

## SOMMAIRE >>>

◆ Surveillance en <b>SSPI</b> et responsabilités encourues	2	◆ <b>Biologie médicale</b>	9
◆ Brûlure d'un patient par le <b>scialytique</b> : clinique responsable	4	◆ <b>Quitter l'hôpital</b> public pour le secteur privé : une liberté sous contrôle	10
◆ Ophtalmo et pharmacien d'officine : 3 mois de suspension pour <b>compérag</b>	4	◆ Télémédecine : la <b>téléconsultation</b> autorisée pour Axa Assistance	13
◆ <b>Publicité</b> sur internet pour le cabinet anglais : avertissement du chirurgien-dentiste en France	4	◆ Anesthésistes-réanimateurs : gare aux <b>excès alcooliques</b>	14
◆ Pas de <b>bail commercial</b> pour une activité professionnelle	5	◆ <b>GCS</b> public/libéraux : attention à vos conventions	14
◆ <b>Homosexuels</b> et don de sang	5	◆ Défaut d' <b>information</b> avant l'acte chirurgical (cataracte) : <b>préjudice d'impréparation</b>	14
◆ <b>TVA et actes de médecine</b> : la <b>Commission Européenne agit</b> contre la France	7	◆ Le <b>refus de soins</b> du patient ne peut réduire la réparation de son dommage	15
◆ Paiement des soins par la <b>CPAM</b> : prescription biennale	8	◆ L'urgence doit être spécifiée dans les <b>transports sanitaires</b> distants de plus de 150 km	15
◆ <b>Conciliation préalable</b> au procès : pas de régularisation possible en cours d'instance	8	◆ <b>Directeur de clinique</b> : n'est pas salarié qui veut	16
◆ <b>Dégressivité tarifaire</b> ou comment brider des activités de soins !	8	◆ <b>Ambulances</b> : sanctions conventionnelles	16

Retrouvez nos commentaires de jurisprudence et notes d'actualité,  
ainsi que les précédentes *Lettres du Cabinet* en pdf,  
sur le site : [www.lucas-baloup.com](http://www.lucas-baloup.com)

Vous pouvez également acquérir les ouvrages publiés par le Cabinet  
sur le site : [www.scrof.com](http://www.scrof.com)

**Surveillance en SSPI et responsabilités encourues**

*(Cour de Cassation, 1<sup>ère</sup> ch. civ., 10 décembre 2014)*

Il convient de s'arrêter un instant sur cet arrêt important de la Cour de cassation qui rejette le pourvoi de la Polyclinique du Bois devenue HPM, en confirmant l'arrêt de la Cour de Douai qui l'avait condamnée, *in solidum* avec l'anesthésiste-réanimateur chargé d'un enfant de 3 ans ayant subi une adénoïdectomie, sous Sévorange, le rapport d'expertise concluant que l'enfant était encore fortement sous l'emprise du Sévorange, en dépression respiratoire, lors de son admission en salle de surveillance post-interventionnelle, et qu'il a présenté un laryngospasme aigu responsable de l'arrêt cardiaque, les experts ajoutant que si l'anesthésiste (qui plaidait avoir été surchargé devant remplacer au pied levé un confrère en plus de son propre programme) avait autorisé le transfert en SSPI qu'une fois le réveil complet constaté, ceci n'aurait probable-

ment pas empêché le laryngospasme de survenir, mais qu'il aurait été reconnu et pris en charge plus vite et plus efficacement au bloc.

La partie intéressante du débat consistait à définir de qui l'infirmière en SSPI – en l'espèce employée et payée par la Clinique – était la préposée. L'anesthésiste, bien que n'étant pas son employeur en droit du travail, en était-il pendant le réveil du patient son commettant occasionnel, et donc responsable de sa faute à la place de la Clinique ?

La Cour de cassation n'écarte pas la responsabilité de la Clinique, employeur de l'IDE, en rappelant les dispositions de l'article D. 712-49 devenu D. 6124-101 du CSP, qui pourtant ne règlent pas la question :

*« Les patients admis dans une SSPI sont pris en charge par un ou plusieurs agents paramédicaux (...), affectés exclusivement à cette salle pendant sa durée d'utilisation et dont le nombre est fonction du nombre de patients présents. (...).*

*« Le personnel paramédical est placé sous la responsabilité médicale d'un médecin anesthésiste réanimateur qui intervient sans délai. (...) »* et statue ainsi : *« Attendu qu'en ayant retenu que si l'anesthésiste avait été imprudent en autorisant le transfert de l'enfant en SSPI avant son réveil complet, l'infirmière présente dans cette salle aurait dû, compte tenu de cette circonstance et de la fréquence du risque de laryngospasme chez le jeune enfant, prendre toutes les précautions nécessaires pour assurer une surveillance maximale par monitoring, et ne pas se contenter d'un saturomètre, la cour d'appel, faisant l'exacte application de l'article D.*

*712-49 du CSP alors en vigueur devenu D. 6124-101 du même code, attribuant la prise en charge des patients admis dans une SSPI à un ou plusieurs agents paramédicaux spécialement formés, à charge pour eux de prévenir, en cas de besoin, le médecin anesthésiste réanimateur, lequel doit pouvoir intervenir sans délai pour réaliser les actes relevant de sa compétence, a décidé à bon droit que le lien de préposition résultant du contrat de travail conclu entre la Clinique et l'infirmière n'avait pas été transféré à l'anesthésiste ; rejette le pourvoi de la Clinique. »*

Ce faisant, la Cour de cassation reconnaît l'indépendance de l'IADE par rapport au MAR et considère que la surveillance du patient en SSPI relève de la compétence propre de l'IADE, devant permettre d'évaluer les signes de réveil, reconnaître les accidents susceptibles de se produire et mettre en œuvre sans délai les gestes techniques indispensables, à charge de prévenir le médecin anesthésiste en cas de difficulté.

Il faut néanmoins admettre que l'article R. 4311-12 (issu du décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 fixant les compétences des infirmiers) manque de précision sur les « gestes techniques » qui relèvent de la compétence propre de l'IADE en SSPI (*« En salle de SSPI, il assure les actes relevant des techniques d'anesthésie citées (...) et est habilité à la prise en charge de la douleur postopératoire relevant des mêmes techniques. »*). L'article R. 4311-14 ajoute : *« En cas d'urgence et en dehors de la mise en œuvre du protocole, l'infirmier ou l'infirmière décide des gestes à prati-*

*(Suite page 3)*

**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 Quadéri  
Claire Périllaud  
Anne Boyer  
Charlotte Paillet

ISSN 1766-3903  
Editions Scrof

Dépôt légal : septembre 2015

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

(Suite de la page 2)

*quer en attendant que puisse intervenir un médecin. »*

Pour autant, la responsabilité du MAR ne s'arrête pas à la porte de la salle d'opération et la Cour de cassation, dans un arrêt énormément rappelé et commenté, a jugé, le 11 décembre 1984, que « *le contrôle de l'anesthésiste-réanimateur doit se poursuivre, après le réveil du malade, jusqu'à reprise complète des fonctions vitales et notamment du transit intestinal ; pour les actes exécutés pendant cette phase dangereuse, l'infirmière agit sous l'autorité de l'anesthésiste et aux risques et périls de celui-ci* ». La surveillance continue post-interventionnelle « *se poursuit jusqu'au retour et au maintien de l'autonomie respiratoire du patient, de son équilibre circulatoire et de sa récupération neurologique* », précise l'article D. 6124-97 du CSP.

Dans ses Recommandations, l'Ordre national des médecins souligne que « *Le réveil fait partie intégrante de l'anesthésie dont il constitue l'un des temps les plus périlleux. (...) Le suivi de l'opéré en salle de surveillance post-interventionnelle est réalisé sous la surveillance conjointe du chirurgien (ou du spécialiste concerné) et de l'anesthésiste-réanimateur. L'anesthésiste-réanimateur devra préciser par écrit la nature et le rythme des actes de soins et de surveillance ordonnés. (...)* ». Mais elles n'ont pas été mises à jour depuis 2001 alors que les textes ont évolué. Idem pour les Recommandations de la Société Française d'Anesthésie et Réanimation (SFAR).

On doit trouver en SSPI en permanence au moins un IDE « formé à ce type de surveillance si possible infirmier anesthésiste » pour 5 postes occupés et



« deux agents présents dont l'un est obligatoirement formé » à compter de 6 postes occupés (article D. 6124-101, CSP). On sait qu'en pratique ce n'est pas toujours le cas et qu'il relève de la responsabilité d'un anesthésiste de refuser de prendre en charge des « urgences » qui compromettraient sa disponibilité effective pour intervenir « sans délai » en SSPI en cas d'appel par l'IADE.

Le planning du bloc opératoire est établi conjointement par les opérateurs, les anesthésistes-réanimateurs concernés et le responsable de l'organisation du secteur opératoire (« chef de bloc » salarié de l'établissement de santé), prévoit l'article D. 6124-93 du CSP, qui ajoute qu'il doit être tenu compte à cette fin « des possibilités d'accueil en SSPI ». Une maîtrise performante de la programmation des interventions constitue un minimum au sein d'un établissement et le règlement intérieur du bloc peut prévoir des sanctions en cas de violation, non pas exceptionnelle et justifiée, mais chronique des horaires prévus (chirurgien constamment en retard ou ajoutant des malades inscrits la veille etc.). De même, la Direction des établissements de santé doit se donner les moyens (contractuels s'il s'agit d'un exercice libéral) d'obtenir en temps opportun le plan-

ning opératoire suggéré par les opérateurs et adopté en conseil ou commission de bloc, pour affecter le personnel paramédical adapté à la qualité et à la quantité des interventions programmées. A défaut, la responsabilité civile et pénale de chaque intervenant défaillant peut être engagée.

Faut-il rappeler également que le MAR et l'IADE ont, indépendamment de leur souci majeur et éthique de respecter l'intérêt supérieur du patient et de lui assurer la plus grande sécurité des soins, intérêt à s'entendre avec précision sur les protocoles et prescriptions à mettre en œuvre. Pour l'avoir négligé, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé, le 1<sup>er</sup> avril 2008, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles ayant condamné un médecin anesthésiste-réanimateur à 12 mois de prison avec sursis pour avoir formulé une prescription non précise laissant une large place à l'interprétation « perf=GV », ce que l'IADE n'a pas appliqué comme « Garder la Veine » mais comme « perf de glucose à 5 % », ce qui a conduit à sa propre condamnation à 18 mois de prison avec sursis pour homicide involontaire, car elle avait l'obligation de demander au prescripteur un complément d'information si elle s'estimait insuffisamment éclairée (article R. 4312-29 CSP).

Agée de 3 ans comme le patient victime du premier arrêt commenté, la jeune Mélissa, hospitalisée pour une banale ablation des amygdales, est décédée d'un œdème cérébral par intoxication à l'eau provoquée par la perfusion de 2 poches de 500 ml de solution isotonique de sérum glucose à 5 %, en raison de la mauvaise communication entre l'anesthésiste et l'infirmière.

**ILB**

**Brûlure d'un patient par le scialytique : clinique responsable**  
(Cour d'appel d'Aix en Provence, 10<sup>ème</sup> ch., 19 mars 2015)

Une patiente se fait opérer des paupières des deux yeux dans un but esthétique dans une clinique privée. Brûlure par le scialytique. Nombreuses réinterventions dont une greffe de cornée. Le problème était de savoir si seule la Clinique était responsable ou si le chirurgien l'était *in solidum*, comme jugé en première instance par le TGI de Toulon.

Le chirurgien soutenait qu'il n'est tenu, en ce qui concerne les matériels utilisés lors de ses interventions, que d'une obligation de sécurité de moyens et qu'il ne pouvait vérifier la conformité de tous les matériels du

bloc opératoire avant chaque opération, le vice de la chose étant indécidable à l'œil nu.

Très normalement, la Cour d'Aix infirme le jugement et rappelle que, depuis la loi du 4 mars 2002, les professionnels de santé ne sont responsables des conséquences dommageables de leurs actes qu'en cas de faute. Il en résulte que le chirurgien n'est tenu que d'une obligation de moyens lorsqu'il utilise un objet dans l'exercice de son métier, et qu'une faute doit être établie à son encontre personnelle pour engager sa responsabilité.

Il ressort de l'expertise une « forte suspicion pour que cette brûlure ait été causée par la lampe utilisée pendant l'intervention, le scialytique examiné n'ayant pas été équipé des filtres semi-circulaires qui le ceinturent habituellement et qui limitent l'émission thermique de la lumière. Ces filtres doivent être retirés pour pouvoir accéder à l'ampoule et il n'est pas rare d'oublier de les remettre après le changement d'ampoule. ».

Responsabilité entière de la Clinique qui indemnise seule la patiente. **ILB**

**Ophtalmo et pharmacien d'officine : 3 mois de suspension pour compérag**  
(Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins, 2 avril 2014)

Le traitement de la DMLA implique la prescription de produits onéreux qu'un ophtalmologue fournissait à ses patients qui déposaient leur carte Vitale au secrétariat du cabinet, celui-ci se chargeant d'aller chercher Visudyne et Lucentis dans une seule pharmacie d'officine à hauteur de 99 % des prescriptions

d'après le contrôle de son activité par le service médical de l'échelon local de l'assurance maladie.

L'ophtalmologue est condamné par la Chambre disciplinaire nationale, qui a écarté les explications relatives aux précautions particulières de conservation des produits ou que les patients concernés étaient âgés et

mal voyants, à une interdiction d'exercer la médecine pendant trois mois dont deux avec sursis, pour compérag avec le titulaire de l'officine de la pharmacie et atteinte à la liberté de choix de leur pharmacien par les patients, en méconnaissance des articles R. 4127-23 et -68 du CSP. **ILB**

**Publicité sur internet pour le cabinet anglais : avertissement du chirurgien-dentiste en France**

(Chambre disciplinaire nationale des chirurgiens-dentistes, 5 juillet 2012)

Un chirurgien-dentiste exerce à Paris et à Londres. Il dispose d'un site internet rédigé uniquement en anglais, mais accessible évidemment en France, dans lequel on peut lire que le Docteur F. « est considéré comme l'un des leaders mondiaux dans le domaine de l'orthodontie linguale » et « sont exposés l'audience de l'intéressé auprès de ses confrères étrangers qui viennent le

consulter et se former auprès de lui, les stages qu'il organise dans de nombreux pays, l'ampleur des responsabilités scientifiques qui lui sont confiées, l'attention très remarquable qu'il porte à chacun de ses patients et sont détaillés et visualisés des cas concrets prouvant l'excellence de ses méthodes de soins et des résultats thérapeutiques qu'il obtient » précise la décision.

Bien que le site anglais ne mentionne pas l'adresse du cabinet parisien du Docteur F. et que la réglementation anglaise n'interdit pas la publicité aux membres de la profession dentaire, la Chambre disciplinaire inflige un avertissement pour publicité prohibée en France par l'article L. 4127-215 du code de la santé publique.

**ILB**

« Tout peuple qui s'endort en liberté se réveillera en servitude. »

(Alain, Politique)

**Pas de bail commercial pour une activité professionnelle**  
*(Cour d'appel de Versailles, 12 février 2013)*

Ce n'est pas nouveau : le statut des baux professionnels est d'ordre public. Le propriétaire et le locataire des locaux ne peuvent donc y déroger dans un contrat. Mais la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite LME, a autorisé les parties à déroger au statut des baux professionnels en adoptant le statut des baux commerciaux si « *le local est affecté à un usage exclusivement professionnel et si les parties ont conventionnellement adopté ce régime.* »

L'affaire jugée par la Cour de Versailles portait sur des

faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi LME. Elle a donc bien normalement jugé que le bail, qui avait été soumis au statut des baux commerciaux alors que le GIE puis la société d'exercice libéral locataire exerçait une activité professionnelle et non commerciale, était soumis à l'article 57 A de la loi du 23 décembre 1986. En application de ce texte, et nonobstant toute clause contraire figurant dans le bail ou ses avenants, la SEL a été autorisée à quitter les lieux à tout moment, moyennant un préavis de six mois.

**ILB**

**Article 57 A :**

« *Le contrat de location d'un local affecté à un usage exclusivement professionnel est conclu pour une durée au moins égale à six ans. Il est établi par écrit.*

« *Au terme fixé par le contrat et sous réserve des dispositions du troisième alinéa du présent article, le contrat est reconduit tacitement pour la même durée.*

« *Chaque partie peut notifier à l'autre son intention de ne pas renouveler le contrat à l'expiration de celui-ci en respectant un délai de préavis de six mois.*

« *Le locataire peut, à tout moment, notifier au bailleur son intention de quitter les locaux en respectant un délai de préavis de six mois.*

« *Les notifications mentionnées au présent article sont effectuées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte d'huissier.*

« *Les parties peuvent déroger au présent article dans les conditions fixées au 7° du I de l'article L. 145-2 du code de commerce.* »

**Homosexuels et don de sang**

*(CJUE, 4<sup>ème</sup> ch., 29 avril 2015 et Cour de cassation, ch. crim, 8 juillet 2015)*

Deux récentes décisions font avancer (doucement et prudemment) le débat juridique sur l'exclusion des hommes ayant reconnu avoir déjà eu un rapport sexuel avec un autre homme, à l'occasion de l'entretien préalable au don de sang (consultable sur le site de l'Établissement Français du Sang - EFS, [www.donusang.net](http://www.donusang.net)).

Le débat juridique est intéressant, les statistiques sur la pertinence de la démarche malheureusement anciennes, et le débat politique n'existe pas sérieusement. Faut-il rappeler que le candidat François Hollande, pendant la campagne présidentielle de 2012, à la question posée par SOS Homophobie « *Ouvrirez-vous le don du sang aux homosexuels ?* » avait répondu « *oui, je mettrai fin à l'exclusion du don de sang* ». Manifestement la mise en œuvre de cette promesse n'a pas constitué une priorité pour le Président élu et sa ministre de la santé, Marisol Touraine, a confirmé l'interdiction le 14 décembre 2012.

**Mesure de précaution ou discrimination ?**

En droit national, l'article L. 1211-6-1 du code de la santé publique prévoit : « *Nul ne peut être exclu du don de sang en dehors de contre-indications médicales.* ». C'est par un arrêté du 12 juin 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang, signé de Mme Bachelot, qu'on trouve, en annexe II, les « *contre-indications médicales* » qui impliquent :

- soit une interdiction à durée déterminée : de 4 mois par exemple après un rapport sexuel non protégé avec un partenaire occasionnel, ou en cas de multi-partenariat sexuel (= plus d'un partenaire sexuel pendant les 4 derniers mois) ou encore avec un partenaire ayant eu lui-même plus d'un partenaire dans les 4 derniers mois (comme en matière d'information avant une opération chirurgicale je conseille désormais de faire remplir et signer un consentement éclairé sur

les antécédents du candidat dès les premiers instants d'un éventuel flirt),

- soit une interdiction permanente : lorsqu'un homme a eu des rapports sexuels avec un autre homme.

Cette différence concernant la durée de la contre-indication au don du sang – considérée par certains comme une mesure fondée sur des raisons scientifiques et médicales indispensable à la sécurité de la transfusion sanguine, mais considérée par d'autres comme une discrimination injustifiée fondée sur l'orientation sexuelle – a fait l'objet d'un questionnement développé dans un avis n° 123 du Comité consultatif national d'éthique (CCNE), lequel cite l'enquête sur les pratiques, genre et santé en France ayant conduit à retenir la statistique qui a influencé l'arrêté du 12 juin 2009 : parmi les personnes qui auraient été infectées durant l'année 2008, 48 % seraient des hommes ayant eu, au cours des

*(Suite page 6)*

(Suite de la page 5)

12 derniers mois, des relations sexuelles avec des hommes (rapport CCNE n° 123, pages 10 et 11, visant Bajos N, Bozon M, Beltzer N. *Enquête sur la sexualité en France : pratiques, genre et santé*. Paris 2008). Ces estimations concluent à une incidence 200 fois plus élevée de l'infection par le VIH dans la population des hommes ayant eu, au cours des 12 derniers mois, des relations sexuelles avec des hommes, que dans la population des personnes nées en France n'ayant eu que des relations hétérosexuelles. Le CCNE a également comparé avec ce qui se passe dans les autres pays :

#### **Situation dans les autres pays :**

En Europe, 10 des 28 pays de l'Union Européenne – la Suède, le Royaume Uni, l'Espagne, le Portugal, l'Italie, la Finlande, la Pologne, la Hongrie, la République Tchèque, la Lettonie – ont adopté, pour les hommes déclarant avoir eu des relations sexuelles avec des hommes, une contre-indication temporaire du don du sang, en fonction de l'ancienneté du comportement sexuel à risque. Pour les autres pays de l'Union Européenne, la contre-indication est permanente. En Italie (depuis 2001), en Espagne (depuis la fin des années 1990) et en Pologne, les contre-indications temporaires sont les mêmes pour les comportements à risque des hommes déclarant avoir eu des relations sexuelles avec un ou plusieurs hommes et pour les comportements à risque des hommes et des femmes déclarant n'avoir eu que des relations hétérosexuelles.

C'est dans ce contexte que les deux décisions annoncées ont été rendues :

#### **Cour de Justice de l'Union Européenne, 29 avril 2015 (aff. Léger) n° C 528-13 :**

Sur une question préjudicielle en interprétation concernant la conformité de la pratique française d'exclusion permanente des hommes homosexuels du don de sang au regard des règles contenues dans la directive n° 2004/33/CE du 22 mars 2004 et du

principe de non-discrimination, la CJUE a rendu une décision jugeant que l'exclusion peut être justifiée eu égard à la situation qui prévaut dans l'Etat membre concerné et a renvoyé la décision définitive à la juridiction nationale en retenant notamment :

« *Le Gouvernement français et la Commission relèvent néanmoins que, dans l'état actuel de la science, il existe une « fenêtre silencieuse », période qui suit une infection virale et pendant laquelle les marqueurs biologiques utilisés dans le cadre du dépistage du don de sang restent négatifs malgré l'infection du donneur. Ce seraient donc les infections récentes qui présentent un risque de non-détection lors des tests de dépistage et, par conséquent, de transmission du VIH au receveur.*

« *Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si, dans une telle situation et dans le cadre du respect du principe de proportionnalité, il existe des techniques efficaces de détection du VIH pour éviter la transmission aux receveurs d'un tel virus, les tests devant être pratiqués selon les procédures scientifiques et techniques les plus récentes, conformément au considérant 29 de la directive 2002/98.*

« *En particulier, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si les progrès de la science ou de la technique sanitaire, en prenant notamment en compte le coût d'une mise en quarantaine systématique des dons émanant des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes ou celui d'une détection systématique du VIH pour tous les dons de sang, permettent d'assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs, sans que la charge qui en résulte soit démesurée par rapport aux objectifs de protection de la santé visés.*

« *D'autre part, à supposer que, dans l'état actuel de la science, il n'existe pas de technique répondant aux conditions posées aux points 63 et 64 du présent arrêt, une contre-indication permanente du don de sang pour l'ensemble du groupe constitué des hommes ayant eu des rapports*

*sexuels avec des hommes n'est proportionnée que s'il n'existe pas de méthodes moins contraignantes pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs.*

« *À cet égard, il appartient notamment à la juridiction de renvoi d'examiner si le questionnaire et l'entretien individuel avec un professionnel du secteur médical prévus à l'annexe II, partie B, point 2, de la directive 2004/33 peuvent permettre d'identifier plus précisément les comportements présentant un risque pour la santé des receveurs, afin d'établir une contre-indication moins contraignante qu'une contre-indication permanente pour l'ensemble du groupe constitué des hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme.*

« *En ce sens, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 61 de ses conclusions, la juridiction de renvoi doit notamment vérifier si des questions ciblées concernant le délai écoulé depuis le dernier rapport sexuel par rapport à la durée de la « fenêtre silencieuse », le caractère stable de la relation de la personne concernée ou le caractère protégé des rapports sexuels permettraient d'évaluer le niveau de risque que présente individuellement chaque donneur en raison de son propre comportement sexuel.*

« *Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que, dans l'hypothèse où des techniques efficaces de détection des maladies graves susceptibles d'être transmises par le sang ou, à défaut de telles techniques, des méthodes moins contraignantes que l'interdiction permanente du don de sang pour l'ensemble du groupe constitué des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes, permettraient d'assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs, une telle contre-indication permanente ne respecterait pas le principe de proportionnalité, au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte.*

« *Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à*

(Suite page 7)

la question posée que le point 2.1 de l'annexe III de la directive 2004/33 doit être interprété en ce sens que le critère d'exclusion permanente du don de sang visé à cette disposition et relatif au comportement sexuel couvre l'hypothèse dans laquelle un État membre, eu égard à la situation prévalant dans celui-ci, prévoit une contre-indication permanente au don de sang pour les hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes lorsqu'il est établi, sur la base des connaissances et des données médicales, scientifiques et épidémiologiques actuelles, qu'un tel comportement sexuel expose ces personnes à un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves susceptibles d'être transmises par le sang et que, dans le respect du principe de proportionnalité, il n'existe pas de techniques efficaces de détection de ces maladies infectieuses ou, à défaut de telles techniques, de méthodes moins contraignantes qu'une telle contre-indication pour assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs. »

**Cour de cassation, 8 juillet 2015 (aff. Drelon) n° 3010 :**

M. Drelon avait porté plainte du chef de discrimination en exposant qu'en 2004 il avait souhaité faire un don de sang à l'hôpital Saint-Louis à Paris et que ce don avait été refusé du fait de son homosexualité supposée. En 2006, alors qu'il renouvelait la même démarche auprès d'un autre

hôpital parisien, il s'était heurté une nouvelle fois à un refus et on lui avait expliqué qu'il était référencé sous un code « FR08 », correspondant à une catégorie « homosexuel » et le plaignant considérait qu'il s'agissait là d'une discrimination à raison de son orientation sexuelle.

Le débat portait essentiellement sur l'infraction invoquée par M. Drelon à l'article 226-19 du code pénal, prévoyant l'obligation de recueillir le consentement exprès de la personne concernée pour mettre ou conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel relative à la santé. Après une QPC ayant donné l'occasion au Conseil constitutionnel de déclarer l'article 226-19 du code pénal conforme à la Constitution, la chambre criminelle de la Cour de cassation le déclare non applicable en l'espèce, mais juge que les faits entrent dans les prévisions du § II-6° de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, selon lesquelles l'interdiction de collecter ou de traiter des données à caractère personnel relatives, notamment, à la santé ou à la vie sexuelle des personnes, ne s'applique pas aux traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé, et mis en œuvre par un membre d'une profession de santé ou par une autre personne soumise au secret professionnel. Il s'en déduit qu'à défaut même de consentement exprès de M.

Drelon à la mise en mémoire ou à la conservation des données le concernant, le comportement des personnels et établissements de santé qu'il a entendu dénoncer ne saurait tomber sous le coup de l'incrimination prévue par l'article 226-19 du code pénal, qui renvoie lui-même à des exceptions prévues par la loi.

L'arrêt juge ensuite que l'exception à l'exigence de consentement constitue une « mesure légitime, nécessaire à la protection de la santé, définie par la loi avec suffisamment de précision pour éviter l'arbitraire et de nature à assurer, en l'état, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de la santé publique, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée. »

L'Assemblée Nationale, en première lecture du projet de loi de modernisation du système de santé, le 14 avril 2015, a accepté un amendement présenté par le député UDI Arnaud Richard (article 7bis), modifiant l'article L. 1211-6-1 du CSP qui deviendrait : « Nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle », au lieu de la version actuelle : « en dehors de contre-indications médicales ». La Commission des affaires sociales du Sénat a supprimé cet article 7bis, dans son texte n° 654 du 22 juillet 2015.

Les débats sur la loi de modernisation du système de santé reprennent le 14 septembre. Wait and see...

**ILB**

**TVA et actes de médecine :**  
**la Commission Européenne agit contre la France**  
*(Procédure d'infraction n° 2015/4034)*

La Commission Européenne a décidé, le 16 juillet 2015, d'engager une procédure d'infraction (prévue à l'article 258 du Traité sur le fonctionne-

ment de l'Union européenne), contre la France concernant la TVA et les actes de médecine et de chirurgie esthétique.

(voir pour plus de détails sur le débat de fond les *Lettres du Cabinet* de décembre 2012 et janvier 2014).

**ILB**

## **Paiement des soins par la CPAM : prescription biennale**

*(Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> ch. civ., 28 mai 2015)*

Les soins dispensés aux assurés sociaux doivent faire l'objet d'une revendication de leur paiement dans les deux ans (articles L. 332-1 et 431-2 du code de la sécurité sociale). Passé ce délai, la prescription bien-

nale éteint l'obligation par la CPAM de payer l'établissement de santé, comme les honoraires des professionnels intervenus, auxiliaires médicaux et fournisseurs. Un contrôle en temps utile du paiement des borde-

reaux S 3404 doit être opéré par tous les créanciers, médecins et autres professionnels, comme les établissements de santé et les sociétés chargées de l'affacturage...

**ILB**

## **Conciliation préalable au procès : pas de régularisation possible en cours d'instance**

*(Cour de cassation, ch. mixte, 12 décembre 2014)*

L'absence de tentative de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, prévue au contrat, constitue une fin de non-recevoir qui a déjà donné lieu à une jurisprudence abondante notamment à l'occasion des contrats signés entre professionnels de santé entre eux et/ou avec leurs établissements de santé.

Dans cet arrêt, la chambre mixte de la Cour de cassation juge que cette obligation « *n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en*

*cours d'instance* ».

Ne pas oublier dans les contrats de prévoir si néanmoins une assignation en référé (et non au fond) peut être engagée avant l'ouverture de l'action judiciaire. Un autre problème toujours pas clairement jugé par les Hauts magistrats : le sort de l'assignation signifiée après l'ouverture de la procédure de conciliation mais avant l'expiration du délai imparti aux conciliateurs pour diligenter leur mission.

**ILB**

## **Dégressivité tarifaire ou comment brider des activités de soins !**

Fin 2013, la loi n° 2013-1203 de financement de la sécurité sociale pour 2014, du 23 décembre 2013, a créé, dans le code de la sécurité sociale (CSS), un nouvel article L. 162-22-9-2, autorisant l'Etat à fixer des seuils (exprimés en taux d'évolution ou en volume d'activité) pour tout ou partie des prestations d'hospitalisation prises en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale et financées selon les mécanismes de la tarification à l'activité (T2A). L'objectif clairement annoncé par ce texte vise à minorer le tarif de certaines desdites prestations, autrement dit la rémunération perçue par les établissements de santé en contrepartie des soins prodigués, « *pour la part d'activité réalisée au-delà de ce seuil* », d'où l'expression de « dégressivité tarifaire », ciblée ou globale.

Un an plus tard, le décret n° 2014-1701, du 30 décembre 2014, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015, insère quatre articles dans le CSS, numérotés R. 162-42-1-4 à -8, et détermine les modalités d'application de ce dispositif, qui peuvent être schématis-

quement présentées comme suit :

Chaque année (N), fin février, début mars (et le 4 mars pour 2015 – cf. texte n° 30, p. 4625, JORF n° 0059 du 11 mars 2015), les ministres de la santé et de la sécurité sociale arrêtent la valeur des seuils précités (5 à 53 % pour 2015), celle des minorations tarifaires, « *exprimée par des coefficients appliqués aux tarifs nationaux* » (20 % pour 2015), ainsi que le champ des prestations d'hospitalisation concernées en médecine, chirurgie, etc. (25 racines de GHM pour 2015).

Pour mémoire, ces éléments peuvent varier d'une région à l'autre (par prise en compte « *des variations géographiques des taux de recours aux soins constatés sur certaines activités* » - il n'en est rien pour 2015) et la détermination des deux types de valeur susvisés (seuils et minorations tarifaires) est fonction, d'une part, de « *l'état de l'évolution des activités concernées* » en N-1 et N-2 et, d'autre part, des prévisions d'évolution y afférentes pour l'année N.

En N+1 (au-delà du 15 mai mais sans autre précision de temps à l'article R. 162-42-1-8 du CSS), le Directeur général de l'Agence Régionale de Santé (ARS) « *fixe le montant des sommes à récupérer auprès de chaque établissement au titre de l'année [N]* » et lui communique, puis...

...M+1, c'est le délai maximum (1 mois) imparti pour que l'établissement présente ses observations.

Mais M+1 constitue également (à défaut d'observations) l'échéance au terme de laquelle le Directeur général de l'ARS peut fixer « *le montant définitif des sommes à récupérer* », cette fois par arrêté « *motivé* ».

M+3 correspond (à compter de la réception dudit arrêté) à la date limite de règlement de la somme en cause, à s'acquitter auprès de la caisse pivot d'Assurance maladie (en l'absence d'exécution, celle-ci est en droit de la recouvrer par « *retenue sur les prestations à venir* »).

Dans ces conditions, M+3 représente aussi l'expiration du délai de

*(Suite page 9)*





(Suite de la page 8)

contestation gracieuse et/ou contentieuse.

Il conviendra donc d'être très vigilant et diligent dans le cadre de cette procédure qui peut être particulièrement brève.

Le décret n° 2014-1701 explique ou prévoit, entre autres, comment est mesurée l'activité produite par chaque établissement (en nombre de forfaits ou en montants financiers) et au vu

de quelles bases de données (PMSI ou SNIREP), qu'il sera tenu compte de situations spécifiques (regroupement d'activités sur un même site, nouvelle autorisation de soins obtenue, jusqu'en N-2, dans le champ des prestations soumises à dégressivité tarifaire, baisse d'activité en N-1 dans le cas d'un seuil fixé en taux d'évolution, etc.), que le montant maximum des sommes à récupérer est fixé à 1 % des recettes assurance maladie afférentes à l'activité litigieuse pour l'année N ou, encore, qu'il en existera un minimum, en deçà duquel il n'y aura pas de récupération.

Enfin, il résulte de ses dispositions transitoires que les premiers arrêts de récupération n'interviendront qu'en 2016 et que « *l'activité des établissements de santé au titre d'années antérieures est prise en compte* ».

En conclusion, et sans entrer dans le détail de la méthode de calcul mentionnée à l'article R. 162-42-1-6 du CSS (digne de figurer dans le code général des impôts), on s'inter-

roge légitimement sur l'intérêt et l'opportunité d'impacter aujourd'hui de plus fort les ressources des établissements, en s'en prenant cette fois directement au volume d'activité qu'ils réalisent (traditionnellement gage de qualité des soins), à plus forte raison quand chacun sait qu'elles ne cessent de diminuer tous les ans (baisse régulière des tarifs de prestations, reprises d'indus non justifiées, sanctions financières démesurées, introduction d'un coefficient prudentiel, etc.).

Le problème est qu'à ce rythme le plus beau système de santé du monde risque sérieusement de péricliter.

N'est-il vraiment pas possible de mettre en place des règles simples et pérennes (quitte à réformer le système de la T2A, montrant de très nombreuses limites), plutôt que de réclamer toujours plus d'explications aux professionnels de santé et provoquer les contentieux ?

JQ

### **Biologie médicale : pas d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre**

(Cons. Constitutionnel., 5 décembre 2014, n° 2014-434 QPC)

Saisi par le Conseil d'Etat (arrêt n° 382500 du 1<sup>er</sup> octobre 2014) de la question de la conformité à la Constitution de l'article L. 6211-21 du code de la santé publique (CSP), le Conseil Constitutionnel, après avoir écarté chacun des arguments soutenus à l'effet contraire par une société de laboratoires de biologie médicale (LBM) évincée d'un marché de prestations par un hôpital adjudicateur (celui-ci ayant préféré se tourner vers un autre établissement de santé public pour ce faire), a répondu par l'affirmative aux termes d'une décision concise n° 2014-434 QPC, le 5 décembre 2014.

Pour mémoire, ledit article, créé en 2010 dans le cadre de la réforme de la biologie médicale et modifié à deux reprises en 2011 et 2013, n'avait encore jamais été soumis à l'analyse des Sages du Palais-Royal.

Dans sa version actuelle, ce texte

prévoit que les examens sont obligatoirement facturés au tarif « sécu », « *sous réserve des coopérations [...] menées entre des établissements de santé* » et des contrats signés entre plusieurs LBM « *situés sur un même territoire de santé [...], en vue de la mutualisation de moyens* ».

Selon la société requérante, cette rédaction, qui interdit effectivement les remises sur le prix des examens réalisés par un laboratoire prestataire de services pour un autre LBM ou pour un établissement de santé, apportait une restriction non justifiée à la liberté de fixation de leurs tarifs et portait atteinte à l'objectif de bon emploi des deniers publics ainsi qu'au principe d'égalité devant la loi, seuls les laboratoires intégrés à des établissements de santé et ceux ayant conclu des contrats de coopération se trouvant exclus du champ de l'interdiction précitée.

Mais, d'après le Conseil Constitutionnel, il n'en est rien, le Législateur peut tout à fait régler « *de façon différente des situations différentes* » et/ou apporter à certaines libertés des limitations justifiées par l'intérêt général, pour peu que « *la différence de traitement soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* » et qu'il n'en résulte pas « *d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* ».

Tel est manifestement bien le cas de l'article L. 6211-21 du CSP et trois paragraphes ont suffi pour expliquer, notamment, que la priorité donnée au développement des LBM intégrés aux établissements de santé, afin de maintenir des compétences dans ces structures et sur l'ensemble du territoire, poursuit « *un but d'intérêt général* » et que les règles de tarification y afférentes, en rapport

(Suite page 10)

(Suite de la page 9)

direct avec l'objet de la loi, « n'entraînent pas une atteinte à la liberté d'entreprendre disproportionnée ».

Le Conseil Constitutionnel a aussi rappelé que « l'objectif à valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics ne peut, en lui-même, être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité », qu'aucun autre droit garanti par la Constitution n'a été méconnu en l'espèce et qu'il ne peut « substituer son appréciation à celle du Législateur sur le choix de poursuivre de tels objectifs plutôt que de favoriser la concurrence par les prix dans ce secteur ».

En conséquence, à l'exclusion de certains dispositifs au nombre très limité, les LBM privés ne pouvant plus proposer à d'autres acteurs de santé, en particulier aux hôpitaux, des ristournes sur leurs prestations (comme cela existait couramment sous l'ancienne réglementation et se pratique encore aujourd'hui pour la

fourniture de médicaments et de matériels) - ce qui constitue un frein sérieux et regrettable à la concurrence -, l'avenir est assurément tourné en la matière vers les coopérations. A l'inverse, l'impossibilité pour les candidats de se démarquer par le coût compétitif de leurs services va très probablement les conduire à se détourner des appels d'offre ou marchés publics, qu'on recensera en nombre moins important dans les années futures, compte tenu de ce qui précède.

Ceci étant, se posent alors divers problèmes complexes et non encore résolus d'application des règles du CSP, voire également de tarification, comme en atteste la lecture de l'exposé des motifs de l'article 50 du projet de loi relatif à la santé du 15 octobre 2014 (non modifié ensuite), indiquant qu'en l'état, pour les activités biologiques d'assistance médicale à la procréation, « la constitution d'un GCS ayant pour objet l'exploitation d'un LBM [...] impose qu'il soit d'une part autorisé à prati-

quer ces activités et d'autre part qu'il soit érigé en établissement de santé [...], ce qui n'apparaît pas opportun ».

La décision n° 2014-434 QPC est selon nous regrettable car intervenant principalement au détriment des LBM privés, lesquels, déjà confrontés à exposer de lourds investissements pour se mettre en conformité avec l'obligation de certification imposée par le Législateur, n'avaient pas besoin, en sus, de se voir quasiment exclus du mécanisme des marchés publics, possibilité de recettes non négligeables et, pour certains, significatives.

Reste à espérer que, pour un rétablissement relatif du jeu de la concurrence, toutes les mesures nécessaires au bon fonctionnement de ces coopérations soient prises rapidement, et non dans trois ans, période qui s'était écoulée entre la publication de l'ordonnance portant réforme de la biologie médicale et sa ratification dans le courant de l'année 2013.

**JQ**

## Quitter l'hôpital public pour le secteur privé : une liberté sous contrôle

Crise de confiance de l'hôpital, accroissement continu des tâches administratives, manque de moyens et contraintes budgétaires, gardes à répétition, recherche d'une meilleure rémunération, etc. : autant de raisons qui peuvent expliquer qu'un médecin décide de délaisser l'hôpital public pour le secteur privé.

S'il existe une liberté de choix du praticien entre exercice public ou privé, cette liberté est relative car très encadrée. Ce passage est parfois un « parcours du combattant », la direction de l'établissement ayant les moyens de retenir l'intéressé.

Afin de quitter le service public hospitalier pour intégrer, définitivement ou non, le secteur libéral, deux options sont possibles : être placé en disponibilité pour convenances personnelles ou démissionner. Il convient de bien comprendre les enjeux d'une telle décision et d'en appréhender les conséquences sur le nouveau « statut » du médecin devenu libéral.

### La disponibilité pour convenances personnelles

En premier lieu, le praticien hospitalier (PH) - pour quitter l'hôpital - peut demander que lui soit accordée une disponibilité pour convenances personnelles.

#### Définition

Rappelons tout d'abord que la disponibilité est la position administrative d'un agent qui quitte temporairement son administration d'origine et a vocation à la retrouver à l'issue de la disponibilité.

Cette position est réglementée par les articles R. 6152-62 à R. 6152-69 du code de la santé publique (CSP) pour les praticiens hospitaliers temps plein et les articles R. 6152-242 à R. 6152-246 du CSP pour les PH temps partiel.

#### Demande

Pour y être admis, tout PH doit :

- avoir validé sa période probatoire (nomination à titre permanent),

- prendre l'attache de son directeur d'établissement préalablement à toute demande afin de l'en informer et de s'entendre sur une date de départ,
- adresser au directeur général du Centre national de gestion (CNG) sa demande sous couvert du directeur de l'établissement.

#### Effets, durée

Le PH en disponibilité cesse de bénéficiaire des émoluments fixés au 1° des articles R. 6152-23 et R. 6152-220 du CSP, ainsi que de ses droits à avancement.

Pour le reste, il n'est plus soumis aux règles posées par son statut.

La durée de la disponibilité pour convenances personnelles varie selon que le praticien exerce à temps plein ou à temps partiel :

- Pour les PH temps plein : 3 ans maximum renouvelables pour la même durée dans la limite d'une durée de 10 années pour l'ensemble

(Suite page 12)

	<b>Disponibilité pour convenances personnelles</b>	<b>Démission</b>
<b>Définition</b>	le PH reste agent de la fonction publique hospitalière (FPH)	le PH est radié de la FPH
<b>Conditions</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- demande auprès du directeur du CH et du DG du CNG,</li> <li>- sous réserve des <i>nécessités de service</i>,</li> <li>- sous réserve de la saisine de la commission de déontologie.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- présentée auprès du DG du CNG,</li> <li>- préavis de trois mois,</li> <li>- CNG notifie la réception de la démission dans les trois mois,</li> <li>- le CNG peut demander au PH de rester en poste encore six mois à compter de la réception de la démission.</li> </ul>
<b>Durée</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- PH temps plein : trois ans renouvelables dans la limite de dix ans sur la carrière</li> <li>- PH temps partiel : un an renouvelable dans la limite de dix ans sur la carrière.</li> </ul>	décision définitive
<b>Renouvellement</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- faire connaître ses intentions deux mois avant la fin de la disponibilité,</li> <li>- à défaut : radiation (PH temps plein) / licenciement (PH temps partiel).</li> </ul>	néant
<b>Réintégration</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- de droit si elle est demandée dans les six mois,</li> <li>- pas d'obligation de retrouver le même poste.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- obligation de passer à nouveau le concours PH,</li> <li>- recrutement en tant que contractuel.</li> </ul>
<b>Installation dans le privé</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- pas de clause de non-concurrence, mais risque de saisine de la commission de déontologie</li> <li>- installation impossible si un avis d'incompatibilité est rendu par la Commission, l'administration devant s'opposer au départ de l'agent public (les avis d'incompatibilité lient la décision de l'administration, contrairement aux avis de comptabilité)</li> <li>- si la demande de disponibilité est acceptée, le PH n'est plus soumis aux règles de son statut pendant cette période</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- pas de clause de non-concurrence, mais risque de saisine de la commission de déontologie</li> <li>- installation impossible si un avis d'incompatibilité est rendu par la Commission, l'administration devant s'opposer au départ de l'agent public (les avis d'incompatibilité lient la décision de l'administration, contrairement aux avis de comptabilité)</li> </ul>

(Suite de la page 10)

de la carrière du praticien,

- Pour les PH temps partiel : la durée ne peut excéder un an renouvelable pour la même durée dans une limite de 10 ans sur l'ensemble de la carrière.

### Une disponibilité conditionnée

La difficulté vient du fait que les articles R. 6152-245 et -246 du CSP prévoient que la disponibilité pour convenances personnelles (comme tous les cas de disponibilité accordés sous réserve des nécessités de service fixés au point II de l'article R. 6152-245 du CSP) n'est pas de droit et peut être accordée par la Directrice générale du CNG après avis du Président de la Commission médicale d'établissement, du chef de pôle et du directeur du centre hospitalier « sous réserve des nécessités du service ». Ces avis doivent être motivés en cas de refus.

La mise en disponibilité relève ensuite du pouvoir d'appréciation de la Directrice générale du CNG en fonction de ces trois avis motivés. Si l'autorité décisionnaire n'est pas liée par ces avis locaux, il est cependant rare qu'elle ne les suive pas. En cas de refus, sa décision doit bien entendu être fondée sur une motivation détaillée.

Le risque est effectivement qu'un refus soit opposé au demandeur et justifié par le fait que son départ compromettrait le bon fonctionnement du service et mettrait en péril l'intérêt du service public hospitalier et, plus précisément, la continuité de la prise en charge de telle ou telle spécialité médicale.

Il faut bien comprendre que les « nécessités du service » sont une notion dont le juge administratif fait une appréciation très extensive et qui ne sont pas contraires à la liberté d'entreprendre parce que justifiées par l'intérêt général qui s'attache au bon fonctionnement des établissements publics de santé (CE, 3 juin 2013, n<sup>os</sup> 344595, 344622, 344623 et 344624).

De plus, la commission de déontologie de la fonction publique (ins-taurée par l'article 87 de la loi n<sup>o</sup> 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques) peut être saisie par le directeur de l'établissement lorsqu'un PH

l'informe de son souhait d'exercer dans le privé (article L. 6152-4 du CSP instauré par la loi HPST). Si sa saisine n'est pas obligatoire pour les agents souhaitant intégrer le secteur privé, il ne faut pas cependant oublier cette possibilité offerte à l'établissement.

Solliciter une disponibilité pour convenances personnelles n'est donc pas une simple formalité dans la mesure où les textes donnent au directeur de l'établissement les moyens de contraindre le PH à rester en poste ou, au moins, à retarder son départ.

Par la suite, la réglementation impose de déclarer le poste vacant une fois seulement que la disponibilité supérieure à six mois a été accordée et prononcée par le Directeur général du CNG (article R. 6152-246 du CSP).

### Renouvellement

Le PH doit, deux mois avant le terme de la disponibilité, faire part de ses intentions au CNG, de renouveler ou non la disponibilité, avec copie à son établissement d'affectation.

A défaut de manifester ses intentions à l'issue de sa disponibilité et après mise en demeure par le CNG et information des risques qu'il encourt, le PH est radié des cadres (PH à temps plein) ou licencié (PH à temps partiel).

### Réintégration

Par la suite, la réintégration est de droit sur le poste précédemment occupé si la demande intervient avant l'achèvement des six mois du détachement ou de la disponibilité en cours, quelle que soit la durée initiale accordée au PH. Le praticien doit en faire la demande au moins deux mois à l'avance, simultanément au directeur de son établissement et au Directeur général du CNG.

Attention : le droit à être réintégré ne signifie pas que le PH retrouvera obligatoirement le même poste. Le juge administratif a eu l'occasion de le préciser :

« [...] Ce droit ne saurait cependant faire obstacle au pouvoir général d'organisation du service dont dispose le directeur et n'implique, par ailleurs, pas l'exercice de fonctions identiques à celles précédemment exercées avant la mise en disponibilité. Ainsi, malgré la modification substantielle apportée aux conditions matérielles d'exercice des fonctions d'un praticien hospitalier en raison de la réorganisation de



son ancien service, opérée dans le cadre de la mise en œuvre de la réforme dite de la « nouvelle gouvernance », dans les établissements publics de santé, intervenue pendant sa disponibilité, la réintégration de ce praticien hospitalier sur son poste budgétaire et dans des fonctions correspondant à sa spécialité ne méconnaît pas ses droits » (TA Amiens, 10 mars 2011, n<sup>o</sup> 0900190).

Ce sont, là encore, les « nécessités du service » qui seront invoquées et justifieront que le PH retrouve ou non son ancien poste.

L'agent qui sollicite sa réintégration de manière anticipée ou au terme de sa disponibilité et qui se voit opposer un refus de réintégration par son administration faute de poste vacant, doit être regardé comme involontairement privé d'emploi au sens de la réglementation de l'assurance chômage. Cette situation ouvre droit à la perception d'allocations chômage (CE, 30 novembre 2002, n<sup>o</sup> 216912).

### **La démission**

En second lieu, le PH souhaitant intégrer le secteur privé peut envisager de démissionner de l'hôpital.

### Etapes

Elle se déroule en trois étapes :

- le PH présente sa démission au Directeur général du CNG en respectant un préavis de 3 mois (présenter sa demande au moins 3 mois avant la date envisagée de son départ).
- le CNG notifie sa décision dans un délai de 30 jours à réception de la demande (arrêté notifié au praticien

(Suite page 13)

(Suite de la page 12)

demandeur ou acceptation implicite),

- tout en acceptant la démission, le Directeur général du CNG peut demander au praticien de continuer d'exercer ses fonctions pendant une durée maximale de 6 mois à compter de la date de réception de la demande de démission dans l'attente du remplacement du praticien démissionnaire.

Il est donc clair que démissionner de son poste ne permettra pas toujours de quitter l'hôpital rapidement et d'intégrer le privé à la date espérée puisque la direction peut retenir le PH six mois jusqu'à son remplacement. Là encore, le pouvoir exorbitant de l'administration s'explique par la satisfaction de l'intérêt général et la continuité du service public hospitalier.

#### Saisine facultative de la Commission de déontologie

Par ailleurs, les articles L. 6152-5-1 et R. 6152-97 du CSP prévoient que la Commission de déontologie est compétente pour se prononcer sur la situation des PH démissionnaires au même titre que tout agent public qui envisage d'exercer une activité dans le secteur privé et dans le secteur public concurrentiel.

La Commission de déontologie peut rendre un avis sur la compatibilité de l'activité que se propose d'exercer le démissionnaire dans le privé avec les fonctions précédemment exercées, et ce afin d'éviter que l'activité envisagée par le praticien constitue une prise illégale d'intérêt ou qu'elle soit de

nature à porter « atteinte à la dignité des fonctions précédemment exercées » ou tout « risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service ».

Si sa saisine - dans les deux ans suivant la démission - est facultative, il ne faut pas négliger la possibilité qu'a la Commission de déontologie d'émettre un avis d'incompatibilité empêchant le PH démissionnaire d'exercer une activité privée si le bon fonctionnement du service et l'offre de soins publique s'en trouvent, selon elle, entachés (exemple : interdiction d'exercer pendant trois ans dans une clinique de la même commune, Avis n° 11A0457 du 16 mars 2011). Il faut bien comprendre que les avis d'incompatibilité lient la décision de l'administration, contrairement aux avis de comptabilité qui laissent le choix de la décision à l'administration.

#### En conséquence, une décision qui doit être réfléchie et des risques bien évalués.

Démissionner est évidemment une décision définitive qui empêche tout retour au secteur public, contrairement à une mise en disponibilité. Une telle option présente donc un risque qu'il faut bien évaluer.

Ainsi et en l'état actuel du droit, il est clair que le statut de PH lie ce dernier à l'hôpital pour une durée parfois méconnue, la réglementation permettant effectivement à l'établissement de le retenir, soit en avançant le motif général des « nécessités du service » dans le cadre de la demande de mise

en disponibilité, soit en retardant son départ de peut-être sept mois en cas de démission.

Enfin, une fois que le praticien a pesé le pour et le contre des options offertes à lui pour quitter le public et que l'une ou l'autre a été validée par son administration d'affectation ou d'origine, son installation dans le secteur privé est libre.

S'il est en position de disponibilité, le PH n'est plus soumis aux règles imposées par son statut. Il est donc libéré de toute sujétion administrative.

NB : les décrets d'application sur une éventuelle clause de non-concurrence des praticiens souhaitant intégrer le privé n'ont jamais été publiés depuis leur annonce par la loi HPST de juillet 2009, en se fondant sur l'évidente liberté d'entreprendre.

Pour conclure, en fin de carrière, le PH ayant exercé à la fois en public et en privé percevra la somme des pensions pour lesquelles il a accumulé des droits dans les différents régimes de base et complémentaires auxquels il a été affilié, chacun des deux régimes prenant en considération le nombre de trimestres validés chez lui pour évaluer le montant de la retraite. Notons que, pour avoir droit à une pension de la fonction publique, il faut y avoir travaillé au minimum deux ans (quinze ans avant la réforme de 2010). En-dessous de cette durée, l'ex-administration est tenue de procéder au rétablissement de ces deux années au régime général d'assurance vieillesse de la sécurité sociale.

**AB**

## **Télémédecine : la téléconsultation autorisée pour Axa Assistance**

*(Contrat ARS Ile de France avec AXA Assistance France)*

Renforcer la permanence des soins (PDS), lutter contre les déserts médicaux et améliorer le parcours de soins coordonné, trois objectifs annoncés par AXA Assistance pour mettre en place, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015, un service de téléconsultation accessible aux patients H24 7/7 et plus particulièrement, précise le contrat, « pendant les périodes d'indisponibilité de leur médecin traitant ».

Le Service de Téléconsultation a pour objet, mentionne l'article 1 de la

convention « après information et recueil du consentement des patients, de mettre ces derniers en relation téléphonique avec un médecin d'AXA Assistance qui évalue à distance leur situation pathologique en sollicitant leur présence active, afin de lui permettre de collecter suffisamment d'informations pour établir un diagnostic et, si besoin, prescrire un médicament et/ou des examens complémentaire ».

Tous les actes effectués par les médecins et IDE de la plateforme sont

tracés et reportés dans le dossier patient conformément aux dispositions de l'article R. 6316-4 du CSP et notamment les actes et prescriptions médicalement effectués dans le cadre de la téléconsultation. L'ensemble des données de santé à caractère personnel collectées et traitées dans le cadre de ce Téléservice santé et plus particulièrement du Service de Téléconsultation sont hébergées auprès d'un hébergeur agréé au sens de l'article L. 1111-8 du CSP.

**ILB**

**Anesthésistes-réanimateurs : gare aux excès alcooliques**

*(TGI Paris, 4<sup>ème</sup> ch., 1<sup>ère</sup> sect., 2 octobre 2007, n° 07/03891)*

Une Clinique privée, par lettre recommandée avec accusé de réception, a fait injonction à l'un de ses médecins anesthésistes-réanimateurs de cesser toute intervention dans l'établissement deux jours après la date de ladite lettre.

L'anesthésiste-réanimateur a sai-

si le Tribunal de grande instance de Paris soutenant qu'en ne respectant pas un délai de préavis conforme aux usages, le praticien n'ayant pas de contrat écrit avec la Clinique, celle-ci avait commis un abus de droit ouvrant droit à réparation du préjudice subi.

Le médecin est débouté de sa demande, le Tribunal considérant, eu égard à son « alcoolisme chronique » et au danger en résultant pour ses patients, que l'absence du respect d'un délai de préavis n'est pas fautive.

**CP**

**GCS public/libéraux : attention à vos conventions**

*(TA Nîmes, 16 juillet 2015, n° 1303156)*

*« Si la constitution d'un groupement de coopération sanitaire (GCS), tel que prévu à l'article L. 6133-1 du code de la santé publique, peut servir de fondement légal à la réalisation, par des professionnels libéraux, de prestations médicales au bénéfice des patients pris en charge par un établissement public de santé, ce n'est que dans le cadre d'un groupement prévoyant la réalisation de prestations médicales croisées ; qu'en l'absence de toute prévision d'échanges de prestations, l'intervention, à l'hôpital, de praticiens libéraux, au seul bénéfice de l'établissement public de santé, ne peut être autorisée que sur le fondement de l'article L. 6146-2 du même code, qui prévoit une procédure distincte ».*

C'est ce qu'a récemment retenu

le Tribunal administratif de Nîmes pour en conclure qu'en approuvant la convention constitutive d'un GCS, créé entre un hôpital et une société d'exercice libéral (SEL) de chirurgiens, le Directeur général d'une Agence régionale de santé avait commis une erreur de droit, une telle coopération ne pouvant en passer, selon la juridiction, que par la signature d'un contrat de participation des professionnels libéraux aux missions des établissements publics de santé (dispositif introduit dans le code de la santé publique par la loi HPST du 21 juillet 2009).

Cette décision va assurément agiter plus d'un service juridique, tant dans les bureaux des autorités de tutelle locales, que chez les professionnels concernés.

Singulièrement, la DGOS, interrogée dans la foulée, n'a pas semblé s'en émouvoir, attendant probablement le vote du projet de la loi de santé, dont l'actuel article 27 bis permettrait peut-être la régularisation des nombreuses situations identiques existant à l'échelle nationale, en recourant à un nouveau GCS de moyens permettant l'exploitation d'une autorisation d'activité de soins, sans pour autant être érigé en établissement de santé (obstacle substantiel aujourd'hui).

En tout état de cause, et même dans cette attente, il ne serait pas surprenant de constater un développement des contentieux en la matière. Alors, soyez vigilants dans la mise en œuvre de vos coopérations et attention à vos conventions.

**JQ**

**Défaut d'information avant l'acte chirurgical (cataracte) : préjudice d'impréparation**

*(Cour d'appel de Paris, pôle 2, 30 janvier 2015)*

Un patient, opéré de la cataracte, présente une rupture capsulaire responsable d'un œdème cornéen G. Le chirurgien ne démontre pas avoir informé le patient sur les risques de l'opération, le dossier médical ne comporte aucune indication sur la qualité de l'information. La cour d'appel de Paris juge que le fait que

le patient a consulté 4 fois le chirurgien avant l'opération ne suffit pas à lui seul à établir son consentement éclairé, et particulièrement sur l'information de la complication de rupture capsulaire qui s'est réalisée.

L'ophtalmologiste est condamné à réparer le préjudice d'impréparation que l'arrêt définit comme « un droit

personnel, détaché des atteintes corporelles » dont la lésion entraîne un « préjudice moral résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressenti éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité physique ». 5 000 €.

**ILB**

## **Le refus de soins du patient ne peut réduire la réparation de son dommage**

*(Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> Chambre civile, 15 janvier 2015, n° 13-21.180)*

Suite à deux interventions chirurgicales subies dans une clinique, un patient présente une hyperthermie indiquant un état infectieux. Deux jours plus tard, et contre les indications de son médecin, il quitte l'établissement pour retourner à son domicile. Le mois suivant, son état s'aggrave et une septicémie par streptocoque à l'origine d'atteintes secondaires à l'épaule, au foie et au cœur, est diagnostiquée. En l'absence de cause étrangère, l'établissement de santé engage sa responsabilité conformément aux dispositions de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique.

La clinique demande à la Cour la réduction du préjudice : elle admet être responsable d'une partie du dommage, mais conteste être à l'origine de l'entier dommage, le refus de soins adopté par le patient sur le fondement de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique l'ayant aggravé. L'expert affirmait d'ailleurs dans son rapport que s'il avait été procédé immédiatement au traitement de l'infection, celle-ci se serait résorbée dans un délai de 15 à 30 jours. Selon la clinique, ce comportement est d'autant plus critiquable que la victime exerçait, au moment des faits, une profession de santé et avait par conséquent pleinement conscience de la nécessité des traitements et des risques encourus. Pour ces motifs, la clinique sollicite de la Cour d'être condamnée à payer uni-

quement l'indemnisation du préjudice résultant de l'infection nosocomiale « normalement traitée ».

Sur le fondement des articles 16-3 du code civil, L. 1142-1 et L. 1111-4 du code de la santé publique, la Cour de cassation rejette les demandes de l'établissement de santé :

*« Le refus d'une personne, victime d'une infection nosocomiale dont un établissement de santé a été reconnu responsable en vertu du deuxième de ces textes, de se soumettre à des traitements médicaux, qui, selon le troisième, ne peuvent être pratiqués sans son consentement, ne peut entraîner la perte ou la diminution de son droit à indemnisation de l'intégralité des préjudices résultant de l'infection. »*

La Haute juridiction considère que si le patient a été amené à opposer un refus de soins, c'est uniquement parce qu'il avait en premier lieu contracté une infection relevant de la responsabilité de l'établissement. La Cour avait déjà adopté une position similaire : *« l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »* (Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> chambre civile, 19 juin 2003, n° 00-22302).

**ChP**

## **L'urgence doit être spécifiée dans les transports sanitaires distants de plus de 150 km**

*(Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> civ., 18 juin 2015)*

Un assuré s'était vu refuser le remboursement par sa Caisse primaire d'assurance maladie des frais de transports exposés pour un trajet de plus de 150 km alors que celui-ci disposait d'une prescription médicale.

L'assuré a saisi le Tribunal des affaires de sécurité sociale compétent qui a considéré que, quand bien même la prescription de transport litigieuse n'avait pas fait l'objet d'une entente préalable, elle revêtait un caractère d'urgence puisqu'il

s'agissait d'organiser le retour de l'assuré à son domicile après une grave opération.

La Haute juridiction casse et annule ledit jugement en considérant que, conformément aux articles R. 322-10-2 et R. 322-10-4 du code de la sécurité sociale *« il ne peut y avoir de prise en charge, en l'absence d'accord préalable de l'organisme, que si l'attestation de l'urgence figure dans la prescription médicale de transport »*.

Ainsi, les assurés et ambulanciers

doivent être très attentifs à ce que soit expressément noté le caractère d'urgence dans la prescription médicale de transport. A défaut, les caisses pourront valablement refuser la prise en charge du transport dès lors que leur accord préalable n'aura pas été obtenu comme cela doit être le cas pour tout déplacement de plus de 150 km.

L'urgence ne se présume pas, elle doit être expresse !

**CP**

### **Article 1382, code civil :**

*« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »*

**Directeur de clinique : n'est pas salarié qui veut**

*(Cour d'appel d'Angers, ch. soc., 28 octobre 2014)*

Le Directeur général délégué d'une Clinique, après avoir été révoqué de ses fonctions, a saisi le Conseil de prud'hommes d'une demande tendant à obtenir la requalification en contrat de travail de son mandat social. Les conséquences auraient alors été l'existence d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et l'octroi de l'ensemble des indemnités dues dans de telles circonstances pour un salarié.

La Clinique a soulevé l'incompétence du Conseil de prud'hommes puisque l'ancien Directeur général délégué n'avait jamais été lié à celle-ci par un contrat de travail mais par un mandat social. La Clinique soutenait également qu'il n'était pas démontré l'existence d'un lien de subordination entre le Président de la Clinique et le Di-



recteur général délégué.

Le Conseil de prud'hommes s'est déclaré incompétent. Le Directeur général délégué a formé un contredit devant la Cour d'appel afin qu'elle se prononce une nouvelle fois sur la compétence.

Pour arguer de l'existence d'un lien de subordination, le Directeur

général délégué invoquait les demandes formulées par le Président-directeur général de la Clinique de comptes rendus sur l'avancée de ses différentes missions.

La Cour d'appel d'Angers a confirmé le jugement de première instance en retenant qu'il n'existait pas de contrat de travail mais simplement un mandat social au motif notamment que si le Président-directeur général demandait des comptes rendus des réunions organisées par le Directeur général délégué, celles-ci étaient organisées en toute indépendance et que ces demandes « rentraient dans le cadre normal de l'obligation de rendre compte d'un mandataire social ».

Il s'agissait donc d'une révocation sans droit à indemnisation et non d'un licenciement. **CP**

**Ambulances : sanctions conventionnelles**

*(Commission Transporteurs Sanitaires Privés, 25 juin 2014)*

Depuis le rapport d'information déposé par la Commission des Affaires Sociales en conclusion des travaux de la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale sur le transport de patients du 27 novembre 2014 et alors que la Cour des comptes avait, dès 2012, estimé que 450 millions d'euros pourraient être économisés sur le transport des patients, les caisses primaires d'assurance maladie multiplient les contrôles de sociétés d'ambulances.

Dans ce contexte, une société d'ambulances de Seine Saint-Denis a été informée de la mise en œuvre de la procédure conventionnelle devant la Commission locale de concertation de transport sanitaire privé.

En effet, suite à un contrôle, la Caisse primaire d'assurance maladie avait retenu plusieurs anomalies telles que : un non-respect de l'abattement lors de

transports simultanés, une facturation non conforme au tableau des distances, des transports réalisés en VSL mais facturés en ambulance, des transports fictifs, etc.

Un travail minutieux revenant sur lesdites anomalies listées par la Caisse et les règles de droit en la matière ont permis la rédaction d'un mémoire étayé prouvant qu'aucune irrégularité grave n'avait été commise.

La société, qui encourait un déconventionnement, n'a finalement été sanctionnée que par un avertissement.

En cette matière technique il est primordial d'avoir, avant même que soit saisie la juridiction compétente, les bons réflexes afin de démontrer aux caisses la bonne foi de la société et les éventuelles erreurs qui auraient pu être commises par les Inspecteurs.

**CP**

**Article 1325, code civil :**

*« Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. « Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt [...] ».*