

## SOMMAIRE >>>

|  |   |
|--|---|
| ◆ Une QPC pour les infections nosocomiales                                       | 1 |
| ◆ L'expert peut-il avoir tort ?  | 1 |
| ◆ Fusion de deux cliniques :<br>exclusivité violée d'un praticien                | 2 |
| ◆ Gynécologue omis de l'annuaire :<br>Orange indemnise                           | 2 |
| ◆ Légionellose acquise dans une Clinique :<br>infection nosocomiale              | 2 |
| ◆ Procédure ordinale : délai   | 2 |
| ◆ Loi de modernisation du système de santé                                       | 2 |
| ◆ Permanence des soins : exonération<br>des rémunérations versées dans les SEL   | 3 |
| ◆ Préavis de rupture :<br>attention aux faux départs                             | 3 |
| ◆ Affaire PIP : responsabilité au titre<br>d'une carence fautive de l'ANSM ? non | 3 |
| ◆ Médecin successeur et<br>continuité des soins                                  | 4 |
| ◆ Secret professionnel, pharmacie d'officine<br>et contrôle fiscal               | 5 |
| ◆ Transfert d'embryons : facturation légale<br>en GHS                            | 5 |
| ◆ CEDH et droit de disposer d'embryons<br>issus d'une FIV                        | 5 |
| ◆ Transfert d'officine : annulation judiciaire<br>et conséquences                | 7 |

### Le Cabinet Lucas-Baloup

**souhaite à tous ses clients  
et amis professionnels de santé  
une aussi belle année 2016 que possible  
et surtout**

**RESTEZ DU BON CÔTÉ DE LA SERINGUE !...**

### Une QPC pour les infections nosocomiales...

(Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> civ, 6 janvier 2016, n° 15-16894)

Dans son 1<sup>er</sup> alinéa, l'article L. 1142-1, I, du code de la santé publique ne permet la condamnation d'un médecin libéral qu'en cas de faute, démontrée à son encontre, y compris en matière d'infection nosocomiale. Dans le 2<sup>ème</sup> alinéa, le même article rend responsable de plein droit l'hôpital public ou privé au sein duquel le patient a été contaminé, même sans preuve d'une faute, sauf cause étrangère. Un plaideur a donc convaincu la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel d'une passionnante Question Prioritaire de Constitutionnalité ayant pour objet de dire si cet article est ou non conforme au principe d'égalité des citoyens devant la loi garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Suspense !

**ILB**

### L'expert peut-il avoir tort ?

Dans Gynéco-Online de décembre 2015 (cf. site [www.gyneco-online.com](http://www.gyneco-online.com)), le Docteur Xavier Carcopino conclut son commentaire d'une étude publiée sur l'évaluation des experts en obstétrique par une observation qu'il conviendrait d'envoyer sur-le-champ à tous les magistrats français saisis d'affaires de responsabilité médicale : « *En pratique, l'analyse rétrospective d'un dossier par un expert devant les tribunaux n'est pas ou très peu reproductible et reste un avis qui, s'il est informatif, est malheureusement trop subjectif pour permettre une décision impartiale.* ».

Merci à Xavier Carcopino et al. d'avoir publié cette double analyse de 30 dossiers d'obstétrique, conduite par des experts français de cette spécialité ayant travaillé dans une première phase en aveugle, puis trois mois plus tard après information de l'issue néonatale de l'accouchement compliqué par des anomalies du rythme cardiaque fœtal, en colligeant les qualifications à géométrie variable des erreurs et des liens de causalité retenus par les experts judiciaires consultés.

Quelques mois plus tôt, le Professeur Claude Sureau dénonçait « le

règne de l'incertitude » en commentant les débats sur la loi de bioéthique.

Dans le *Discours de la méthode*, la description du doute cartésien a pourtant appris aux experts, aux magistrats et aux avocats, que le préjugé et la précipitation empêchent de bien juger. L'idée que la science permette d'accéder à une forme de vérité, « la vérité scientifique », qui impose une proposition construite par un raisonnement rigoureux et vérifié par l'expérience, est-elle étrangère au débat judiciaire ?

(Suite page 7)

**Fusion de deux cliniques : exclusivité violée d'un praticien**

*(Cour d'appel de Paris, pôle 5, ch. 8, 29 septembre 2015)*

Deux cliniques du groupe Générale de Santé fusionnent de leur plein gré (c'est-à-dire sans y être contraintes par l'ARS) et se regroupent dans un nouvel immeuble. Dans la clinique n° 1, un cardiologue de ville réalisait tous les ECG et bénéficiait d'un contrat d'exclusivité, cessible. Sur le nouveau site, il se heurte à l'arrivée en même temps que de la clinique n° 2 de ses cardiologues, sans discussion entre les parties préalablement au regroupement ni accord entre les trois médecins pour s'associer ou

coopérer.

Le cardiologue de la clinique n° 1 arrête son activité et demande des dommages et intérêts.

La Cour de Paris retient qu'alors qu'il était titulaire d'une exclusivité, le cardiologue de la clinique n° 1 n'a pas été consulté sur l'organisation du service de la nouvelle unité de cardiologie devant être mise en place au sein du service de médecine générale en suite de la fusion et que les deux autres ont pratiqué des ECG préopératoires qui relevaient jus-

qu'alors de la seule responsabilité du premier, sans l'intégrer par ailleurs dans une nouvelle unité dont il s'est de fait trouvé exclu. La rupture est donc imputable au nouvel Hôpital privé issu de la fusion des deux cliniques.

La Cour forfaitise la perte d'honoraires et la réduction de la valeur patrimoniale de son droit de cession du contrat à un successeur à 25 000 € et fixe la réparation de son préjudice moral à 5 000 € (cardiologue à deux ans de la retraite). **ILB**

**Gynécologue omis de l'annuaire : Orange indemnisée**

*(Cour d'appel de Reims, ch. civ. 1, 10 novembre 2015)*

10 000 € de dommages et intérêts payés par Orange venant aux droits de France Telecom qui a engagé sa responsabilité contractuelle en omettant pendant deux ans d'inscrire un gynécologue

-obstétricien abonné, sur son annuaire Pages Blanches et Jaunes. La secrétaire du médecin a attesté d'une baisse significative des prises de rendez-vous par téléphone, certaines patientes étant per-

suadées que le médecin avait pris sa retraite puisqu'il ne figurait plus dans l'annuaire. **ILB**

**Légionellose acquise dans une clinique : infection nosocomiale**

*(Cour d'appel de Reims, ch. civ. 1, 24 novembre 2015)*

Une patiente entrant en Clinique pour se faire implanter une prothèse de hanche, prend une douche qui la contamine et elle décède un mois plus tard de légionellose.

Par application de l'article L. 1142-1 alinéa 2 du code de la santé publique, les

réseaux d'eau de la Clinique ayant été contaminés pendant la période d'incubation de la maladie par la patiente, la Cour juge que cette circonstance constitue une présomption précise, grave et concordante sans démonstration d'une quelconque cause étrangère à l'origine

de l'infection, la Clinique a donc engagé sa responsabilité et doit indemniser pour leur préjudice d'affection les enfants (15 000 € chacun), les petits-enfants (7 500 € chacun), les brus et gendres (2 000 € chacun). **ILB**

**Procédure ordinale : délai, vous avez dit délai ?**

*(Conseil d'Etat, 4<sup>ème</sup> sous-section, 23 décembre 2015, n° 389759)*

La suspension temporaire du droit d'exercer la médecine pour infirmité ou état pathologique, prévue à l'article R. 4124-3 du code de la santé publique, ne peut être ordonnée que sur un rapport motivé établi à la demande du Conseil

de l'Ordre par trois médecins spécialistes désignés comme experts, qui doivent déposer leur rapport dans les six semaines de leur saisine par le Conseil régional.

L'arrêt juge que ce délai n'est pas

prescrit à peine de nullité et que les droits de la défense ne sont pas violés dès lors que l'avocat du médecin concerné a pu disposer des pièces une semaine avant l'audience. **ILB**

**Loi de modernisation du système de santé**

60 sénateurs et députés ayant saisi, le 21 décembre, le Conseil constitutionnel contre la loi votée définitivement par

l'Assemblée Nationale le 17 décembre 2015, nous ne sommes pas en mesure d'annoncer le contenu après révision par

le C.C. qui devra se prononcer dans le mois, donc au plus tard le 21 janvier. **ILB**

**Permanence des soins : exonération des rémunérations versées même dans les SEL**

(Conseil d'Etat, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> s.s., 18 septembre 2015, n° 386237)

La permanence des soins effectuée dans les conditions prévues par l'article L. 6314-1 du code de la santé publique permet aux médecins de bénéficier de l'exonération des rémunérations perçues à ce titre, en application de l'article 151ter du code général des impôts, à hauteur de 60 jours/an.

L'Administration fiscale refusait le bénéfice de cette exonération aux méde-

cins associés d'une société d'exercice libéral, en prétendant qu'elle était réservée aux praticiens soumis aux bénéfices non commerciaux (cf. instruction fiscale reprise au BOI-BNC-CHAMP-10-40-20, 24 juin 2014, § 250).

Le Conseil d'Etat a annulé cette limitation en jugeant que les médecins exerçant au sein d'une SEL, qui n'ont pas la qualité de salariés au sens du code du

travail quand bien même ils sont assimilés aux salariés sur le plan fiscal ou social, doivent être regardés comme exerçant dans le cadre de leur activité libérale, au sens de l'article L. 6314-1 du CSP.

**Reclamations fiscales à ne pas oublier pour les trois derniers exercices le cas échéant !...**

**ILB**

**Préavis de rupture : attention aux faux-départs !**

(Cour de cassation, ch. civ. 1, 16 avril 2015, n° 13-26365)

Par un arrêt du 16 avril 2015, la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation est venue apporter une précision importante sur un aspect spécifique de la résiliation, par le médecin, du contrat d'exercice de fait.

Le médecin gastro-entérologue en cause avait signifié une première fois l'arrêt de son activité au sein de la Clinique pour laquelle il exerçait. Aucun contrat écrit n'existant au jour de la résiliation, le délai de préavis prévu par les usages était applicable, conformément à la jurisprudence constante des juridictions civiles.

Malgré l'expiration de ce délai d'usage, le médecin a poursuivi son activité au sein de l'établissement pendant deux années avant d'annoncer une seconde fois son intention de cesser toute activité dans un délai très bref.

Considérant qu'il devait se soumettre une nouvelle fois au délai de préavis, la

Clinique a saisi la juridiction civile afin d'obtenir une indemnisation du préjudice causé par ce non-respect.

Faisant droit à cette demande, la Cour d'appel a retenu que la poursuite de l'activité, l'absence d'information sur la date de départ dans la première lettre et l'absence de présentation d'un successeur avaient pu laisser croire, « *eu égard à l'annonce d'une précédente résiliation non suivie d'effet, qu'il ne donnerait pas suite à cette rupture, de sorte que son départ, résultant d'une décision unilatérale, a eu lieu en méconnaissance du délai de préavis conforme aux usages de la profession* ».

Dans un attendu très explicite, la Cour de cassation a considéré que dans le cadre d'un contrat de fait, la simple poursuite de l'activité postérieurement au délai de préavis d'usage ne peut manifester sans équivoque la volonté de renoncer à la résiliation du contrat

d'exercice et par conséquent d'initier un nouveau délai.

Autrement dit, seul un acte sans équivoque, manifestant la volonté de renoncer à la résiliation peut avoir pour effet de faire courir un nouveau délai de préavis, ce que ne peut constituer la simple poursuite de l'activité pour la Cour de cassation.

La Clinique n'a donc pu bénéficier d'aucune indemnisation du fait de la rupture du contrat passé avec le médecin.

Les cliniques devront donc être particulièrement vigilantes dans une situation similaire. Seul un acte positif de renonciation à la résiliation du contrat peut avoir pour conséquence d'imposer un nouveau délai de préavis. Il est donc vivement recommandé d'obtenir une telle preuve en cas de poursuite de l'activité du médecin.

**VG**

**Affaire PIP : responsabilité au titre d'une carence fautive de l'ANSM ? non**

(Tribunal administratif de Toulon, 22 octobre 2015, n°1302231)

Le Tribunal administratif de Toulon a jugé qu'une carence fautive de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) dans l'exercice de ses missions de police sanitaire peut engager la responsabilité de l'Etat, sans toutefois la retenir dans cette affaire. En l'espèce, la requérante repro-

chait à l'Agence, d'une part, de s'être contentée de la remontée d'informations dans le cadre de la matériovigilance prévue à l'article L. 5212-2 du code de la santé publique, sans organiser des vérifications appropriées sur la société PIP et, d'autre part, de ne pas avoir tenu compte de différents signaux d'alerte. Le Tribu-

nal administratif écarte ces arguments en considérant qu'à la date où la victime s'est fait implanter les prothèses, l'Agence ne disposait pas d'informations propres à éveiller le soupçon d'une fraude qui auraient requis la mise en place de contrôles inopinés et renforcés de sa part.

**LG**

**Médecin successeur et continuité des soins**

(Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> civ., 9, juillet 2015, n° 14-18934)



Un médecin avait repris le cabinet d'un de ses confrères en 2000. Une des patientes de son prédécesseur téléphone audit cabinet en septembre 2001 à l'is-

sue d'un mammotest pratiqué dans le cadre d'une campagne de dépistage du cancer du sein qui avait relevé une anomalie nécessitant des examens complémentaires.

Ayant dû subir, par la suite, un curetage axillaire d'un sein associé à une tumorectomie, la patiente a assigné en responsabilité et indemnisation le médecin reprenneur.

- La plaignante fondait son action sur :
- l'article R. 4127-47 alinéa 3 du code de la santé publique en estimant qu'il appartenait au médecin qui avait acquis une patientèle et disposait des dossiers médicaux d'assurer la continuité des soins ;
  - l'article 1315 du code civil en soutenant

que c'était au médecin d'apporter la preuve qu'il avait proposé des soins ou notifié un refus de prise en charge.

Dans son arrêt du 9 juillet 2015, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par ladite patiente après que la Cour d'appel ait rejeté ses demandes.

La Haute Juridiction retient en effet qu'avant la reprise de contact par téléphone elle n'avait jamais consulté le médecin reprenneur et qu'elle ne s'était jamais rendue à son cabinet, qu'aucune « consultation médicale ne pouvait s'opérer par voie téléphonique surtout à l'égard d'une personne que le médecin n'a jamais rencontrée » et, dès lors, le médecin n'avait pas commis de faute.

**CP**

**Secret professionnel, pharmacie d'officine et contrôle fiscal**

(Conseil d'Etat, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss, 24 juin 2015, n° 367288)

A la suite d'un contrôle fiscal, une pharmacie d'officine a été redressée sur des rappels de TVA et des pénalités correspondantes. La pharmacie avait contesté ledit redressement et le Tribunal administratif de Toulouse avait partiellement donné raison à celle-ci en la déchargeant d'une partie des rappels de TVA. Le Ministre du budget forma un recours devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux qui a annulé cette partie du jugement. Un pourvoi a donc été introduit par la pharmacie d'officine soutenant que le contrôle était entaché d'une irrégularité puisqu'avaient été révélés, lors dudit contrôle, aux inspec-

teurs, les nom et prénom d'un client, information couverte par le secret professionnel et viciant la procédure d'imposition.

La Cour administrative d'appel de Bordeaux n'avait pas fait droit à cette argumentation en considérant qu'il n'avait pas été porté atteinte au secret professionnel dans la mesure où les nom et prénom du client correspondaient à une vente effectuée sans prescription médicale et qu'aucune référence à un médecin ou à un numéro de sécurité sociale n'était effectuée.

Le Conseil d'Etat ne partage pas la position de la Cour administrative d'ap-

pel et annule son arrêt en considérant que « les informations nominatives du client en cause, bien qu'elles aient été recueillies à l'occasion de l'achat d'un produit sans prescription médicale, revêtaient un caractère secret dont la révélation par la personne qui en était dépositaire était prohibée par les dispositions des articles 226-13 du code pénal et R. 4235-5 du code de la santé publique ».

Le secret professionnel couvre donc tous les produits délivrés en pharmacie et l'identité des patients, même sans prescription médicale.

**CP**

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)

**Transfert d'embryons : facturation légale en GHS**

*(Cour administrative d'appel de Bordeaux, 12 janvier 2016, n° 14BX01338)*

Si le codage des tarifs de séjours hospitaliers constitue parfois, pour les établissements de santé, un exercice délicat, la circonstance que dans le cadre d'opérations de contrôle leur autorité de tutelle sanitaire, prise aujourd'hui en la personne des directeurs généraux d'agences régionales de santé, remette en cause la facturation y afférente ne signifie pas pour autant que celle-ci se trouvait erronée ni qu'une sanction pouvait leur être infligée de ce chef.

C'est ce qu'a réaffirmé récemment la Cour administrative d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 12 janvier 2016 (n° 14BX01338), au sujet de prises en charge hospitalières de patientes venues dans les services d'une Clinique pour bénéficier de techniques d'assistance médicale à la procréation, en l'espèce d'actes de transferts embryonnaires intra-utérins.

En effet, jusqu'à la publication d'un arrêté ministériel du 18 février 2013, l'acte de transfert d'embryons, objet, depuis longtemps, d'une rémunération distincte pour le praticien libéral qui l'exécute, ne trouvait toutefois pas, au bénéfice de la structure de soins qui accueillait l'intéressée, de code précis - portant cet intitulé - dans la réglementation française.

Dès lors, soit la Clinique ne demandait pas à être payée, soit, si elle considérait légitime et légal son droit à contrepartie financière pour la mise à disposition de ses locaux, personnels et équipements, valorisait cette prestation d'ensemble en utilisant le seul forfait tarifaire susceptible de s'y rapporter, dénommé « GHS 8285 » et relatif aux « affections de la CMD13 : séjours de moins de 2 jours, sans acte opératoire de la CMD13 » - « CMD13 » ayant trait à l'appareil génital féminin -.

En 2008, la Clinique dont s'agit avait fait ce choix mais s'était vue sanctionnée pour « manquements » au motif que les « conditions de facturation énoncées à l'article 6 1 10° de l'arrêté du 27 février 2007 n'étaient pas remplies ».

Trois ans plus tard, elle écopait d'une peine de plus de 75 000 €.

Ladite Clinique, se sentant injustement condamnée, a donc saisi le Juge administratif qui, pour vices de forme et selon jugement du 4 mars 2014 (TA Bordeaux, n° 1101794), a bien voulu prononcer l'annulation de cette mesure pécuniaire.

Mais l'affaire n'en est pas restée là puisque, dans la foulée, la Ministre de la Santé, intervenant en lieu et place du Directeur général de l'ARS à ce

stade de la procédure, en a immédiatement interjeté appel, arguant notamment que la sanction en cause ne souffrait d'aucun défaut de motivation.

Le 12 janvier 2016, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a probablement estimé qu'il n'était pas utile de se prononcer sur ce dernier point puisque, selon elle et sur le fond, l'activité de transfert d'embryons satisfaisait bien aux trois conditions cumulatives dudit article 6 1 10° de l'arrêté précité, « autorisant la facturation d'un supplément GHS et non d'un simple forfait « sécurité et environnement hospitalier » [...], dispositif qui n'a d'ailleurs été prévu pour les transferts intra-utérins d'embryons qu'en 2013 » (cf. supra).

Elle rejetait en conséquence le recours en appel de la Ministre.

Il aurait ainsi été dommage de ne pas entamer ce procès même si, il est vrai, du côté des juridictions judiciaires, et spécifiquement de la Cour de cassation (cf., par exemple, cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 4 avril 2013, n<sup>os</sup> 12-16593 à 12-16598), compétentes sur le terrain des répétitions d'indus au regard de la facturation de ces mêmes séjours hospitaliers pour transferts d'embryons, une telle issue n'apparaissait pas évidente.

**JQ**

**La CEDH et le droit de disposer d'embryons issus d'une FIV**

*(Cour Européenne des Droits de l'Homme, 27 août 2015, n° 46470/11)*

- Les embryons humains ne sont pas des biens au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme.
- Il n'existe aucun consensus européen sur le don d'embryons à des fins de recherche médicale.
- La Cour de Strasbourg estime que le Gouvernement italien n'a pas excédé l'ample marge d'appréciation dont il jouit en la matière en interdisant la possibilité pour une femme italienne de donner 5 embryons cryoconservés afin que ceux-ci servent à la recherche sur les cellules souches (après le décès de son compagnon), par application de la loi italienne n° 40/2004 du 19 février 2004, l'interdiction litigieuse étant jugée « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'article 8 § 2 de la CEDH.

**ILB**

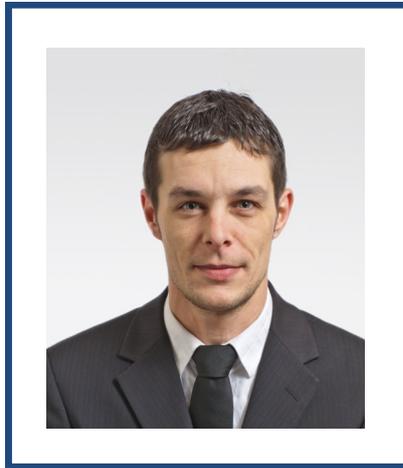
### Transfert d'officine : annulation judiciaire et conséquences

(Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 17 décembre 2015, n° 1301353, 1305055)

Pour la quatrième fois en dix ans (2005, 2009, 2012 et 2015), le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise a eu à se prononcer sur la légalité d'une autorisation d'exploiter une officine de pharmacie dans les locaux d'un centre commercial d'une commune du Val d'Oise et, pour la quatrième fois consécutive, cette juridiction a censuré l'acte administratif y afférent pour des motifs de fond peu ou prou identiques à ceux retenus antérieurement.

Dans cette dernière affaire, si les circonstances n'étaient pas exactement les mêmes que celles dont avait déjà eu à connaître ce Tribunal (cette fois, l'autorisation d'exploitation de l'officine litigieuse avait été accordée à une société d'exercice libéral, et non en nom propre, et en raison d'un transfert géographique, et non d'une création ex nihilo), en revanche, le lieu d'implantation choisi demeurait inchangé, savoir un centre commercial situé en périphérie d'une commune de 30 000 habitants environ.

Par un jugement motivé du 17 décembre 2015, le juge administratif a considéré, au visa des articles L. 5125-3 et -14 du code de la santé publique et des pièces du dossier, que l'autorité de tutelle compétente en l'espèce (le Directeur général de l'Agence Régionale de Santé, et non plus le Préfet) avait commis une « erreur de droit » en tenant compte de la « population qui est amenée à passer dans le centre commercial » alors que celle-ci « ne peut être assimilée à une population résidente », outre « l'intérêt économique de [cette]



zone commerciale » élément qui ne pouvait servir pour apprécier le respect et la conformité du projet de transfert aux dispositions légales précitées.

Ladite autorité a par ailleurs, selon la juridiction, entaché sa décision d'une erreur d'appréciation puisque, en réalité, « le quartier dans lequel se situe le centre commercial [...] compte une faible population résidente, compte tenu de sa vocation essentiellement commerciale et de l'incidence du plan d'exposition au bruit auquel la commune est soumise ».

De surcroît, l'autorisation délivrée ne pouvait l'être légalement en vue de pallier une carence d'approvisionnement en médicaments d'autres quartiers, voire de communes avoisinantes, dès lors que ceux-ci « ne sont pas situés à proximité immédiate de la zone commerciale [...], sont desservis par d'autres officines, moins éloignées », faisant que le transfert sollicité ne permettait pas de « répondre de façon optimale aux besoins de la population de ces quartiers ».

Enfin, le Tribunal administratif

rappelle que « l'aménagement des locaux » et les « services rendus » par une officine de pharmacie constituent des critères illégaux et des moyens « inopérants », ne conduisant, le cas échéant, qu'à une « amélioration relative de la desserte par rapport à la situation d'origine », ce qui ne suffit pas pour satisfaire aux prescriptions du code susvisé.

Les titulaires d'officine s'estimant lésés peuvent bien entendu rechercher la responsabilité de l'Administration dans le cadre d'une procédure indemnitaire, sous réserve que leurs droits soient établis et reconnus.

Mais, de jurisprudence ancienne et manifestement constante, comme l'a jugé le Conseil d'Etat dans un arrêt du 4 mars 1970 (n° 74253), en matière de transfert géographique de pharmacie et en pareille hypothèse, leur confrère déchu, qui n'a « perdu les droits qu'il tenait de sa première licence d'exploitation qu'en exécution de cette décision annulée », conserve « le droit d'obtenir le transfert de son ancienne officine alors même qu'à la date de la nouvelle décision toute activité avait cessé en fait à l'emplacement de cette officine ». Ceci vaut y compris s'il réitère son souhait de s'installer au même emplacement.

Autrement dit, le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise pourrait bien être saisi à nouveau, en particulier une cinquième fois aux mêmes fins si, comme par le passé, l'Administration persiste à violer la règle de droit et méconnaître les décisions de justice.

JQ

### L'expert peut-il avoir tort ?

(Suite de la page 1)

Relire les 38 stratagèmes décrits par **Arthur Schopenhauer dans *L'art d'avoir toujours raison***, en les transposant à l'expertise médicale, illustre d'une manière non pas caricaturale mais caractéristique de moments vécus par bien des patients, des experts et des avocats acteurs directs, volontairement ou pas, des errements qui écartent les parties de l'explication rationnelle pour demeurer sur la pensée unique que chacun des gloseurs veut imposer aux autres protagonistes du débat contradictoire. Quelques exemples - ô combien fréquemment utilisés pendant les expertises médicales - de stratagèmes décrits par le Philosophe qui refusait de suivre « la pente de la connaissance vulgaire » :

- la généralisation des arguments adverses,
- cacher son jeu,
- faux argument,
- postuler ce qui n'a pas été prouvé,
- atteindre le consensus par des questions,
- fâcher l'adversaire,
- poser les questions dans un autre ordre,
- prendre avantage de l'antithèse,
- généraliser ce qui porte sur des cas précis,
- choisir des métaphores favorables,
- faire rejeter l'antithèse,
- clamer victoire malgré la défaite,
- utiliser des arguments absurdes,
- argument *ad hominem*,
- se défendre en coupant les cheveux en quatre,
- interrompre et détourner le débat,
- généraliser plutôt que de débattre de détails,
- répondre à de mauvais arguments par de mauvais arguments,
- forcer l'adversaire à l'exagération,
- tirer de fausses conclusions,
- trouver une exception,
- la colère est une faiblesse,
- convaincre le public et non l'adversaire,

- faire diversion,
- argument d'autorité,
- je ne comprends rien de ce que vous me dites,
- principe de l'association dégradante,
- en théorie oui, en pratique non,
- accentuer la pression,
- les intérêts sont plus forts que la raison,
- déconcerter l'adversaire par des paroles insensées,
- une fausse démonstration signe la défaite.

Au cœur de cette agitation stratégique, l'expertise médicale est un art difficile.

C'est pour cette raison que **les conclusions du rapport ne lient pas le Juge** (article 246 du code de procédure civile) et parfois même le conduisent à une position totalement opposée à celle de l'Expert. Je n'aborde pas ici le cas de l'expert partial, dont la récusation sera demandée et obtenue par la partie y ayant intérêt (sujet déjà traité sur le site du Cabinet en mai 2015 « Médecins experts judiciaires : impartialité et récusation »), mais vise l'expert qu'on rencontre fréquemment en pratique qui, tout en proclamant sa modestie face à un exercice médical très complexe et éloigné d'une science exacte, adopte *ab initio* un comportement manichéen à l'encontre du confrère objet du contrôle de la qualité de ses actes professionnels : c'est bien/c'est mal, c'est un bon/c'est un mauvais, et, partant de cette posture, ce type d'expert va orienter le débat, écarter les éléments de fait qui contredisent la conclusion à laquelle il veut aboutir, va celer les éventuelles publications dans des revues à comité de lecture qui gênent en l'espèce la rigueur du raisonnement scientifique, se perdre dans des affirmations de détails sans incidence directe sur la complication rencontrée et surtout sans lien de causalité entre la faute et le dommage.

Dès lors qu'il n'existe pas un sys-

tème de **contrôle de la qualité du rapport d'expertise** par d'autres experts médicaux, l'évaluation ne peut avoir lieu, avant le jugement, que grâce aux arguments développés par les parties elles-mêmes, et sur ce terrain bien évidemment les plaideurs ne sont pas tous égaux, selon les moyens qu'ils ont pour faire valoir leurs droits : médecin/patient, assisté ou pas d'un expert dans la spécialité, d'un avocat spécialisé, etc. Et encore, ce débat ne peut porter ses fruits que si l'expert a bien voulu présenter son pré-rapport aux parties pour leur permettre de débattre sur les griefs retenus ou écartés. Cet exercice allonge évidemment la durée de la mission, la complique et dès lors l'expert rechigne souvent à s'y plier si la décision le nommant ne l'a pas ordonné. Particulièrement si ses honoraires sont forfaitisés, comme souvent devant les Commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CCI), à un montant qui ne permet pas de « jouer les prolongations ».

**En l'absence de pré-rapport**, c'est

(Suite page 8)

#### 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  
Luiza Gabour  
Vincent Guillot

ISSN 1766-3903

Editions Scrof

Dépôt légal : janvier 2016

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

### L'expert peut-il avoir tort ?

(Suite de la page 7)

directement devant le tribunal que les parties contesteront les conclusions de l'expert, hors son audition le plus souvent au civil, parfois en sa présence s'il est cité devant la juridiction correctionnelle. On perçoit immédiatement la difficulté de convaincre les magistrats que l'homme de l'art qu'ils ont choisi est lui-même défaillant dans la pertinence de son appréciation.

Au pénal, une autre origine d'atteinte aux droits de la défense se multiplie : les parquets saisis de plaintes de patients (pour homicide involontaire, altération de l'état, mise en danger d'autrui, et autres) contre les médecins qui les ont traités, font diligenter des enquêtes préliminaires par les autorités de police ou de gendarmerie et une **expertise sur dossier médical**, sans convocation des parties devant l'expert ou le collège pluridisciplinaire désigné. Les juges d'instruction n'étant pas assez nombreux, l'instruction à charge et à décharge se raréfie en matière de contentieux de la responsabilité des professionnels et établissements de santé. Le médecin critiqué n'ayant aucun moment de dialogue avec les experts, ceux-ci peuvent ignorer certains faits non tracés dans le dossier auquel ils ont accès et ainsi orienter leur rapport d'une manière très critique contre leur confrère, puisqu'ils omettent du raisonnement médical des éléments à décharge du praticien concerné. Mais une fois le rapport, non fondé sur une connaissance exhaustive mais partielle des éléments de fait de l'espèce, déposé, le ou les hospitalo-universitaires signataires des conclusions ont beaucoup de mal à revenir sur ce qu'ils ont écrit, même en présence d'éléments ignorés à décharge.

On rencontre aussi des experts influencés par une **attitude compassionnelle** à l'égard du patient et/ou de sa famille lorsque l'écart est important entre l'état de la personne avant les soins et le résultat de ceux-ci, oubliant que l'expertise n'a pas pour objet de faciliter une indemnisation légitime



dont la partie plaignante a besoin, en l'absence de faute démontrée à l'encontre du praticien poursuivi.

La France a été condamnée par la **Cour Européenne des Droits de l'Homme** lorsqu'une partie à l'instance a pu démontrer que le changement d'opinion de l'expert à l'audience (volte-face dit l'arrêt) a provoqué au détriment d'un plaideur une « situation de net désavantage par rapport à son adversaire », violant ainsi l'égalité des armes – l'un des éléments de la notion plus large du procès équitable - et les droits de la défense prévus à l'article 6 de la Convention des droits de l'homme (CEDH, c/ France, 2 octobre 2001, n° 44069/98). En l'espèce, l'expert avait pendant l'audience présenté des conclusions verbales totalement différentes de celles de son rapport écrit.

De l'avis péremptoire d'un expert manichéen à la volte-face de celui qui n'avait pas sérieusement travaillé son dossier avant de rendre ses conclusions, la variété des critiques possibles à l'encontre des experts ne doit pas faire oublier que la majorité de leurs rapports présentent un exposé complet des faits à l'occasion d'opérations respectueuses du contradictoire et des conclusions conformes aux données acquises de la science.

Les experts sont comme les avocats, les magistrats et les trains de la SNCF : on retient et commente plus souvent ceux qui dysfonctionnent ; pardon à tous les autres qui ne méritent pas les mêmes critiques. D'ail-

leurs, les fautifs poursuivis ne sont pas nombreux, puisque la jurisprudence sur la responsabilité des experts médecins est des plus ténues. A ce point que le débat demeure ouvert sur la juridiction compétente pour juger de la faute professionnelle de l'expert : selon la jurisprudence administrative, l'expert judiciaire relève du statut du collaborateur occasionnel du service public et doit être assimilé à un agent public, qui en tant que tel ne répond pas personnellement de ses fautes qui engagent la seule responsabilité de la personne publique, devant la juridiction administrative (Conseil d'Etat, 26 avril 1971). Pour la Cour de cassation, au contraire, la responsabilité des experts judiciaires relève de l'ordre judiciaire (Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 10 septembre 2015) et doit être appréciée conformément au droit commun des obligations, en l'espèce la responsabilité délictuelle prévue à l'article 1382 du 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* ».

La responsabilité de l'expert peut être engagée même si la juridiction a suivi son avis dans l'ignorance de l'erreur dont son rapport était entaché (Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> civile, 4 avril 1973). La partie qui se plaint de l'expert doit établir la faute de celui-ci, le préjudice subi et un lien de causalité entre les deux. La réparation du préjudice ne tient compte que de la perte de chance subie par la partie à laquelle le rapport fautif a nui en la privant d'obtenir une décision judiciaire plus favorable à ses intérêts.

L'expert est donc un professionnel comme les autres, susceptible de grands moments de lucidité comme capable, coupable, d'incompétence et de négligence, à l'instar du confrère qu'il évalue, de l'avocat qui plaidera l'affaire, plus ou moins bien, du magistrat qui tranchera, comme il pourra. Et *res judicata pro veritate accipitur*, la chose jugée est tenue pour vérité.

ILB