

SOMMAIRE >>>

- Anesthésiste, IADE et assurance	2
- Chirurgie du canal carpien, information sur les risques	2
- Information sur le risque de la nucléorhèse	2
- Complications d'une opération de la cataracte	3
- Chirurgie réfractive au laser	3
- ARH : pas d'autorisation si société non enregistrée	3
- Travaux, clinique et architecte	3
- Chirurgie esthétique, décès, responsabilité	4
- Valeur des parts de SCP	4
- Décès d'un associé et successeur	4
- Inscription du remplaçant	4
- Radiologue en liquidation judiciaire	5
- Fiscalité des indemnités	5
- Remplaçant et taxe professionnelle	5
- Fiscalité des cessions de parts	5
- Abus sexuels sur deux patientes	6
- Licenciement d'un pharmacien de PUI	6
- Nom de l'épouse médecin après divorce	6
- Forfait sécurité dermato	6
- Trouble de voisinage par les patients	7
- Baux commerciaux	7
- Autorisation de site distinct	8
- Motivation des décisions du CNOM	8
- Procès trop long : dommages-intérêts	8
- Dépassement de capacité et sanctions	8
- Secteur privé à l'hôpital public	9
- Répétition d'indus : qui rembourse quoi ?	9
- Médecine chinoise et exercice illégal ?	10
- Monopole des masseurs-kinésithérapeutes	10
- Collaborateurs des masseurs-kinésithérapeutes	10
- Accès des handicapés aux cabinets de consultation	11
- Infections nosocomiales (trois jurisprudences)	11
- ARH/ARS : obtenir la copie de dossiers concurrents, c'est facile...	11
- Dermatologue et I.N.	12
- Expertise et récusation	12
- Licenciement d'aide soignant	12
- Licenciement de sage-femme	12

Juin 2009

EDITO >>>

Deux bonnes évolutions peuvent en cacher une mauvaise :

Notre gestion quotidienne des problèmes rencontrés dans les entreprises intervenant dans le secteur de la santé nous conduit à constater deux bonnes évolutions et en regretter une troisième. En période de crise, commençons par ce qui nous apparaît positif :

Les contrats de collaboration : libéral ou salarié, le collaborateur œuvrant pour le compte d'une société d'exercice (SEL ou SCP) ou au profit d'un ou plusieurs confrères se révèle, en 2009, pas seulement en radiologie et en biologie, une alternative à l'association souvent opportune, pour les deux parties. Les contrats types publiés par le CNOM constituent des instruments utiles, qui peuvent être adaptés aux situations particulières. L'évolution technique et scientifique, économique, réglementaire rendait indispensable cette faculté de se faire aider et de collaborer. Elle existait depuis longtemps dans les autres professions libérales. Si le contrat signé correspond bien à la volonté des partenaires (attention aux clauses de durée, de résiliation et de réinstallation, qui s'avèrent parfois plus importantes que celle relative à la rémunération...), une telle convention peut régler bien des problèmes locaux.

L'évolution du droit de la publicité : toujours prohibée par l'article R. 4127-19 du CSP (« Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité »), la publicité des médecins sera possible dans quelques mois, en France comme dans les autres pays de l'U.E., puisqu'elle est autorisée par l'article 24 de la directive 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur pour les professions réglementées, sous réserve que leurs communications commerciales « respectent les règles professionnelles qui visent notamment l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession ainsi que le secret professionnel, en fonction de la spécificité de chaque profession », ces règles professionnelles devant être « non discriminatoires, justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnées ». Un texte que l'Etat français doit mettre en vigueur avant le 28 décembre 2009 au plus tard... Pour les 50 000 avocats c'est le cas depuis plusieurs années, et pourtant nos communications publicitaires sont demeurées parfaitement déontologiques, preuve que les médecins pourront facilement en faire autant.

Last but not least : **le malaise des associés de sociétés d'exercice médical** qui ne trouvent pas de successeur à la reprise de leurs parts de SCP ou de SELARL, le plus souvent hors villes universitaires, et qui se retirent en exigeant de ceux qui restent le rachat de leurs parts dont l'évaluation, à dire d'experts comptables aux pratiques plus ou moins homogènes constate-t-on en moyenne nationale, ne fait rarement que des heureux, dès lors que les différentes méthodes (arithmétique, de rendement, ...) ne tiennent pas suffisamment compte de la réalité de l'offre et de la demande locales. Dans certains cabinets, on a ainsi déjà supporté, en quelques années, le départ – et donc le rachat des parts – de deux ou trois associés qui n'avaient trouvé personne pour leur succéder à titre onéreux. L'effort facilement réalisé en faveur d'un médecin âgé, qui part à la retraite en laissant à ses associés le souvenir de nombreuses années de bonnes relations confraternelles, est beaucoup plus désagréable quand la demande émane d'un plus jeune entré à bas prix peu de temps auparavant et dont les méthodes comptables d'évaluation de ses parts font grimper le prix du départ à des hauteurs qu'il est impossible de payer sans s'endetter et qu'on regarde partir sans la moindre espérance de les revendre à court ou long terme, certains ayant, grâce à la rédaction des statuts, en outre le droit de se réinstaller en concurrence directe ! Un risque à analyser avant de s'associer...

Isabelle Lucas-Baloup

Assurance de RCP : la compagnie est tenue à garantir la faute de l'IADE intervenu sous la surveillance du médecin anesthésiste-réanimateur*(Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., 30 octobre 2008, n° 07-17.009)*

L'augmentation des procès en responsabilité civile professionnelle des médecins incite les compagnies d'assurance à invoquer de plus en plus fréquemment des circonstances d'exclusion. C'est AXA en l'espèce qui refusait sa garantie à un anesthésiste-réanimateur en soutenant qu'il avait « laissé l'infirmier pratiquer seul l'anesthésie », ce qui avait convaincu la Cour d'Aix en Provence. Les Hauts magistrats casse cet arrêt en jugeant : « En statuant ainsi, après avoir relevé que la police responsabilité civile professionnelle de [l'anesthésiste] le garantissait également en sa qualité de commettant du fait de son préposé et constaté que [l'anesthésiste] avait personnellement commis des fautes tant à l'égard de sa patiente en ne lui délivrant pas une information complète sur les conséquences d'une rachianesthésie

qu'en laissant l'infirmier pratiquer seul l'anesthésie, quand l'acte médical reproché n'a pas été exécuté par une personne non habilitée en l'occurrence un infirmier anesthésiste mais par une personne habilitée, seulement sous la surveillance du médecin, lequel a ainsi commis la faute qui lui est reprochée, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Plus qu'hier, les médecins et établissements de santé doivent analyser très soigneusement le texte des conditions générales et particulières établies par les assureurs et surtout réfléchir suffisamment au moment de remplir les questionnaires sur les pratiques et activités. De nombreux éléments sont susceptibles de constituer des causes de refus de garantie.

ILB

Chirurgie du canal carpien : absence d'information sanctionnée sur les risques de la chirurgie sous endoscopie*(Cour adm. d'appel de Bordeaux, 1^{er} juillet 2008, n° 07BX00334, CH de Dax)*

Opérée dans le service de chirurgie orthopédique d'un centre hospitalier, sous endoscopie, pour un syndrome du canal carpien de sa main droite, la plaignante est victime d'une lésion de quatre fascicules du nerf médian droit, dont deux ont été sectionnés. Il en est résulté une perte de sensibilité de quatre doigts, compliquée d'un syndrome algo-dystrophique affectant le poignet.

L'expert nommé n'a pas relevé de faute du chirurgien, qui a manipulé les instruments utilisés conformément aux règles de l'art. En revanche, la responsabilité de l'hôpital est retenue en raison de son absence de preuve d'avoir informé la malade sur le risque encouru,

ru, dans les termes suivants : « Considérant que Mme X soutient que si elle avait été correctement informée des risques présentés par la technique endoscopique, elle aurait choisi l'autre technique opératoire, dite à ciel ouvert ; qu'il résulte de l'instruction, et notamment d'une étude de l'ANAES [aujourd'hui la HAS] sur la comparaison de ces deux techniques chirurgicales, que si celles-ci présentent globalement la même efficacité et la même sécurité d'utilisation, la chirurgie sous endoscopie présente un risque spécifique de section du nerf médian ; que ce risque, en l'absence d'urgence rendant impossible l'information préalable,

devait être porté à la connaissance de la patiente ; que l'hôpital n'ayant pas établi avoir informé Mme X, ce manquement est de nature à engager sa responsabilité. »

La faute commise a entraîné une perte de chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé et la réparation du dommage résultant de cette perte de chance est fixée à 50% (IPP 35% = 45 000 €, soit 22 500 € à Mme X, souffrances physiques de 3 sur une échelle de 7 = 5 000 € : 2, préjudice esthétique de 2 sur 7 = 2 500 € : 2 ; préjudice d'agrément de 10 000 € : 2).

ILB

Dégénérescence discale lombaire : absence d'information non sanctionnée sur les risques de la nucléorhèse à l'Hexatrione*(Cour de cassation, 11 décembre 2008, n° 08-10.255, Hôpital Européen de Paris La Roseraie)*

Souffrant d'une discarthrose et de calcifications épidermales imputées aux injections d'Hexatrione prescrites par un rhumatologue et pratiquées en 1987 par un radiologue, le patient agit en recherche de leur responsabilité et est débouté au terme de l'argumentation ci-après :

« Attendu qu'ayant retenu que le rhumatologue et le radiologue ne s'étaient pas livrés à une recherche hasardeuse ou à une expérimentation isolée, mais qu'ils avaient appliqué un traitement innovant, pratiqué dans les milieux

hospitaliers, et dont les effets indésirables n'étaient pas encore connus, qu'en outre le recours à la nucléorhèse avait été décidé comme traitement alternatif, compte tenu de l'absence de traitement chirurgical indiqué et de l'échec du traitement médical classique déjà suivi, la cour d'appel a pu en déduire que ce choix de prescription, eu égard au contexte des connaissances acquises de l'époque, ne constituait pas une faute ; (...) il n'est pas démontré que, mieux informé, le patient aurait refusé la technique proposée, sachant qu'une inter-

vention chirurgicale n'était pas indiquée, que les souffrances étaient grandes et déjà anciennes, et que la technique proposée était alors sans risque connu et réputée apporter fréquemment un soulagement réel, la cour d'appel en a souverainement déduit que l'absence d'information n'avait causé au patient aucune perte de chance. »

L'information des médecins sur la jurisprudence sanctionnant l'absence d'information sur les risques devient très risquée pour le juriste spécialisé en droit de la santé... ILB

Opération de la cataracte sous AG : intubation buccale à l'origine de la perte de 10 dents supérieures, anesthésiste pas fautif

(Cour d'appel de Rennes, 7^{ème} ch., 1^{er} avril 2009, JurisData 2009-376931)

L'anesthésiste n'avait pas informé le patient du risque de lésions dentaires lié à l'anesthésie générale avec intubation buccale, indiquée en raison de l'état cardiovasculaire fragile avec HTA, insuffisance cardiaque compensée et arythmie traitée par AVK, la prise d'anticoagulants prohibant une anesthésie loco-régionale. La Cour de Rennes juge que le malade n'établit pas son préjudice, la nécessité de changer de bridge étant antérieure à l'intervention chirurgicale et compte tenu de l'état de morbidité majeure de la dentition du patient.

ILB

Chirurgie réfractive au laser : responsabilité pour faute du chirurgien

(Cour d'appel de Rennes, 7^{ème} ch., 22 avril 2009, JurisData n° 2009-376928)

A l'occasion d'une chirurgie réfractive au laser destinée à corriger la myopie d'un patient, le chirurgien ophtalmologiste a interrompu son intervention arguant d'une défaillance de la lame de coupe. La preuve de ce dysfonctionnement du matériel n'est pas rapportée dès lors d'une part que le signalement de matériovigilance n'a pas été produit, d'autre part que le médecin n'a pas cru utile d'informer le fournisseur du matériel du dysfonctionnement de la lame de coupe compte



Isabelle Lucas-Baloup
Avocat à la Cour de Paris

tenu des risques encourus par les autres malades et qu'enfin la feuille d'intervention ne fait aucunement mention d'un incident dû à la lame.

Dans ces conditions, l'arrêt considère que la blessure à l'œil subie par la victime ne peut avoir pour origine qu'une erreur de manipulation ou un défaut de précision du geste médical. Le patient est déclaré bien fondé en sa demande en responsabilité pour faute du chirurgien.

ILB

ARH : pas d'autorisation d'activités pour les sociétés non enregistrées au registre du commerce

En application de l'article L. 6122-3 du CSP issu de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003, article 8.III : « L'autorisation ne peut être accordée qu'à : (...) 3° une personne morale dont l'objet porte, notamment, sur l'exploitation d'un établissement de santé, d'une activité de soins ou d'un équipement matériel lourd mentionnés à l'article L. 6122-1 ou la pratique des activités propres aux laboratoires [...] ».

Cette disposition vise, par définition, une entité juridique née de la volonté d'une seule ou de plusieurs personnes de constituer un groupement qui possède des attributs de la personnalité juridique distincts de ceux qui la composent. Mais, pour les acquérir, un certain nombre de formalités doit être accompli par ces dernières à son profit.

En l'espèce, lorsque le pétitionnaire à une autorisation se présente comme étant une société, celui-ci ne pourra être considéré comme telle par l'Administration que dans le respect des conditions inscrites à l'article 1842 du code civil : « Les sociétés autres que celles en participation jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ».

Il s'agit là d'une formalité légale substantielle ; avoir signé les statuts ne suffit pas.

A défaut de justifier de cette formalité au jour où la commission exécutive d'une agence régionale d'hospitalisation statue sur une demande d'autorisation prévue à l'article L. 6122-1 du CSP, celle-ci est irrecevable et doit être rejetée.

Le juge administratif, appelé à contrôler ces décisions, se réfère aussi à l'enregistrement ou non des statuts auprès des services fiscaux (préalable obligatoire au dépôt de la demande d'enregistrement au RCS réalisé dans le mois qui suit leur signature et qui, en application de l'article 1328 du code civil, leur donne date certaine et les rend opposables aux tiers) pour apprécier l'existence et la nature juridiques du pétitionnaire.

Par cet arrêt du 13 octobre 2008, la 4^{ème} sous-section du Conseil d'Etat a annulé l'autorisation délivrée à une société « en cours de constitution » dès lors que celle-ci n'avait pas justifié que les statuts avaient été signés et enregistrés auprès des services fiscaux à la date à laquelle une commission avait statué sur la demande d'autorisation. JQ

Travaux, clinique et architecte : être précis pour éviter les contentieux

(Cour de cassation, 3^{ème} ch. civ., 24 mars 2009, n° 08-12.259)

Les contrats doivent mentionner s'ils sont conclus pour une mission complète de maîtrise d'œuvre pour la réalisation d'un immeuble à usage de clinique médico-chirurgicale, ou pour certaines étapes seulement du projet. En l'espèce, l'architecte n'ayant pas donné entière satisfaction à la Clinique pendant la première phase de ses interventions, le maître de l'ouvrage a lancé un concours restreint et écarté le premier architecte, en lui réglant environ 200 000 € pour ses prestations.

Bilan : trois degrés de juridiction et huit ans de procédure pour éviter d'indemniser plus l'architecte en raison de son éviction.

ILB

Chirurgie esthétique : décès du patient après hémorragie interne non diagnostiquée, non traitée

(Cour d'appel de Paris, 14^{ème} ch., 24 octobre 2008, Clinique du Rond Point des Champs Elysées, JurisData n° 2008-371998)

L'arrêt énonce qu'après une lipoaspiration du ventre, le diagnostic d'hémorragie interne n'est pas posé à temps. Le décès est la conséquence directe d'un arrêt cardio-respiratoire secondaire aux effets d'une spoliation sanguine provoquée par un saignement chirurgical, conséquence de la lipoaspiration. Le geste chirurgical est à l'origine de la

constitution progressive d'un volumineux hématome de la paroi abdominale. La recherche d'un saignement au niveau abdominal n'a pas été effectuée, pas plus qu'un bilan biologique avec dosage d'hémoglobine. L'anesthésiste a quitté la clinique vers 19 H sans avoir fait pratiquer ces examens et sans avoir recueilli l'avis d'un chirurgien. Le pa-

tient est décédé dans la nuit (à 2 H).

La responsabilité de la clinique est engagée pour moitié, le personnel infirmier, entre 22 H et 3 H du matin n'ayant alerté ni le chirurgien ayant effectué l'intervention ni tout autre chirurgien ni même l'anesthésiste qui ne le fut qu'à 4 H, trop tard.

ILB

Valeur des parts de SCP : en cas de refus de l'offre par le retrayant, la Cour de cassation impose l'évaluation par le juge après expertise

(Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ. 30 octobre 2008, n° 07-19.459)

Un radiologue membre d'une société civile professionnelle est malade pendant plus de huit mois, ce qui permet, d'après les statuts, à ses associés de le mettre en demeure de céder ses parts ou de se retirer de la SCP. Une offre de rachat lui est notifiée, laquelle est refusée. L'associé assigne alors la SCP en rachat de ses parts et subsidiairement en paiement d'une provision à valoir sur le prix. La Cour d'appel de Nîmes avait entériné l'évaluation faite par une précédente assemblée générale des associés fixant, comme il est prévu aux statuts, la valeur unitaire des parts.

La Cour de cassation annule cette décision et juge « qu'en cas de refus, par le retrayant, du prix proposé pour la cession ou le rachat de ses parts, la valeur au jour du retrait en est fixée par le juge après expertise selon la procédure particulière et impérative prévue à cet effet » par l'article 1843-4 du code civil.

Cette position est regrettable pour ses effets en pratique : très souvent les experts nommés ne sont pas rompus à l'évaluation des cabinets médicaux, qui doit tenir compte d'éléments propres à la spécialité, à la concurrence locale, à la réputation du cabinet, aux conventions qu'il a passées avec divers autres acteurs, à la démographie médicale au moment de la cession etc. Si bien que la valeur déterminée par expertise s'éloigne souvent de la valeur vénale, c'est-à-dire celle qu'un candidat à la succession est réellement prêt à payer.

On sait, contrairement aux juges parfois, que beaucoup de patientèles ne trouvent pas de repreneurs à titre onéreux. Est-il légitime et équitable de faire payer aux associés restants des prix excessifs, alors qu'ils ne trouveront pas plus de candidat pour le retrayant que pour eux-mêmes ultérieurement ? Dans certains cas, certains cabinets, certains statuts... il faut mieux être le premier que le dernier à quitter la SCP ! Conclusion : on ne doit y entrer que prudemment.

ILB

Dissolution de l'association entre deux médecins en raison du décès de l'un d'eux : le médecin restant n'est pas tenu d'indemniser les héritiers qui n'ont présenté aucun successeur

(Cour d'appel de Caen, ch. 1, 17 juin 2008, n° 06.1356)

Là encore, il est recommandé de lire avant de signer les « contrats-types » d'association entre médecins de même discipline. Un article prévoyait que le contrat était résolu en cas de décès d'un associé, en cas d'obstacle définitif à la continuation de son activité professionnelle (radiation, retraite, incapacité

permanente), en cas de suspension etc. et laissait le choix au médecin restant : soit d'acheter à l'empêché ou à ses héritiers sa part de clientèle en payant un quart des revenus mis en commun de l'année précédente, soit d'accepter un nouvel associé présenté par le médecin ou par ses héritiers, le médecin

restant ne pouvant pas refuser plus de deux candidats.

Aucun candidat n'a été présenté par les héritiers du médecin décédé, qui cependant réclamaient une indemnité.

La Cour de Caen les en déboute, en appliquant strictement le contrat.

ILB

Le médecin remplaçant ne doit pas être obligatoirement inscrit au tableau de l'ordre du département d'exercice

(Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins, 1^{er} avril 2008, n° 9807)

Un ophtalmologue inscrit dans les Alpes-Maritimes répond à une annonce sur internet pour un remplacement régulier en Seine Saint-Denis, où il exerce pendant six mois comme remplaçant puis finit par s'y installer. Il sollicite alors son inscription dans le département de la Seine Saint-Denis où le conseil départemental le poursuit devant la chambre disciplinaire de première instance d'Ile de France qui le condamne à 18 mois d'interdiction, pour « avoir exercé sans autorisation ». La chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins censure la décision des premiers juges ordinaires en retenant : « que, si le Dr X, inscrit dans le départ-

tement des Alpes-Maritimes, a exercé de janvier à juillet 2005 dans le département de la Seine Saint-Denis, c'est en qualité de remplaçant qui n'exigeait pas une inscription dans le département d'exercice ; qu'il a sollicité, avant d'exercer en qualité d'associé, son inscription au conseil départemental de la Seine Saint-Denis le 9 juin 2005 ainsi qu'en atteste le président dudit conseil et a été autorisé à exercer avant qu'il ait statué sur sa demande ; qu'ainsi, il ne peut être fait grief au Dr X d'avoir exercé sans autorisation. » et la décision de suspension pendant 18 mois est purement et simplement annulée.

ILB

Radiologue en liquidation judiciaire*(Cour d'appel de Besançon, 2^{ème} ch., 29 avril 2009)*

Les procédures collectives frappent de plus en plus de professionnels libéraux.

Un radiologue du Jura ne pouvait faire face immédiatement à l'ensemble de ses dettes fiscales et sociales et l'Urssaf a demandé la conversion du redressement judiciaire en liquidation judiciaire dès lors que « pour apurer le

passif il fallait un règlement annuel correspondant aux bénéficiaires dégagés avant impôt sur le revenu et prélèvements personnels » et qu'un plan de continuation aurait été trop long compte tenu de l'âge de 62 ans du médecin.

La proposition de son épouse de vendre deux appartements lui appartenant

en propre a également été jugée insuffisante « à combler le passif résiduel ».

Voilà pourquoi d'autres professionnels moins scrupuleux créent des sociétés d'exercice (SEL ou SCP) pour s'en retirer prématurément et ainsi faire supporter le passif par leurs associés tenus de leur rembourser la valeur de leurs parts... ILB

L'indemnité compensatrice de la violation d'une interdiction de se réinstaller n'est pas déductible de ses revenus par le médecin qui la paie à son ancien associé*(Cour adm. d'appel de Bordeaux, 4^{ème} ch., 19 juin 2008, n° 06BX01693)*

Un radiologue avait été condamné judiciairement à payer à son ancien associé des dommages-intérêts sanctionnant sa réinstallation dans la même ville alors qu'une clause du contrat d'exercice conjoint lui interdisait de se rétablir dans un rayon de 15 km pendant 5 ans. Une fois l'indemnité payée, le radiologue en avait déduit le montant de ses recettes pour le calcul de l'impôt sur le revenu et fut redressé par l'administration fiscale. L'arrêt confirme le bien fondé de la réintégration.

ILB

L'indemnité de rachat par une clinique des contrats d'exclusivité consentis aux chirurgiens est déductible de l'assiette de calcul de l'IS*(Cour adm. d'appel de Douai, 2^{ème} ch., 1^{er} juillet 2008, n° 07DA00943, Clinique Anne d'Artois)*

Une clinique avait consenti un contrat d'exclusivité à une SCP de médecins, qui accepte d'y renoncer moyennant paiement, en 1999, d'une indemnité forfaitaire de 1 500 000 F. La clinique est ultérieurement contrôlée par l'administration fiscale qui refuse la déduction de cette somme de l'assiette de calcul de l'impôt sur les sociétés.

L'arrêt écarte la position du Fisc et énonce : « Il résulte de l'examen des contrats que les clauses de préférence en litige avaient pour objet, au sein des

seuls locaux de la clinique, de permettre à celle-ci de disposer de praticiens en permanence, ces derniers s'y trouvant, en contrepartie, préservés d'une concurrence de confrères exerçant la même spécialité ; que si, en mettant fin aux droits de priorité qu'elle avait précédemment accordés à ces médecins, la clinique avait désormais la liberté de faire appel à d'autres praticiens et pouvait, par là même, optimiser le taux d'occupation de ses lits et l'exploitation de ses matériels, les nouvelles possibilités que lui ouvrait en matière

de gestion de ses installations le rachat de ces droits n'étaient pas par elles-mêmes constitutives, contrairement à ce que soutient l'administration, d'une source supplémentaire et régulière de profits dotés d'une pérennité suffisante et présentant un caractère cessible, ni même n'avaient pour effet d'accroître la valeur de son actif incorporel ; que, par suite, l'administration n'était pas fondée à refuser la déduction en charges de la somme payée. »

ILB

Taxe professionnelle et domicile du médecin remplaçant*(Cour adm. d'appel de Paris, 25 septembre 2008, n° 08PA00945)*

La taxe professionnelle est établie dans chaque commune où le contribuable dispose de locaux, en raison de la valeur locative des biens et des salaires versés au personnel. Toutefois la taxe professionnelle due à raison des activités de remplacement exercées par un médecin est établie au lieu du principal

établissement mentionné par l'intéressé dans sa déclaration de BNC.

Une anesthésiste habitait le 8^{ème} arrondissement de Paris et remplaçait à titre libéral à Trappes (Yvelines), en zone franche urbaine.

L'arrêt applique l'article 1447 du code général des impôts et impose l'a-

nesthésiste à la taxe professionnelle à Paris, nonobstant la circonstance que son activité était principalement exercée à Trappes, dès lors qu'elle a mentionné l'adresse de son domicile parisien comme étant celui de son exercice professionnel dans sa déclaration de revenus. ILB

Plus-values de cessions de parts de SCM, de SCP ou de SEL : contribution additionnelle

Le revenu de solidarité active (RSA) qui remplace le RMI, depuis le 1^{er} juin 2009, est financé par une contribution de 1,1% additionnelle au prélèvement social de 2% sur l'ensemble des revenus du capital, notamment sur les plus-values de cession de titres et sur les plus-values professionnelles à long terme réalisées en 2008 et au cours des années suivantes, telles que cessions de parts de SCP, de SEL et de SCM. C'est un taux désormais de 12,1% et non plus de 11% qui s'applique.

ILB

2 mois de prison avec sursis et 2 ans d'interdiction professionnelle pour un dermatologue qui abuse sexuellement de sa patiente*(Cour de cassation, ch. crim., 18 juin 2008, n° 07-82.912)*

C'est toujours la même chose : il faut mieux réfléchir avant d'agir ! La chambre criminelle rejette le pourvoi du dermatologue en motivant ainsi sa décision : « Pour condamner Jacques X, médecin, pour agression sexuelle sur personne vulnérable en abusant de son autorité, les juges du second degré, pour caractériser la surprise, relèvent que la patiente qui consultait un dermatologue pour une chute de cheveux n'a pu qu'être déstabilisée par une question

aussi inattendue qu'incongrue sur son activité sexuelle, immédiatement suivie d'attouchements dont le prévenu a brutalement pris l'initiative avant d'ouvrir son pantalon et de sortir son sexe en érection pour le placer devant la bouche de la jeune femme et l'amener à lui pratiquer une fellation puis la conduire dans la salle d'examen aux fins de parvenir à une relation sexuelle ; que les juges ajoutent que la fragilité psychologique de la victime dont Jacques X

avait une juste connaissance ne lui permettait pas de se méprendre sur son apparente soumission et que lui-même le lendemain a adressé des messages téléphoniques à sa victime s'excusant auprès d'elle et admettant « avoir pété les plombs » ; qu'en se déterminant ainsi la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, justifié sa décision. »

ILB

18 mois de prison avec sursis avec mise à l'épreuve pendant 3 ans pour un anesthésiste coupable d'attouchements de nature sexuelle*(Cour d'appel de Paris, 20^{ème} ch. corr., 1^{er} juillet 2008)*

« Attendu que les atteintes sexuelles consistant en des caresses sur les seins et le dos ont été commises par surprise », mentionne l'arrêt, à l'occasion d'une auscultation que l'expert nommé décrit comme une « investigation médicale simple que le prévenu, médecin chevronné, maîtrisait nécessairement, quelle que soit sa compassion envers un malade » ; Bien que n'ayant jamais été condamné, la Cour considère que les faits reprochés sont graves et perpétrés sur une malade que le prévenu avait, en sa qualité de médecin, la mission à tout le moins de protéger et dont il connaissait l'histoire particulièrement difficile ; « qu'une peine sévère s'impose (...) ; que Daniel B. sera condamné à une peine de 18 mois d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve pendant 3 ans » avec diverses obligations notamment d'examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation, et de réparer les dommages causés par l'infraction.

ILB

Licenciement pour cause réelle et sérieuse d'un pharmacien-gérant de PUI*(Cour de cassation, ch. sociale, 29 octobre 2008, n° 06-46.327, Groupement CMC)*

Un groupe de deux cliniques licencie son pharmacien coordinateur, après un avertissement pour attitude désinvolte. Ce dernier conteste les divers dysfonctionnements de la pharmacie à usage intérieur qui lui sont imputés, notamment relatifs à la sécurisation du circuit des médicaments et dispositifs médicaux relevés dans le rapport d'un phar-

macien inspecteur. La chambre sociale de la Cour de cassation rejette son pourvoi et juge : « Attendu que la cour d'appel d'Angers, qui a retenu, par motifs propres et adoptés et sans encourir les griefs du moyen, que le salarié n'avait pas porté remède plusieurs mois après un premier constat aux lacunes constatées sur des points impor-

tants relevant de sa mission et sa responsabilité de pharmacien hospitalier, a pu décider que ces faits, en raison de leurs incidences possibles sur la sécurité des patients et la gestion de l'établissement hospitalier, constituaient des fautes justifiant un licenciement disciplinaire. »

ILB

Divorce et conservation par l'épouse médecin du nom de son mari*(Cour d'appel de Paris, 24^{ème} ch., 18 juin 2008, n° 07/17271)*

Une femme médecin gastro-entérologue dans un centre hospitalier n'y était connue que sous le seul nom de son mari. Elle est autorisée à continuer à porter ce nom qu'elle utilise depuis 24 ans, dès lors que, bien qu'elle ne dispose pas de clientèle privée, un changement de nom risquerait d'entraîner des complications notamment auprès de ses patients

atteints de maladies chroniques.

La Cour précise qu'il n'y a pas, par ailleurs, à conditionner l'usage de ce nom à l'absence de remariage ou de concubinage puisque ni l'un ni l'autre n'auront en soi d'incidence sur l'exercice par la femme de sa profession.

ILB

Forfait sécurité dermatologie (FSD) = 35 € : une référence pour la « redevance pour actes externes »

Le FSD créé par la CCAM version 16, entrée en vigueur le 28 mai 2009, pourra servir d'élément de comparaison pour le calcul de la redevance pour « actes externes » dont la détermination oppose en ce moment de nombreux établissements aux opérateurs.

ILB

Les méfaits des patients d'un médecin dans l'immeuble bourgeois dont il est locataire n'engagent pas sa responsabilité personnelle :

(Cour de cassation, 3^{ème} ch. civ., 19 novembre 2008, n° 07-15.508)

Tempête dans une copropriété : les patients du médecin du rez-de-chaussée causent des troubles, empêchent la jouissance paisible de l'immeuble bourgeois, affectent l'hygiène des parties communes, jettent leurs seringues, urinent et défèquent, il eût fallu Georges Brassens pour rédiger l'arrêt, qui en termes adaptés vole néanmoins au secours du praticien poursuivi par l'Académie des inscriptions et belles lettres, propriétaire des murs du cabinet litigieux : « Attendu que le fait que l'Académie reprochait au docteur T. d'exercer son activité auprès d'une clientèle « qu'il ne devrait pas recevoir dans un immeuble bourgeois » ne s'appuyait sur aucun comportement fautif du preneur au titre de l'accueil des patients fréquentant le cabinet ; Que l'autorisation donnée par le bail à ce praticien d'exercer sa profession de médecin dans les lieux loués impliquait le droit pour l'intéressé d'accueillir tous patients, lesquels ne constituent pas des personnes de la maison au sens de l'article 1735 du code civil ; Que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, en a exactement déduit que le médecin ne pouvait être personnellement tenu pour responsable du comportement de certains des patients dans les parties communes de l'immeuble. »

Il n'y a donc pas lieu à résiliation du bail, d'autant que le praticien fit poser un interphone pour filtrer les entrées dans l'immeuble.

ILB

Le statut des baux commerciaux applicable aux professions libérales :

Il existe deux régimes juridiques principaux de baux des locaux pour l'exercice d'une activité : un « statut » a minima, applicable aux professionnels et résultant de l'article 57A de la loi du 23 décembre 1986 modifiée le 6 juillet 1989 : le bail dit « professionnel » est d'une durée de six ans, reconductible tacitement à son terme sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties six mois à l'avance, avec faculté, pour le locataire seulement, de quitter les lieux à tout moment moyennant le respect d'un délai de préavis de six mois. Le bailleur peut reprendre ses locaux à l'expiration du contrat, sans avoir rien à verser au locataire.

Un régime beaucoup plus protecteur pour l'exploitation essentiellement commerciale, codifié aux articles L. 145-1 et suivants du code de commerce, prévoyant la conclusion d'un contrat pour une durée minimum de neuf ans, la faculté, pour le preneur seulement, de donner congé à chaque période triennale, un véritable droit au renouvellement puisque son refus s'accompagne du versement, au profit du locataire, d'une indemnité d'éviction qui peut être extrêmement dissuasive. Ce statut encadre les conditions de révision du montant du loyer, de l'offre de renouvellement faite par le propriétaire au locataire au terme du contrat, et comporte des dispositions organisant les rapports entre bailleur et preneur strictes, que les juges veillent à faire respecter.

Ces deux régimes sont, totalement ou partiellement, d'ordre public, ce qui

implique que les parties ne peuvent s'en écarter, l'article 6 du code civil stipulant « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».



Bertrand Vorms
Avocat à la Cour de Paris

La jurisprudence avait, de manière un peu hésitante et parfois désordonnée, accepté que, de gré à gré, un propriétaire et un professionnel libéral puisse convenir d'un bail commercial (inapplicable en principe), essentiellement en considérant que ce régime étant plus protecteur des intérêts du locataire, il existait une utilité sociale à l'en faire bénéficier.

C'est ce qui explique également que celles des dispositions du statut des baux commerciaux moins favorables au locataire ne lui étaient pas opposables. Le preneur pouvait ainsi continuer à donner congé à tout moment, sous réserve de respecter un délai de préavis de six mois sans attendre l'échéance triennale, comme s'il était titulaire d'un bail professionnel. Cette situation n'était pas parfaitement satisfaisante et faisait craindre une forme de

« démantèlement » jurisprudentiel protéiforme du statut des baux commerciaux, lorsqu'ils étaient appliqués aux professionnels libéraux, préjudiciable à la sécurité juridique des contrats.

L'article 43 de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 est venu mettre fin à certaines incertitudes : aujourd'hui, tant l'article 57A de la loi du 23 décembre 1986 précité, que l'article L. 145-2 du code de commerce relatif au champ d'application des baux commerciaux, permettent à un propriétaire et à un professionnel libéral d'adopter, de gré à gré, le statut des baux commerciaux, sous réserve d'une mention expresse dans le contrat. L'apport de la loi réside dans le fait que c'est alors l'intégralité du statut des baux commerciaux qui s'applique, celui des baux professionnels disparaissant.

Il n'est pas certain, néanmoins, que cette avancée dans la protection de la stabilité géographique des professions libérales trouve un écho significatif auprès des propriétaires, tant le régime des baux commerciaux est, par bien des aspects, dissuasif.

L'importance qu'il occupe dans le paysage juridique résulte uniquement du fait que, pour les commerçants, il s'impose de plein droit, sans faculté, pour les propriétaires, d'y échapper (sauf exception limitative).

Il est à craindre que, s'ils ont le choix entre le régime succinct de l'article 57A précité et les contraintes du bail commercial, les bailleurs se satisfassent du premier.

BV

Le Conseil d'Etat annule une décision du CNOM en matière d'autorisation de site distinct*(Conseil d'Etat, sous-section n° 4, 9 juin 2008, n° 299843, CDOM de l'Hérault)*

Le contentieux portant sur les autorisations et/ou refus de sites d'exercice distincts de la résidence professionnelle habituelle des médecins augmente.

Un orthopédiste de Béziers avait demandé l'autorisation d'exercer deux demi-journées par semaine, en alternance avec un confrère, sur un site distinct de sa résidence professionnelle, situé à Agde, commune sur laquelle un seul orthopédiste était installé précise l'arrêt, et dans laquelle la densité de

médecins exerçant cette spécialité était sensiblement inférieure à celle constatée au niveau national. Enfin, une partie de la clientèle à mobilité réduite était obligée de se rendre à Béziers, à 25 kilomètres.

Le Conseil d'Etat en déduit, contrairement au Conseil national de l'Ordre des médecins qui est déclaré avoir fait une inexacte application du droit, que, dans ces conditions, eu égard aux caractéristiques de la discipline en cause,

l'offre de soins dans ce domaine doit être regardée, au sens des dispositions de l'article R. 4127-85 du code de la santé publique, comme présentant une insuffisance au regard des besoins de la population et de la nécessité de la permanence des soins.

L'Ordre doit payer 3000 euros à l'orthopédiste de Béziers qui peut donc s'installer à Agde comme il le souhaitait.

ILB

Le Conseil d'Etat annule une décision du conseil national de l'Ordre pour insuffisance de motivation*(Conseil d'Etat, sous-section n° 5, 30 juin 2008, n° 284609)*

La section « assurances sociales », ici de l'Ordre des chirurgiens-dentistes, mais aussi de celui des médecins, statue parfois sans donner parfaitement les raisons de sa condamnation. Le Conseil d'Etat annule les décisions insuffisamment motivées. En l'espèce, l'arrêt expose que « chacun des 157 dossiers joints à la plainte mentionnait, pour un patient identifié par un numéro, les actes considérés comme fautifs par le plaignant » ; la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre avait prononcé une peine de suspension d'un an avec sursis de 6 mois, « en retenant notamment le fait pour le praticien d'avoir, dans 13 dossiers identifiés par leur numéro, facturé 28 « inlays-core » sans les avoir réalisés et d'avoir pratiqué 28 cotations excédant celles prévues par la NGAP dans 17 dossiers également identifiés par leur numéro ; que toutefois d'une part les 13 dossiers mentionnent un nombre d' « inlays-core » facturés sans être réalisés supérieur à 28 et, d'autre part, les 17 dossiers ne mentionnent pas tous les surcotations ; que la décision attaquée ne précise pas si, comme il est soutenu en défense devant le juge de cassation, ces discordances entre les mentions de la décision attaquée et celles des dossiers joints à la plainte auxquels cette décision se réfère résulteraient de la circonstance que le juge disciplinaire aurait considéré que certains des actes mentionnés par le plaignant comme facturés mais non réalisés devraient être en réalité qualifiés de surcotations ; que, dans ces conditions, le chirurgien-dentiste qui s'était défendu de façon précise devant les juges du fond pour chacun des actes tels qu'ils étaient qualifiés dans la plainte, est fondé à soutenir que la décision attaquée, qui ne permet d'identifier ni les facturations sanctionnées par le juge disciplinaire comme correspondant à des actes non réalisés ni celles sanctionnées par lui comme des surcotations, ne met pas ainsi à même le juge de cassation d'exercer son contrôle et qu'elle est par suite entachée d'une insuffisance de motivation. »

La décision est donc annulée, et l'affaire renvoyée devant la section assurances sociales du même Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes...

ILB

Le Conseil d'Etat condamne l'Etat à des dommages-intérêts au profit d'une clinique en raison de la longueur excessive du procès qu'elle a gagné*(Conseil d'Etat, sous-section n° 4, 22 octobre 2008, n° 312311, Clinique Mozart)*

Une clinique a dû attendre 10 ans devant la juridiction administrative (divers degrés de juridiction) pour voir triompher sa contestation de réduction de son nombre de lits en obstétrique par l'ARH de la région PACA.

Le Conseil d'Etat juge que cette durée est excessive, la requérante n'ayant eu aucun comportement dilatoire et répare son dommage « dont il sera fait une juste appréciation en lui allouant une indemnité de 7 000 euros » !... Tout pour ça...

No comment.

ILB

Sanction financière prononcée par l'ARH pour dépassement de capacité*(Cour de cassation, 2^{ème} ch. civ., 2 octobre 2008, n° 07-16.609, Clinique de la Reine Blanche)*

Estimant qu'une clinique avait dépassé pendant 3 années et pour l'ensemble de ses lits la capacité d'accueil autorisée, l'ARH lui notifie une sanction financière et la CPAM procède au recouvrement. La clinique saisit le TASS puis la Cour d'appel d'Orléans qui, dans un arrêt du 2 mai 2007, rappelle que le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la

législation sanitaire et retient que si des limitations peuvent être apportées à ce principe en considération des capacités techniques des établissements de santé, ceux-ci doivent, à défaut d'autorisation spécifique relative à l'accueil et au traitement des urgences, assumer leurs obligations générales de secours aux personnes en danger qui se présentent à eux.

La Cour de cassation annule l'arrêt et

renvoie devant la cour d'appel de Paris au motif « qu'en statuant ainsi sans rechercher si le dépassement de la capacité de la clinique avait été motivé par le traitement de patients accueillis en urgence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

Un contentieux qui se développe à grande vitesse actuellement...

ILB

Secteur privé à l'hôpital public : détermination du juge pour trancher le litige

(Tribunal des conflits, 31 mars 2008, n° 08-03616, CH de Voiron)

Quel est le Tribunal compétent pour statuer sur une demande d'indemnisation d'un patient désireux d'obtenir l'indemnisation des préjudices qu'il a subis à la suite d'une intervention chirurgicale pratiquée par un médecin hospitalier dans le cadre de son secteur privé à l'hôpital public ?

On sait que les juridictions en France, hors système répressif, se répartissent selon deux grandes familles, celle de l'ordre judiciaire (principalement tribunal de grande instance, cour d'appel, Cour de cassation), et celle de l'ordre administratif (tribunal administratif, cour administrative d'appel, Conseil d'Etat). Leur compétence est exclusive l'une de l'autre, de sorte que la saisine irrégulière d'un tribunal de l'un des deux ordres conduit à ce qu'il décline sa compétence au profit de l'autre.

En principe, un patient accueilli au sein d'un établissement public, pris en charge par un praticien hospitalier et recevant les soins des agents de cet établissement, ne peut, s'il est victime de dommages, s'adresser qu'aux juridictions administratives.

Dans l'espèce qui nous intéresse, le chirurgien étant intervenu, de manière régulière, dans le cadre de son « secteur privé » et l'analyse des faits conduisait au constat d'une absence de manquement à l'occasion de l'interven-

tion chirurgicale, les fautes résultant d'un défaut d'information altérant le consentement éclairé, de l'indication opératoire et de défaillances dans le suivi post-opératoire.

Sur ce constat, le tribunal de grande instance de Grenoble, saisi en premier, a rejeté la demande présentée par le patient et l'a invité à se pourvoir devant le tribunal administratif lequel, six mois plus tard, l'en a également débouté en considérant, implicitement, qu'il appartenait aux juridictions civiles de trancher le litige.

C'est dans ces conditions que le Tribunal des conflits, qui regroupe des magistrats de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, a statué, par arrêt du 31 mars 2008, et a considéré : « *Que les actes accomplis par les médecins, chirurgiens et spécialistes au profit des malades hospitalisés dans le service privé d'un hôpital public le sont en dehors de l'exercice des fonctions hospitalières ; que les rapports qui s'établissent entre les malades admis dans ces conditions et les praticiens relèvent du droit privé ; que si l'hôpital peut être rendu responsable des dommages subis par de tels malades lorsqu'ils ont pour cause un mauvais fonctionnement résultant soit d'une mauvaise installation des locaux, soit d'un matériel défectueux, soit d'une faute commise par un membre du personnel auxiliaire de*

l'hôpital mis à la disposition des médecins, chirurgiens et spécialistes, ceux-ci doivent répondre des dommages causés par leurs propres manquements dans les conditions du droit privé ; qu'il n'appartient qu'à la juridiction judiciaire de connaître d'une action dirigée à leur rencontre ; que c'est à tort que le tribunal de grande instance de Grenoble s'est déclaré incompétent pour en connaître. »

Il a alors annulé le jugement de cette juridiction en ce qu'elle s'était déclarée incompétente pour statuer sur des fautes pré et post-opératoires imputées au chirurgien, pour lesquelles elle avait estimé que, n'étant pas détachables du service, elles devaient être examinées par le tribunal administratif.

On doit en conclure que, lorsqu'un patient entre à l'hôpital par la filière de recrutement privé d'un praticien hospitalier il relève du droit privé, à l'exclusion, éventuellement, de la possibilité d'engager la responsabilité de l'établissement public si une faute lui est directement imputable du fait de ses locaux, de ses matériels, ou de ses personnels paramédicaux. D'où l'importance de souscrire un contrat d'assurance de responsabilité civile professionnelle pour les praticiens hospitaliers concernés. BV

Répétition d'indus : qui rembourse quoi ?

(Cour de cassation, 2ème ch. civ., 29 juin 2004, n° 03-30048)



Julie Munier

Avocat à la Cour de Paris

En cette période de contentieux abondant concernant la T2A et les prestations indûment versées par les organismes d'assurance maladie aux établissements de santé du fait d'actes ne justifiant pas un environnement hospitalier, dits « actes externes », majoritairement, la question peut se poser, tant du côté des directions d'établissements que des praticiens, d'encadrer la responsabilité de ces derniers et notamment la possibilité pour les cliniques ou les caisses d'exercer un recours à leur rencontre afin de rembourser les indus litigieux. En effet, ce sont les chirurgiens et non l'administration de l'établissement qui décident l'admission des patients pour pratiquer les gestes nécessaires. Sont-ils alors tenus des répétitions d'indus décidées ultérieurement au profit des cais-

Cet arrêt de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation apporte une réponse. Au visa des articles 1235 et 1376 du code civil portant sur le principe général de la répétition d'indu, ensemble l'article L. 133-4 du code de la sécurité sociale, la Haute juridiction a jugé qu'« *il résulte de la combinaison de ces textes que l'action en recouvrement de l'indu, qui est ouverte à l'organisme de prise en charge en cas d'inobservation de la nomenclature générale des actes professionnels, ne peut tendre qu'à la restitution par le praticien concerné des sommes qu'il a perçues à tort ; qu'en condamnant le chirurgien à rembourser à la Caisse non seulement le surplus d'honoraires qui lui avait été payé en vertu de cotations inexactes, mais également des sommes versées par l'organisme social, du fait de ces erreurs de cotation, à l'anesthésiste et à la clinique, le tribunal a violé les textes susvisés.* » (cf. également Cass. civ. 2, 11 octobre 2005, n° 04-30361, Cass. civ. 2, 20 juin 2007, n° 06-14627).

Il est ainsi clairement exposé que chacun n'est redevable que des sommes qu'il a directement perçues, ce qui apparaît logique puisque ces montants n'étaient, dès leur origine, pas dus. Attention néanmoins à la possibilité de prévoir contractuellement des mécanismes différents dans les contrats d'exercice libéral entre les médecins et les cliniques. JM

Médecine chinoise : exercice illégal de la médecine ?*(Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., 16 octobre 2008, n° 07-17.789, CDOM de la Moselle)*

Voici une décision dont les retombées risquent d'être nombreuses : la Cour de cassation a annulé un arrêt de la Cour de Metz dans les circonstances ci-après :

M. X exerçant la « médecine chinoise », le conseil départemental de l'Ordre des médecins de la Moselle l'a invité à cesser d'utiliser le titre de médecin et à pratiquer son activité sous une autre dénomination.

La Cour d'appel de Metz (l'ordre des médecins n'étant pas compétent puisque M. X n'est à proprement parler pas médecin) saisie lui a interdit d'utiliser le terme « médecine », protégé par les dispositions du code de la santé publique (articles L. 4131-1 et L. 4161-1) relatives à l'exercice illégal de la médecine.

La Cour de cassation casse et annule : « En se déterminant ainsi quand le terme de médecine, à l'inverse du titre de médecin, n'étant pas protégé, seuls l'établissement de diagnostics ou la pratique d'actes médicaux par M. X eussent justifié de lui interdire d'user de l'appellation « médecine chinoise », la Cour d'appel a violé les textes susvisés. »

C'est une très belle question à laquelle, malgré mes études de civilisation chinoise aux Langues O., je ne sais pas répondre : la médecine chinoise ne concerne t-elle vraiment que l'être humain en bonne santé ?

Il y a quelques mois, le Tribunal de grande instance de Paris (jugement du 25 juin 2008, n° 07-02517), après la publication de l'ouvrage « Dis-moi où tu as mal, je te dirai

pourquoi », mettant en œuvre les « principes de médecine traditionnelle chinoise », évaluait la gravité d'erreurs de traduction inversant de gauche à droite le Yin et le Yang, créant la confusion entre les deux écoles qui s'opposent, l'Ecole Psychologique et l'Ecole Energétique, au regard des méridiens organiques et complémentaires. Bref, alors, il devait bien y avoir un peu de diagnostic dans la « médecine chinoise » présentée sous un pareil titre promettant que l'ouvrage allait dire « pourquoi tu as mal »...

On ne rappellera pas d'autres affaires célèbres d'acupuncture poursuivies pour exercice illégal de la médecine alors qu'ils plaidaient avoir « suivi des études spécifiques mais ne disposant pas du diplôme de médecin » tout en pratiquant de manière habituelle la « sinobiologie », ce qui les a conduits à enrichir leur casier judiciaire de plusieurs mois de prison et appauvrir leur fortune par le paiement d'amendes substantielles.

Ce faisant, les juridictions encadrent et protègent en distinguant le titre et la fonction, en médecine comme dans d'autres disciplines (tout le monde peut faire du droit, mais le titre d'avocat est protégé, etc.).

En conclusion, chacun pourrait utiliser le mot « médecine » à condition, dit l'arrêt du 16 octobre 2008, de ne pas procéder à des diagnostics ou à des actes médicaux, sur la définition desquels nous aurons certainement à réfléchir, au cas par cas. ILB

Massages : les limites du monopole des masseurs-kinésithérapeutes*(Cour d'appel de Rouen, 1^{ère} ch., 11 février 2009, SMKR de Seine Maritime)*

Un syndicat départemental de masseurs-kinésithérapeutes demandait la cessation d'activité d'un centre de détente ouvert par des infirmières qui pratiquaient des touchers de confort et de relaxation agrémentés de produits.

La Cour de Rouen a rejeté le recours des kinésithérapeutes en rappelant qu'ils disposent d'un monopole sur l'activité de massage, selon l'article L. 4321-1 du code de la santé publique, mais que le massage est défini par l'article R. 4321-3 du même code comme toute manœuvre externe, réalisée sur les tissus, qui comporte une mobilisation méthodique, mécanique ou réflexe des tissus. Des « touchers de confort et de relaxation agrémentés de produits aux senteurs relaxants » constitue une activité de modelage et de relaxation qui ne relève pas du monopole des masseurs kinésithérapeutes. ILB

Les assistants collaborateurs des masseurs kinésithérapeutes ne sont pas forcément des salariés*(Cour de cassation, ch. soc., 25 mars 2009, n° 07-44.069)*

Un assistant collaborateur libéral revendiquait la requalification de son contrat en salariat, en soutenant que le premier mettait à la disposition du second le cabinet et le matériel technique nécessaires à l'exercice de sa profession, moyennant des redevances mensuelles calculées sur le montant des honoraires perçus, la convention signée entre les deux interdisant à l'assistant collaborateur de se constituer une clientèle personnelle.

La Cour de cassation le déboute en reprenant les critères habituels caractérisant l'existence ou l'absence d'un lien de subordination. En l'espèce, le collaborateur n'exerçait pas

son activité dans le cadre d'un service organisé, avec règlement intérieur, dans lequel il se serait intégré, mais dans un cabinet dont les modalités de fonctionnement avaient été discutées et définies dans un contrat conclu en 2001, les horaires de travail des deux masseurs kinésithérapeutes avaient été définis après concertation entre les parties et non imposées et l'assistant était immatriculé à titre personnel auprès de l'Urssaf. Ce dernier ne rapportait donc pas la preuve qu'il n'exerçait pas son activité en parfaite indépendance mais sous les ordres, les directives et le contrôle du senior, conditions indispensables pour relever du salariat. ILB

Isabelle Lucas-Baloup
est membre
du réseau EuMedLex

Accessibilité des cabinets de consultation aux personnes handicapées : rappel des échéances

La loi n° 2005-102 du 11 février 2005, dite « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées », a posé un principe d'accessibilité généralisée notamment des bâtiments d'habitation et des établissements recevant du public aux personnes handicapées, quel que soit leur handicap (notamment physique, sensoriel, mental, psychique ou cognitif).

Les obligations qu'elle impose ont été déclinées par décret pour les établissements recevant du public, les installations ouvertes au public et les bâtiments d'habitation, précisant les procédures et les conditions devant être respectées, en particulier dans le cadre de la construction de bâtiments neufs.

Mais qu'en est-il des cabinets de consultation déjà existants, d'une part, de ceux susceptibles d'être ouverts dans des bâtiments anciens à usage d'habitation, d'autre part ?

Ils doivent eux aussi permettre aux

personnes handicapées, avec la plus grande autonomie possible, de circuler, d'accéder aux locaux et équipements, d'utiliser ceux-ci, de se repérer, de communiquer dans les mêmes conditions que la personne valide ou à des conditions au moins équivalentes, etc.

Des arrêtés ministériels fixent des conditions dans lesquelles les abords de ces bâtiments doivent être aménagés (cheminement extérieur, stationnement des véhicules, conditions d'accès et d'accueil), les modalités de déplacement à l'intérieur, tant en circulation verticale qu'horizontale, et d'aménagement intérieur (sanitaires, portes et sas, sorties, revêtements de sol et parois, etc.).

L'article R. 111-19-18 III du code de la construction et de l'habitation pose deux échéances :

En premier lieu, pour les cabinets et bureaux déjà existants, c'est au 1^{er} janvier 2015 au plus tard, qu'une partie du bâtiment, la plus proche possible de

son entrée principale, doit satisfaire à l'ensemble des obligations en matière d'accessibilité aux personnes handicapées visées supra.

En second lieu, lorsque, dans un immeuble, un professionnel libéral demande un changement de destination de tout ou partie du bâtiment pour pouvoir accueillir son activité libérale (la plupart du temps, transformation d'usage d'habitation en usage professionnel), ces mêmes contraintes doivent être respectées au plus tard le 1^{er} janvier 2011.

Il existe, enfin, une règle plus générale imposant, à partir du 1^{er} janvier 2015, que les portions de bâtiment faisant l'objet de travaux de modification, satisfassent aux mêmes critères d'accessibilité.

Le législateur vise, par ce mécanisme, à ce que l'intégralité des bâtiments devienne conforme au fur et à mesure des travaux qui y sont réalisés.

BV

Infections nosocomiales : la loi du 30 décembre 2002 n'est pas d'application rétroactive

(Cass. Civ. 1, 16 octobre 2008, n° 07-17.605, Centre Chirurgical Marie Lannelongue)

Statuant sur l'indemnisation des conséquences d'une infection nosocomiale contractée fin mai 2002 à l'occasion d'une intervention chirurgicale, la Cour de cassation confirme l'arrêt d'une cour d'appel ayant jugé que la loi du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale n'est pas d'application rétroactive.

Cet arrêt marque l'alignement de la jurisprudence de la Cour de cassation sur celle du Conseil d'Etat qui avait rendu déjà deux arrêts en ce sens le 13 juillet 2007 (CE, sous-sections 5 et 4 réunies, 13 juillet 2007, n° 293196 et 299693).

ASG

Infections nosocomiales : la charge de la preuve incombe au patient

(Cass. Civ. 1, 30 octobre 2008, n° 07-13.791, Clinique Chantecler, EFS)

Dans le cadre de la contamination d'une patiente par le virus de l'hépatite C suite à des transfusions sanguines reçues lors d'une intervention chirurgicale, la Cour de cassation censure l'arrêt d'une cour d'appel qui retient qu'en matière d'infections nosocomiales la charge de la preuve n'incombe pas au patient.

L'arrêt rappelle qu'au contraire il appartient au patient ou à ses ayants droit de démontrer le caractère nosocomial de l'infection, fût-ce par présomptions graves, précises et concordantes.

ASG

Infections nosocomiales : un risque connu de complication ne peut constituer une cause étrangère

(Cass. Civ. 1, 18 février 2009, n° 08-15.979, Polyclinique de Franche Comté)

La Cour de cassation annule, sur le fondement de l'article 1147 du code civil, l'arrêt d'une cour d'appel au motif qu'un risque connu de complication (sepsis du genou) lié à l'intervention post-opératoire non fautive du chirurgien ayant pratiqué des infiltrations péri-articulaires de corticoïdes à sa patiente ne peut être retenu comme cause étrangère. L'établissement ne peut ainsi être exonéré de son obligation de sécurité de résultat.

ASG

ARH/ARS : obtenir la copie de dossiers concurrents, c'est facile...

Il suffit d'invoquer l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978. A défaut de réponse dans le mois, la CADA peut être saisie dans les deux mois (avis n° 20021986 : regroupement des activités d'un centre hospitalier ; avis n° 20083020 et n° 20090822 : CPOM et contrats de retour à l'équilibre ; idem s'agissant de conventions de co-utilisation d'EML).

JQ

Infections nosocomiales : un cabinet libéral de dermatologie n'est pas un établissement*(Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch., 3 avril 2009, n° 07/00267)*

Un cabinet médical n'est pas une personne morale et ne constitue pas une entité juridique distincte du professionnel exerçant à titre libéral. Il n'est pas assimilé à un « établissement, service ou organisme de santé » visé à l'article L. 1142-11 I du code de la santé publique et n'est donc responsable d'une infection qu'en cas de faute, dont la preuve incombe au patient de-

mandeur.

L'arrêt profite de cette affaire pour rappeler que, pour les infections de site opératoire, on considère habituellement comme nosocomiales ou associées au soins les infections survenant dans les 30 jours suivant l'intervention. La qualification d'infection nosocomiale n'est pas limitée aux infections dites exogènes dues à des micro-

organismes acquis dans l'établissement de santé. Les infections dites « endogènes » comme provenant des germes propres du patient constituent également des infections nosocomiales dès lors que leur présence n'est pas pathologique, qu'il n'existe donc pas de tableau infectieux et que leur migration dans le site opératoire résulte directement de l'acte invasif. ILB

Expertise sur le montant de la redevance entre clinique et médecins libéraux : demande de récusation tardive*(TGI de Tours, ordonnance de référé, 24 février 2009, Clinique de l'Alliance)*

Quatre anesthésistes s'opposent à une clinique au sujet du coût des prestations facturé par cette dernière. Un expert comptable est désigné en référé, procède à sa mission et présente aux parties un pré-rapport à la lecture duquel la clinique demande au juge de « constater l'incompréhension manifeste par l'expert désigné des problématiques particulières liées au fonctionnement d'un établissement de santé et, en conséquence, de constater qu'il n'offre pas les garanties de connaissance et de compétence suffisantes pour l'accomplissement de sa mission et de le récuser pour désigner un autre technicien. »

Le juge des référés rappelle que « la récusation doit, à peine d'irrecevabilité, être demandée dès que la partie a connaissance de sa cause » et « que le désaccord de la clinique avec les avis de l'expert ne saurait constituer une cause de récusation », que la procédure installée avec légèreté par la clinique, peu après le dépôt du pré-rapport d'expertise, a manifestement un objet dilatoire, constitue un abus de procédure qui cause aux médecins un préjudice réparé par une indemnité à chacun d'entre eux. ILB

Licenciement d'aides-soignants non qualifiés : absence de force majeure*(Cour de cassation, ch. soc., 20 mai 2009, n° 08-10.637, Clinique chirurgicale du Libournais)*

Une clinique procède au licenciement de trois aides-soignants non diplômés. L'Assedic locale réclame le règlement de la contribution Delalande que refuse la clinique. Elle y est condamnée par arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 15 novembre 2007, qu'elle conteste.

Au soutien de son pourvoi, la clinique affirme que, depuis l'édiction du décret n° 2002-194 du 11 février 2002, elle est tenue de n'employer que des aides-soignants diplômés, la contraignant, par un cas de force majeure, à procéder au licenciement de ces salariés.

Or, la force majeure est l'une des causes d'exonération du

versement de la contribution Delalande (ancien article L. 321-13 6° du code du travail).

Son pourvoi est rejeté au motif que l'établissement ne démontre pas qu'il ait été « du fait d'un événement imprévisible, irrésistible et insurmontable, dans l'obligation de procéder au licenciement de trois salariés ».

L'intérêt de cet arrêt ne réside pas tellement dans l'application de la contribution Delalande (supprimée d'ailleurs depuis le 1^{er} janvier 2008). On peut y lire la confirmation, par la Cour de cassation, que les établissements de santé privés peuvent employer des aides-soignants non qualifiés. BV

Licenciement d'une sage-femme inapte pour refus d'acceptation d'un reclassement : clinique condamnée*(Cour de cassation, ch. soc., 20 mai 2009, n° 07-44.272, Clinique Lafourcade)*

Encore une illustration de la distinction importante entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail : le refus injustifié par le salarié des postes de reclassement proposés par l'employeur après déclaration d'inaptitude n'est pas nécessairement constitutif d'une faute : s'ils entraînent modification du contrat de travail (en l'espèce, changement de fonctions), l'employeur ne peut procéder au licenciement pour faute, mais uniquement en le fondant sur l'impossibilité de procéder au reclassement (l'article L. 1226-12 du code du travail).

Il pourrait en aller différemment si les postes proposés n'emportaient qu'un simple changement des conditions de travail.

Autre enseignement de l'arrêt, qui n'est qu'une confirmation : le fait de procéder à un licenciement pour un motif disciplinaire (faute grave), interdit au juge de le requalifier en licenciement pour cause réelle et sérieuse.

En l'absence de faute, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à indemnité. BV

*La Lettre du Cabinet*Publication pluriannuelle éditée par :Isabelle Lucas-Baloup
Avocat à la Cour de ParisOnt collaboré à ce numéro :
Isabelle Lucas-Baloup
Bertrand Vorms
Julie Munier
Jonathan Quaderi
Anne-Sophie GrobostISSN 1766-3903
Imprimerie A & O copies, Paris
Dépôt légal : juin 200912 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