportionnées au regard de l'objet poursuivi.

Le Ministre de la Santé, saisi d'un recours hiérarchique contre la partie préjudiciable de cette décision d'autorisation, a expressément maintenu la position adoptée précédemment.

C'est alors auprès du juge administratif que le GIE s'est tourné et a obtenu satisfaction, le Tribunal ayant considéré, entre autres, que l'ARS et le Ministre n'avaient pas correctement apprécié la situation qui leur était soumise et ne justifiaient pas que l'injonction litigieuse était « *plus propice à la coopération et à l'exécution*

des missions de service public », pas plus qu'à « *la mise en place [d'une] coopération permettant, par un accès équitable [aux] équipements [en cause], d'assurer la réponse aux besoins et à la permanence des soins, dans l'intérêt de la santé publique [...]* ».

Dans cette affaire, il n'a donc pas été question d'un simple vice de forme ou de procédure, mais bien d'une erreur commise au fond par les autorités administratives, lesquelles ont en outre été condamnées aux frais de justice.

JQ

CADA et autorisations sanitaires

(Avis n^{os} 20124958, 20133493 et 20133773 des 10 janvier, 24 octobre et 7 novembre 2013)

Dans une précédente édition de *La Lettre du Cabinet* (juin 2009), il avait été rappelé la possibilité, pour tout intéressé, d'obtenir de son autorité de tutelle sanitaire copie d'un certain nombre de documents concernant d'autres acteurs de santé et, en cas d'opposition, de saisir pour ce faire la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA) sur le fondement de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 modifiée.

Dans le passé, la CADA a déjà considéré comme documents administratifs communicables les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (avis n^o 20083020 du 25 septembre 2008) ou, encore, ceux de retour à l'équilibre signés (à l'époque) avec les agences régionales de l'hospitalisation (avis n^o 20090822 du 16 avril 2009), « *bien que l'activité [des] établissements [concernés] s'inscrive dans un contexte de plus en plus concurrentiel* ».

Il aurait été surprenant, nonobstant la substitution des ARS aux ARH, que la même Commission refuse l'accès aux dossiers de demande d'autorisation, d'évaluation et de renouvellement ou, encore, de transfert géographique d'activités de soins ou d'équipements matériels lourds, et ce, tant en ce qui concerne des



Jonathan Quadéri

structures publiques que privées.

Gain de cause a été obtenu, après rejet exprès d'une ARS, par trois avis favorables n^{os} 20124958, 20133493 et 20133773, des 10 janvier, 24 octobre et 7 novembre 2013, aux termes desquels, sous réserve d'occulter, entre autres, certaines « *informations figurant dans la partie relative aux personnels et concernant le planning des [praticiens] [...], [leurs] diplômes [et le] tableau de service et de gardes/astreintes médicales du mois précédant le dépôt du dossier [...]* », la CADA a estimé que les documents solli-

cités, « *dans la mesure où ils sont détenus par l'ARS dans le cadre de ses missions de service public, constituent [...] des documents administratifs au sens de la loi du 17 juillet 1978 [et] sont communicables à toute personne qui en fait la demande* ».

Il en va de même de la lettre de convocation des membres de la Commission Spécialisée de l'Offre de Soins (CSOS) des ARS, des feuilles de présence, de l'ordre du jour et des procès-verbaux des séances durant lesquelles la CSOS émet un avis sur ces dossiers d'autorisation, outre des fiches d'aide à la décision établies par le personnel desdites agences, exceptions faites de quelques mentions relatives aux établissements de santé privés.

L'intérêt d'entreprendre une telle démarche est de pouvoir constater, par exemple, qu'un promoteur concurrent, ensemble son autorité de tutelle, n'ont pas respecté diverses dispositions législatives ou réglementaires du code de la santé publique, puis, grâce à la production en Justice des éléments recueillis, obtenir l'annulation de l'autorisation sanitaire litigieuse.

JQ

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

Réflexions sur les sanctions financières T2A : impartialité de l'Administration ?

Le fondement légal des sanctions financières pour manquement aux règles de la tarification à l'activité (T2A) a été créé il y a plus de dix ans (cf. loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2004, du 18 décembre 2003 et article L. 162-22-18 du code de la sécurité sociale) et, à l'instar de ses décrets d'application (cf. 16 mars 2006, 20 août 2009, 31 mars 2010 et 29 septembre 2011), le texte qui en est le support a déjà été réformé à quatre reprises (la dernière issue de la LFSS pour 2011, du 20 décembre 2010).

D'emblée, les règles de la T2A ont été difficiles d'interprétation, et donc de mise en œuvre, et se sont de surcroît complexifiées ces dernières années (cf. multiplication des « Groupes Homogènes de Séjours » et, exponentielle, des « Groupes Homogènes de Malades », modifications des conditions de facturation et d'attribution de forfaits et suppléments de rémunération, création de sous-ensembles, de listes d'exclusions, introduction de nouvelles prestations d'hospitalisation, de « racines », de notions de « sévérité », de « diagnostic relié », etc.), rendant les conclusions de la ou des « *personnes chargées du contrôle* » ou de son « *organisation* » davantage tatillonnées, d'autant plus susceptibles d'être entachées d'erreurs de ces chefs et les possibilités de s'en défendre sérieusement réduites, le premier obstacle à surmonter étant d'expliquer simplement à autrui (en dernier lieu, le juge) l'articulation et l'application de cesdites règles.

Encore récemment, s'est ajoutée à cette difficulté la reconnaissance, par le Conseil d'Etat, du caractère conforme au droit en vigueur de la « technique de l'échantillonnage » et « *le fait de fixer une des limites au montant maximal de la pénalité financière en se référant notamment au taux d'anomalies constatées sur un échantillon* » (CE, 19 juin 2013, n° 357885 ; voir également sur ce point, CAA Lyon, 18 avril 2013, n° 12LY01873).

Bien sûr, certaines critiques et doléances des professionnels et acteurs de santé, portant sur la survenue et le montant de ces mesures pécuniaires, ont été

plus ou moins entendues.

De même, il existe aujourd'hui une véritable tendance des juridictions administratives à bien vouloir censurer ces pénalités, a minima (par « économie de moyens »), pour vices de forme (cf. insuffisance de motivation, voire défaut de signature du rapport de contrôle sur site : CAA Douai, 30 août 2013, n° 12DA01616 ; CAA Bordeaux, 15 janvier 2013, n° 11BX01836 ; TA Grenoble, 28 juin 2013, n° 1000704 ; TA Bordeaux, 16 avril 2013, n° 1002057 ; TA Limoges, 11 avril 2013, n° 1101052 ; TA Nancy, 26 mars 2013, n° 1101100 ; TA Nantes, 6 février 2013, n° 107086).

Cependant, quand on sait, d'une part, que les opérations de vérification qui ont lieu au sein des établissements de santé sont réalisées quasi exclusivement « *par les praticiens-conseils des organismes d'assurance maladie* » locaux, que la sanction financière en résultant est recouvrée par la « *caisse primaire d'assurance maladie dans la circonscription de laquelle est implanté l'établissement* » et que cette dernière, ensemble celles dont les séjours de patients ont été retenus en « anomalie » par ces mêmes contrôleurs, réclament en sus le reversement des indus T2A y afférents, que, d'autre part, outre le concours desdits « *praticiens-conseils* » locaux et l'intérêt financier manifeste que les organismes auxquels ils appartiennent trouvent à voir la facturation d'un séjour hospitalier retoquée, participent également à cette procédure, tant en phase d'engagement, que de répression, les représentants « *des organismes d'assurance maladie* » (toujours locaux), parfois les contrôleurs (« *praticiens conseils* »), eux-mêmes membres des instances créées à cet effet dans les agences régionales de santé (cf. Unité de coordination régionale et Commission de contrôle), elles aussi composées de ces mêmes personnes et organismes, n'est-il pas légitime de s'interroger sur la question du respect de l'impartialité, objective, puis subjective, devant nécessairement présider à l'édition des sanctions T2A ?

En effet, dans ce contexte juridico-local, les droits des établissements de santé contrôlés sont-ils véritablement de

nature à leur garantir la préservation du principe général du droit d'impartialité, applicable à tous organes de l'administration, à plus forte raison lorsqu'ils agissent en matière disciplinaire (cf. CE, 27 octobre 1999, n° 196251 ; 18 décembre 2013, n° 352843) ?

On peut en douter.

Pour mémoire et singulièrement, ce n'est qu'en fin d'année 2011 que les services du Ministère de la Santé ont rappelé, au sujet de la Commission de contrôle prévue à l'article L. 162-22-18 du CSS, qu'afin de garantir le principe d'impartialité « *il est impératif que les représentants de l'ARS et des organismes et service médical d'Assurance maladie appelés à y siéger ne soient pas l'une des personnes membres de l'UCR ou ayant réalisé le contrôle sur lequel la commission est saisie* » (cf. circulaire n° 2011-395 du 20 octobre 2011).

Pourtant, en dépit de cette précision tardive (et qui aurait dû être observée depuis longtemps, même sans texte, tellement elle est empreinte de bon sens), on constate encore que de nombreuses opérations de vérification sur site demeurent réalisées, quasi exclusivement, par des praticiens-conseils de la caisse primaire dans le ressort de laquelle est implanté l'établissement concerné, que les instances compétentes des ARS les comptent parmi leurs membres ou, encore, que si tel n'est plus le cas, ils sont en tout état de cause placés sous l'autorité des représentants desdits organismes désignés auprès des ARS.

Aujourd'hui, certaines juridictions semblent enfin sensibles aux arguments juridiques dénonçant ces situations et, à titre d'illustration, a été jugé illégal le fait, pour un Directeur général d'ARS, d'être à la fois Président d'une Commission de contrôle (organe consultatif desdites agences) et signataire de la décision de sanction subséquemment prononcée (cf. TA Grenoble, 22 novembre 2013, n° 1100969) ou, encore, pour un Responsable d'une Unité de coordination régionale (sous-instance des commissions de contrôle), d'être, dans les mêmes conditions, membre de ladite Commission et signataire du rapport transmis à cette der-

nière par son unité aux fins de sanction (cf. TA Marseille, 24 septembre 2013, n° 1006138).

Néanmoins, d'autres ont conclu réciproquement que la circonstance qu'un contrôleur de l'Assurance maladie soit par ailleurs membre d'une UCR, ayant pour tant vocation à se prononcer sur la posi-

tion desdits contrôleurs, à la confirmer et, en tant que de besoin, à l'amender, ne serait pas, par elle-même, « *de nature à démontrer le non-respect du principe d'impartialité* » (cf. TA Melun, 27 décembre 2013, n° 1106167).

C'est pour l'ensemble de ces motifs que le Cabinet soutient que, en l'état, le

principe général d'impartialité n'est pas correctement garanti aux établissements de santé, objets de contrôle T2A, et qu'il s'associera à toutes actions tendant à réformer cette procédure de sanction, menées en particulier en ce sens.

JQ

Dr droit souple et recommandations de bonnes pratiques

(Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013 : Le droit souple)

Le 2 octobre 2013, le Conseil d'Etat a mis en ligne le dossier de presse relatif à son Etude annuelle 2013, consacrée au « Droit souple », notamment composé de « 7 fiches thématiques sur l'utilisation du droit souple dans 7 domaines significatifs », parmi lesquels figurent « Les recommandations de bonnes pratiques médicales » (RBP).

On peut y lire que ces recommandations sont apparues en France dans les années 1990 et que la Haute Autorité de Santé (HAS) est le principal organisme public chargé de leur élaboration, mais que d'autres acteurs de santé, comme l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) et les sociétés savantes y contribuent par leurs publications.

Le Conseil d'Etat souligne, par

exemple, que l'utilisation du droit souple sous la forme de RBP médicales permet d'accompagner le médecin dans son obligation de se fonder sur « les données acquises de la science », tout en respectant sa liberté d'exercice, alors que ce dernier doit pouvoir « s'écarter d'une recommandation lorsqu'il considère que la situation particulière du malade le justifie ».

La Haute Juridiction administrative, rappelant que, en dépit de leur caractère non contraignant pour les médecins, les RBP de la HAS peuvent être contestées devant lui depuis son arrêt n° 334396 du 27 avril 2011, conclut que, dans le domaine médical, « le recours au droit souple apparaît dès lors plus approprié que le droit dur ».

Pour mémoire, le Conseil d'Etat reconnaît désormais une norme de droit souple

dans tous instruments répondant à trois conditions cumulatives : avoir pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion, ne pas créer par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires, présenter, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit.

D'un point de vue d'ensemble, le Conseil d'Etat recommande de doter les pouvoirs publics d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple pour contribuer à la politique de simplification des normes et à la qualité de la réglementation.

JQ

Le nombre minimum de directeurs et directeurs adjoints exerçant dans un laboratoire doit être respecté

(Conseil d'Etat, arrêt 17 juillet 2013, n° 351932)

Par cet arrêt, le Conseil d'Etat, saisi d'un recours dirigé contre une décision de la chambre de discipline du Conseil national de l'ordre des pharmaciens, section G, ayant prononcé à l'encontre de 3 pharmaciens-biologistes une interdiction d'exercer la pharmacie pendant 15 jours, dont une semaine avec sursis, et à l'encontre de la Selas celle d'exercer la pharmacie pendant une semaine avec sursis, rejette le pourvoi.

La Haute juridiction retient que « *le nombre de directeurs était significativement insuffisant au regard des exigences de l'article R. 6211-4 du code de la santé publique dans trois des quatre laboratoires exploités par la Selas* » et écarte l'argument que « *si la société invoque des difficultés de recrutement, la quasi-totalité des offres d'emploi versées au dossier ne concernent pas les postes à pourvoir au sein de la société mais proposent de rejoindre un réseau de laboratoire d'analyses en indiquant seulement les régions concernées et qu'elles sont ainsi entachées d'une imprécision les rendant inefficaces ; [...] la persistance d'un nombre insuffisant de directeurs affectant trois établissements sur quatre révèle à tout le moins une pratique de recrutement déficiente* ».

CP

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,
Claire Périllaud

ISSN 1766-3903

Editions Scrof

Dépôt légal : Janvier 2014

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

Suicide d'un médecin mis en cause par une patiente

(suite de la page 10)

té et se faire photographier en tenue de victimologie. En revanche, si le **médecin parle il commet une infraction que le juge pénal, le juge ordinal et le juge civil lui reprocheront à coup d'indécents sanctions et sans excuse de provocation.**

Plusieurs années plus tard, parfois dix ou douze, un lecteur attentif lira quelques lignes au milieu de la rubrique « Faits divers », visant – preuve éclatante de l'objectivité de la presse - un jugement le plus souvent considéré comme une offense à la victime, censé restaurer dans son honneur, mais sans conviction et parfois avec désinvolture, le médecin dont l'incompétence, la négligence, les carences avaient fait la Une de l'actualité, les gros titres en couleur, les appels à manifester, à boycotter, à marginaliser le spécialiste pour l'empêcher de récidiver dans l'atteinte insupportable à la santé d'autrui, pour qu'enfin « ça n'arrive plus aux autres, pas à la mère, pas à la fille » du lecteur dont on connaît la propension naturelle à s'assimiler naturellement à la patiente plutôt qu'à l'ignoble docteur. Et les mêmes journalistes ou leurs successeurs de se livrer encore à un commentaire sur l'impéritie des experts judiciaires qui ont soutenu leur confrère et sur « l'angélisme ambiant qui fait la part belle aux délinquants » du côté des magistrats que Madame Taubira conduit inconsciemment à se tromper de débat compassionnel.

L'épuisement émotionnel du médecin agressé, diffamé, déchiré, démystifié par les allégations mensongères publiées à son encontre, sans possibilité de répliquer autrement qu'en prouvant la qualité de son intervention - c'est-à-dire en attendant la fin des expertises et le prononcé des décisions judiciaires subséquentes - le conduit à considérer le suicide comme une solution immédiate rationnelle. Le médecin en souffrance s'isole, refuse l'assistance de ses collègues, constate son impuissance à se rétablir socialement et le risque se développe vite d'un passage à l'acte réussi.

Le médecin suicidaire n'est pas un malade comme les autres.

Il ne se suicide pas comme un agriculteur victime de la politique agricole commune qui se pend dans sa grange ou comme le 23^{ème} agent de France Télécom mettant fin à ses jours sur son lieu de travail en 18 mois. Ces gestes désespérés terrifiants devraient conduire systématiquement à **une autopsie du suicide**, qui n'a jamais lieu lorsque c'est le médecin lui-même qui a conduit à l'irréparable. Pas de « cellule psychologique » pour sa famille, pas de « débrayage » dans la profession, juste un peu de compassion et, sur le plan matériel que gère souvent l'avocat dans ces cas-là pour la veuve et les orphelins : pas d'indemnité pour se retourner, se réorganiser, car le suicide exclut l'obligation de payer dans les contrats d'assurance que le médecin avait souscrits au sein de son cabinet libéral.

Le suicide communique donc un message qui ne sert strictement à rien d'utile dans le contexte contemporain, c'est le suicide comptant pour rien, dans l'indifférence et le silence. Seuls les proches et la famille du praticien en subissent les conséquences, les pires des conséquences.

Tout médecin peut commettre un jour une erreur et cette er-

reur peut provoquer des conséquences majeures. Il est responsable de ses actes. Si l'erreur est démontrée, la victime et/ou ses ayants droit, seront indemnisés dans le cadre de l'assurance obligatoire qui couvre la responsabilité du professionnel libéral. **Il n'est pas question de minimiser ici la souffrance des victimes, directes et indirectes**, qui doivent être entendues, respectées et indemnisées puisque leurs préjudices subis ne peuvent souvent pas être réparés autrement.

Mais il est urgent de respecter également celui qui est accusé tant que sa faute n'est pas démontrée. Il est criminel d'annoncer publiquement son impéritie sur le seul fondement de déclarations faites avec l'émotion de ceux qui souffrent, envers lesquels la presse commet un choix immédiat : celui qui pleure à raison, parce qu'humainement et en première intention on a tous envie d'aider et de soulager celui qui pleure, plutôt que celui qui est accusé par celui qui pleure d'être l'auteur du drame qui fait pleurer.

Il relève du devoir de la presse de communiquer sur ces faits avec un discernement tout particulier, dès lors je le répète que le médecin accusé n'est pas autorisé à répondre à une interview, à se justifier, à produire son dossier, dans ce débat médiatique qui ne prend en considération alors que la seule position à charge. Plus tard, si le tribunal saisi a analysé les rapports d'expertise et qu'il est acquis que le médecin a démerité, qu'il s'est révélé incompetent ou négligent, alors mais seulement à ce moment-là les sanctions doivent l'atteindre : indemnisation des victimes, obligation de retourner dans un CHU ou à la Faculté pour perfectionner ses connaissances et sa pratique, voire suspension du droit d'exercer si l'erreur est en l'espèce une faute grave déontologiquement non admissible.

Mais de grâce MM. les journalistes, laissez au temps judiciaire le soin d'accomplir sa mission, d'enquêter, d'instruire, de débattre à armes égales et de juger, avant que de clouer au pilori celui qui s'est peut-être trompé en pratiquant son métier, peut-être pas.

Que le jugement de relaxe soit annoncé avec la même publicité que les propos diffamatoires furent publiés !

Sinon, les statistiques de suicides dans la catégorie socio-professionnelle des médecins français continueront à évoluer dans l'indifférence générale et la seule souffrance de la famille des disparus laquelle n'éteint malheureusement pas la souffrance des victimes des erreurs médicales si bien qu'en cette matière on ne trouve qu'un seul gagnant : la presse manquant de rigueur, de prudence, de discernement, celle qui sait que le médecin diffamé ne peut pas répondre immédiatement, celle qui préfère courir le risque d'un suicide plutôt que de perdre une occasion de vendre du papier. J'en ai vu tant depuis trente ans que j'en suis le témoin agacé, bien que soulagée que lorsque j'ai craint ce passage à l'acte par certains médecins particulièrement discrédités de la manière la plus inéquitable et scandaleuse qui soit, ils aient courageusement fait un autre choix que celui de succomber face à l'opprobre et l'ignominie.

Le médecin peut tuer. Le journaliste aussi. Ce n'est pas nouveau. Mais le premier, lorsqu'il ne se suicide pas, est poursuivi et jugé. Force est de constater et regretter qu'il est rare qu'en cette matière la presse soit sanctionnée à l'aune de la gravité de ses propres erreurs.

ILB