

Sommaire >>>

Page

- Sociétés de médecins :
exclusion d'un associé 1
- Contrat médecin/clinique :
faute grave ou préavis 2
- Valeur des patientèles : stomatologues.. 2
- Exercice sur plusieurs sites :
la concurrence facilitée 3
- Décompression médullaire :
responsabilité du neurochirurgien..... 4
- Contrat libéral médecin/clinique :
caduc si association dans SEL 5
- Responsabilité du praticien associé
décédé : héritiers poursuivis 5
- Un praticien peut-il être condamné
à payer un contrat publicitaire ?..... 6
- Loi de Bioéthique : discrimination dans
l'accès à la conservation des gamètes ... 6
- « Chirurgien des stars » :
s'abstenir de médiatiser 7
- Fille collégienne de l'IADE
présente au bloc opératoire 7

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
Mylène Bernardon
Agathe Hanras

ISSN 1766-3903
Editions Scrof
Dépôt légal : décembre 2019

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

Cette année, je ne vous envoie pas mes vœux,

vient de m'écrire une amie dont je ne doute ni de l'affection ni de la lucidité. « Fidèlement, je vous les adressais fin décembre, mais j'ai le sentiment que ça ne sert à rien les *portez-vous bien*, les *soyez heureux*, les *happy new year* et la *santé bien sûr*. J'observe autour de moi tant de déceptions et de malheurs subis par les destinataires des appels annuels au bonheur qu'on peut se demander s'ils ne portent pas la poisse ces millions de vœux échangés dans le monde entier, comme les moustiques colportent, mine de rien, le chikungunya et le virus Zika. Je n'y crois plus à ces messages bienveillants et ne trouve pas les mots pour éviter les formules creuses ou abusivement flamboyantes. »

Mon amie n'a pas tort : la preuve de l'efficacité du message n'est pas rapportée. Alors, dans le doute, pour voir, pour essayer, pour changer, parce qu'on n'a rien à perdre quand on ignore ce que l'avenir réserve, faudrait-il que moi aussi, aujourd'hui, je retienne les vœux que traditionnellement je vous destinais ? Sans mélancolie, tout en refusant le catastrophisme ambiant - le pire n'est jamais certain - simplement comme sous la Convention qui les interdit pendant quelques années après la Révolution, faire une pause, en quelque sorte une grève de plus, la grève des vœux.

Seulement se distribuer une généreuse dose d'indispensable optimisme, limiter le message à un encouragement à se faire confiance, immarcesciblement, sans se souhaiter ni prévoir le meilleur. Juste pour savoir. Pourquoi pas ? Tout peut arriver. Même l'année de nos rêves... **ILB**

Sociétés de médecins : quelle majorité pour exclure un associé ?

La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 dite de « simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés », comme avant elle la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite loi PACTE, et trois jurisprudences récentes méritent quelques commentaires susceptibles d'intéresser les professionnels de santé associés voulant exclure un d'entre eux ou au contraire objet d'une délibération ayant pour objet leur exclusion de la société :

Les sociétés d'exercice libéral entre professionnels de santé adoptent le plus souvent le statut de SELARL (SEL à responsabilité limitée) ou de SELAS (SEL par actions simplifiée). Au regard du régime juridique applicable, se cumulent alors le droit commun des sociétés d'exercice libéral dans ses conditions générales, imposées par la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 et ses décrets d'application aux professions de santé : articles R. 4113-1 et suivants pour les médecins, les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes, d'une part, et d'autre part avec le droit commun des SARL (articles L. 223-1 et suivants du code de commerce ou des SAS (articles L.227-1 et suivants du code de commerce), outre les dispositions générales du code civil applicables à toutes sociétés (articles 1832 et suivants du code civil), si bien que certaines dispositions s'avèrent protéiformes et, par voie de conséquence, font l'objet de difficultés pratiques majeures et de jurisprudences différentes selon les chambres, civiles ou commerciales, saisies du contentieux entre associés. Les clauses d'exclusion constituent l'illustration d'une combinaison de textes pas toujours facile à gérer en toute sécurité :

Article 1844 du code civil :

Le premier alinéa de l'article 1844 du code civil, applicable à toutes les sociétés, pose un principe fondamental : « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », auquel les statuts ne peuvent déroger (même article, 4^{ème} alinéa). Dès lors, un associé dont l'exclusion est inscrite à l'ordre du jour d'une décision collective doit voter.

(suite page 8)

Contrat médecin/clinique : faute grave ou préavis

(arrêt du 14 novembre 2018, Cour de cassation, 1^{ère} ch., n° 17-23135)

Arrêt extrêmement intéressant dans le cadre de la gestion des contrats d'exercice libéral entre médecins et établissements de santé privés : la Clinique a rompu le contrat d'exercice d'un radiologue, cédé avec accord écrit de l'établissement à une SELAS, pour l'exploitation d'un scanner. Le contrat prévoyait que chacune des parties pourrait y mettre fin en respectant un préavis de 6 mois et que la résiliation du contrat par la Clinique entraînerait au bénéfice du praticien le paiement d'une indemnité correspondant à une année de chiffre d'affaires, sauf si le praticien commettait une faute grave, privative de préavis et d'indemnité. La lettre de résiliation de la Clinique énonce un certain nombre de griefs à l'égard du radiologue et refuse de payer l'indemnité de résiliation prévue.

La Cour d'appel de Paris avait écarté

l'existence d'une faute grave et condamné la Clinique, auteur du pourvoi, à payer l'indemnité de résiliation (371 037 €).

L'arrêt commenté confirme sur ce point la décision de la Cour d'appel au motif « qu'une faute grave, par son importance, rend impossible le maintien d'un contrat d'exercice conclu entre un professionnel de santé ou une société professionnelle et un établissement de santé pendant la durée même limitée du préavis ; elle ne peut dès lors être retenue que si la résiliation a été prononcée avec un effet immédiat. La Cour d'appel a relevé que la Clinique avait résilié le contrat en accordant à la SELAS de radiologie un préavis de six mois ; il en résulte que la qualification de faute grave ne pouvait qu'être écartée. » L'arrêt est en revanche cassé sur les modalités de

calcul de l'indemnité.

Il convient en conséquence de se poser la question au moment de la notification de la décision de rompre un tel contrat, avec les conséquences de droit y attachées, donc prudemment celle de l'affirmation de l'existence d'une faute grave rendant impossible le maintien du contrat d'exercice libéral pendant la durée du préavis.

La Cour de cassation juge que la Clinique ne peut, dans le même temps, laisser travailler le médecin pendant la durée du préavis et refuser de payer l'indemnité de fin de contrat dès lors qu'une clause mentionnait que son règlement était écarté en cas de faute grave. Ce qui est souvent le cas dans les contrats entre médecins et établissements de santé privés.

ILB

Valeur des patientèles : stomatologues

(arrêt du 22 août 2018, Cour d'appel de Toulouse, 2^{ème} ch., n° 16/05256)

La valeur d'un médecin stomatologue n'est pas chiffrable, mais qu'en est-il de celle de sa patientèle ? Dans cet arrêt, la Cour de Toulouse écrit :

« S'il est d'usage de valoriser les éléments incorporels des patientèles des médecins à 50% des honoraires des trois derniers exercices précédant la cession ainsi que les documents produits aux débats en témoignent, notamment la note de l'UNASA [Union Nationale des Associations Agréées], ce taux doit toutefois être

pondéré pour tenir compte de la spécificité de la patientèle cédée.

« A cet égard, il est soutenu par le Dr Z que de moins en moins de médecins s'installent en libéral, qu'il n'y a plus de formation de stomatologues par la voie du CES, que les médecins de cette spécialité sont passés de 2600 en 1982/1983 à 630 et subissent une concurrence accrue des chirurgiens-dentistes auxquels a été ouvert la possibilité d'accéder à un diplôme (DES de chirurgie orale) leur permettant de

prendre en charge des actes qui autrefois relevaient de la spécialité de stomatologie en sorte que la valeur patrimoniale de la patientèle serait hors de proportion avec les montants retenus par l'expert et ne pourrait s'établir qu'à un montant symbolique.

« Les investigations réalisées par l'expert à ce sujet l'ont amené à examiner 8 critères de pondération et à préconiser l'application d'un coefficient de correction de 36,87% ».

ILB

Un confrère :

« Quelqu'un qui fait le même métier que vous, mais tellement moins bien. » *

* définition par un médecin ? par un avocat ?
non, avec malice par le chef Guy Savoy...

Exercice sur plusieurs sites : la concurrence facilitée entre spécialistes (décret du 23 mai 2019, n° 2019-511)

La *Lettre du Cabinet* ne publiera plus de revue de jurisprudence du CNOM sur les autorisations accordées ou refusées selon les critères savamment mis en œuvre depuis plusieurs décennies. Par décret du 23 mai 2019, il a été fait table rase de l'obligation de solliciter une autorisation avant d'ouvrir ce qu'il y a quelques années on dénommait un « cabinet secondaire ». Désormais, le médecin n'a plus à obtenir une autorisation mais à remplir par voie électronique une déclaration préalable d'ouverture d'un lieu d'exercice distinct de celui de sa résidence professionnelle habituelle au titre de laquelle il est inscrit au tableau du Conseil départemental. Il peut également envoyer son dossier par lettre recommandée de manière à s'assurer de la date de réception, qui fait courir le délai de réponse des autorités ordinales.

La déclaration est envoyée deux mois avant l'ouverture envisagée, au Conseil départemental géographiquement compétent pour ce nouveau cabinet. C'est lui qui communique, « sans délai » dit le décret, au Conseil départemental auprès duquel le médecin est inscrit, si ce n'est pas le même.

Il convient de remplir néanmoins avec soin la déclaration et de l'accompagner de toutes informations utiles, car le Conseil de l'Ordre du département d'accueil peut s'y opposer pour des « motifs tirés d'une méconnaissance des obligations de qualité, sécurité et continuité des soins et des dispositions législatives et réglementaires ». Une description attentive de l'activité sur le nouveau site (consultation ou pas, interventions chirurgicales ou pas et dans cette hypothèse description des autorisations du site - la chirurgie demeurant interdite en ambulatoire en dehors d'un établissement de santé -, examens d'imagerie médicale, explorations et traitements ophtalmologiques, etc.), du matériel utilisé ou prévu, des locaux et du personnel in situ, mais surtout un exposé de la présence effective du demandeur, ou de son collaborateur ou associé, est requise, aux fins de démontrer sa capacité à assurer la continuité des soins, critère très observé par les Conseils départementaux.

Pendant les deux mois d'instruction du dossier, l'activité ne doit pas commencer sur le nouveau site déclaré.

A défaut de réponse après deux mois de réception de la déclaration par le CDOM, l'activité peut démarrer sur le nouveau site. Il est prévu que les Conseils départementaux adressent une « simple attestation formalisant l'absence d'opposition » d'après le site du CNOM, ce qui n'est pas mentionné dans le décret, mais facilitera la preuve du respect des formalités en cas de besoin par le médecin.

Le Conseil départemental peut évidemment délivrer cette



Isabelle Lucas-Baloup

attestation sans attendre le délai de deux mois, s'il a pu instruire le dossier et se prononcer plus rapidement.

La réforme concerne tant les médecins exerçant à titre personnel (article R. 4127-85 du code de la santé publique), que les sociétés d'exercice libéral (article R. 4113-23) et les sociétés civiles professionnelles (article R. 4113-74).

Il n'existe plus de nombre maximum de sites autorisés (le décret n'a rien changé sur ce point).

Si le CDOM s'oppose à l'ouverture, il doit motiver son refus et le demandeur peut saisir le CNOM d'un recours, puis

ensuite, si l'opposition perdure, le tribunal administratif territorialement compétent.

Nul doute que le contentieux perdurera, même si la procédure est simplifiée : appréciation divergente sur la capacité d'assurer la continuité des soins, refus motivé par une pratique chirurgicale hors établissement de santé autorisé par l'Agence régionale de santé, etc., le CNOM s'est déjà prononcé, depuis six mois, sur les principaux cas de conflits.

Les tiers peuvent également s'opposer à l'ouverture ou à la poursuite de l'exercice en site distinct, mais ne peuvent plus invoquer « l'offre de soins » locale pour étayer leur opposition, ce critère a disparu, libérant ainsi la concurrence locorégionale. Est-ce une bonne chose ? Les avis sont partagés : telle SELAS de quarante radiologues pourra ouvrir facilement un site distinct dans une commune où peinait un confrère à maintenir une faible activité pendant quelques années jusqu'à sa retraite, sans lui proposer de racheter sa patientèle et sans que le médecin isolé et sans ressources suffisantes ne puisse invoquer des arguments pour s'y opposer entrant dans les critères du nouveau décret. De même les établissements de santé au sein desquels les praticiens ne sont pas protégés par des contrats d'exclusivité (aujourd'hui d'exercice « privilégié ») pourront accueillir des concurrents locaux sans obtenir préalablement l'agrément des installés historiques, ce qui selon les circonstances présentera des avantages en termes de qualité des soins (nouvelle équipe structurée et plus nombreuse venant de l'hôpital public voisin) et des injustices en termes de captation d'une activité isolée mais assurée par des praticiens n'ayant jamais démerité, voire ayant assuré à bout de bras la permanence des soins quand il était impossible de recruter pendant des années avant un redéploiement local des structures. Certains chirurgiens considèrent naïvement pouvoir compter sur la reconnaissance des directeurs d'établissements, mais ils

(suite page 4)

Exercice sur plusieurs sites : la concurrence facilitée entre spécialistes (suite de la page 3)

changent souvent, et sur la confraternité de leurs concurrents, deux mots sur lesquels on pourrait gloser au delà de l'espace réservé à ce commentaire. Cette réforme n'est pas en faveur de la valorisation des éléments transmissibles de leurs cabinets : les cliniques ne signent plus de contrat d'exclusivité (ou alors très rarement dans des circonstances particulières) et les portes s'ouvrent facilement désormais pour les nouveaux entrants. Il sera prudent de ne plus compter sur le produit de la vente de son patrimoine professionnel pour compléter la pension de retraite que servira généreusement le régime universel au lieu et place de la CARMF !

Enfin, la disparition de tout critère lié à l'offre de soins locale est-elle bien raisonnable en présence des déserts médicaux que chacun regrette et que la loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé a pour ambition d'atténuer par diverses mesures notamment par la maîtrise des « conditions dans lesquelles les médecins participent à la réduction des inégalités territoriales dans l'accès aux soins ». Ce n'est pas avec le décret du 23 mai qu'on incitera des spécialistes à s'installer dans des départements sous-dotés en professionnels et établissements de santé...

Contrairement à l'Ordre des médecins, l'Ordre national des **chirurgiens-dentistes** a refusé clairement que la réforme des autorisations de sites distincts des médecins soit appliquée à l'identique pour les chirurgiens-dentistes. Il est intéressant de rapporter la lettre envoyée, le 7 mars 2019, par le Docteur Serge Fournier, Président du CNO, au minis-

tère de la Santé, dans le cadre de la concertation préalable à la réforme :

« Contrairement au Conseil national de l'Ordre des médecins, le Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes ne souhaite pas substituer un régime purement déclaratif avec un droit d'opposition au régime d'autorisation existant pour l'ouverture d'un ou plusieurs cabinets secondaires. En effet, le Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes s'efforce de faire installer des chirurgiens-dentistes en zones sous-dotées. L'article R. 4113-74 du code de la santé publique tel qu'il est applicable pour notre profession répond à cette demande puisque l'ouverture d'un ou plusieurs cabinets secondaires est autorisée "si la satisfaction des besoins des malades l'exige et à la condition que la situation des cabinets secondaires par rapport au cabinet principal ainsi que l'organisation des soins dans ces cabinets permettent de répondre aux urgences". Il apparaît difficile de réguler l'ouverture des cabinets secondaires et de répondre aux besoins des patients dans le cadre d'un régime déclaratif avec un droit d'opposition de la part du Conseil départemental intéressé basé sur des motifs tirés d'une méconnaissance des obligations de qualité, de sécurité et de continuité des soins sans tenir compte des besoins de santé publique. Enfin, la position du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes concernant l'article R. 4113-74 est également valable pour l'article R. 4113-24 du CSP réglementant l'ouverture d'un ou plusieurs cabinets secondaires pour les SEL de chirurgiens-dentistes. »

Les chirurgiens-dentistes doivent en conséquence continuer à solliciter l'autorisation d'ouverture d'un cabinet secondaire et ne sont pas concernés par la réforme du 23 mai 2019.

ILB

Décompression médullaire : responsabilité du neurochirurgien

(arrêt du 10 janvier 2019, Cour d'appel de Douai, 3^{ème} ch., n° 17/05210)

Intervention sur C6-C7 par un neurochirurgien pour hernie discale, contusion médullaire, invalidité de 2^{ème} catégorie, traitements antidouleurs lourds, séances de neurostimulation et de rééducation. Expertise et contre-expertise aux conclusions différentes, la 1^{ère} écarte l'aléa thérapeutique en considérant que la contusion médullaire lors de l'ablation d'une hernie discale est évitable et qu'elle constitue un accident médical en rapport direct avec une maladresse opératoire. Le 2^{ème} rapport d'expertise manifeste un désaccord avec le premier et vise une ischémie médullaire pouvant être le fait d'une contusion médullaire liée à un traumatisme durant l'extraction de la hernie, d'un accident de décompression médullaire, ou bien encore une origine artérielle tel qu'un spasme d'une artère à destinée médullaire, cette lésion s'étant

produite au cours de l'opération sans qu'elle relève d'une faute du praticien, complication rare redoutée des neurochirurgiens, l'état de fragilité de la moelle jouant peut-être un rôle selon la durée et l'intensité de la compression.

La Cour retient que si les experts adoptent des conclusions diamétralement contraires « force est d'observer que la lecture de leurs écrits respectifs ne révèle en rien la présence chez le patient d'une particularité anatomique autre que la hernie à opérer, aucune anomalie rendant l'atteinte inévitable ne pouvant être retenue », si bien que l'arrêt conclut que le neurochirurgien intervenu « ne démontre pas l'une des occurrences qui lui permettraient de renverser la présomption de faute et de voir qualifier les suites de l'opération chirurgicale de son patient d'aléa thérapeutique si bien que sa res-

ponsabilité est à cette occasion dûment engagée comme l'ont à juste titre retenu les premiers juges du TGI de Dunkerque dont la décision sera sur ce point confirmée ». Sont ordonnés des dommages et intérêts tenant compte du déficit fonctionnel provisoire et permanent, du besoin d'assistance d'une tierce personne, du remplacement du véhicule automobile, de la gêne éprouvée au cours de la maladie traumatique à l'occasion de l'accomplissement des gestes courants de la vie quotidienne, du préjudice sexuel, des souffrances endurées, du préjudice esthétique, du préjudice d'agrément, du préjudice d'affection des proches, outre évidemment la créance de l'organisme social, de la perte de gains professionnels et des frais judiciaires et d'expertise exposés pour faire valoir ses droits.

ILB

Contrat libéral médecin/clinique : il devient caduc si le médecin s'associe dans une SEL ou SCP (arrêt du 6 mars 2018, Cour d'appel de Grenoble, 1^{ère} ch., n° 15/05431)

La question a déjà été commentée dans la *Lettre du Cabinet* (cf. décembre 2004 et septembre 2005) : le contrat d'exercice libéral qu'un médecin a signé à titre personnel ne bénéficie pas à la société d'exercice dont il devient associé, que ce soit une société d'exercice libéral (SEL, SELAS, autre) ou une société civile professionnelle (SCP).

Cet arrêt de la Cour de Grenoble le confirme dans les termes ci-après :

« Il est constant que le Dr X a débuté son activité de chirurgien cardiaque en 1989 au sein de la clinique Belledonne, sur la base d'un contrat non écrit d'exercice libéral individuel ».

Contrairement à ce qu'il soutient, la constitution de la SELARL Y en vue de l'exercice, à titre exclusif, de l'activité de chirurgie cardiaque et cardio-vasculaire, a eu pour effet de mettre fin au contrat d'exercice individuel.

En effet, en vertu de la loi du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de société des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la profession de médecin est juridiquement exercée par la personne morale.

Ainsi, les statuts de la SELARL, reprenant les dispositions de l'article R. 4113-3 du CSP et des statuts types de SELARL de médecin mentionnent : « Un associé exerçant au sein de la société ne peut exercer sa profession à titre individuel sauf gratuitement, ni être membre d'une société civile professionnelle de médecins ou d'une quelconque autre société d'exercice libéral. »

D'ailleurs le Dr X, après avoir cédé son droit de présentation de clientèle, a procédé à la déclaration de cessation totale et définitive d'activité, le 30 juillet 1997.

Le Tribunal a donc justement retenu qu'à compter de cette

date il avait été mis fin au contrat d'exercice qui le liait depuis 1989, à titre individuel, à la Clinique. Le retrait ultérieur du Dr X de la SELARL Y n'a pas pu faire revivre un contrat auquel il avait été précédemment mis fin.

Aucun nouveau contrat n'ayant été négocié entre les parties, la Clinique Belledonne n'a pas commis de faute en rappelant au chirurgien qu'il ne disposait plus de contrat en vue d'un exercice individuel au sein de la Clinique.

Compte tenu du nombre important de situations identiques rencontrées en routine, soulignons que le médecin doit attentivement relire son contrat d'exercice avant de s'associer et négocier la conclusion d'un nouveau contrat liant la personne morale qui se substituera désormais à lui pour sa pratique de la médecine au sein de la Clinique. Il n'est pas rare de rencontrer des directeurs d'établissements hostiles aux contrats d'exercice signés avec des SEL ou des SCP. Il convient de leur expliquer qu'ils n'ont pas le choix et qu'il n'y a pas lieu de redouter ce type de contrat : ce qui compte est d'en maîtriser le contenu, les clauses concernant un exercice individuel ne pouvant être automatiquement recopiées pour un exercice en société. Elles doivent être adaptées mais la Clinique peut tout aussi bien contrôler la situation, grâce à des dispositions relatives à l'agrément des associés, des clauses de police et de continuité des soins, de durée adaptée à l'âge de chaque associé, etc.

Si aucune démarche n'est réalisée lors du passage en société par le médecin titulaire du contrat, il se crée avec la SEL ou la SCP un contrat verbal, de fait, à durée indéterminée, sans exclusivité, sans indemnité en cas de rupture sauf abus de droit, au contenu semblable à celui du contrat type publié sur le site du CNOM.

ILB

Responsabilité du praticien associé décédé : héritiers poursuivis (arrêt du 11 juillet 2018, Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., n° 17-17.441)

En cas de faute professionnelle commise par un associé de SCP ou de SEL, l'action en responsabilité peut être lancée par le patient tout aussi bien contre la société d'exercice qu'à l'encontre du praticien personnellement.

Dans cette affaire, le masseur-kinésithérapeute était associé d'une SCP. Il décède pendant la procédure. Ses héritiers vendent ses parts de SCP croyant se débarrasser du procès : pas du tout ! Le patient assigne en même temps la SCP, son assureur et les héritiers.

La Cour de cassation fait application des dispositions de la loi sur les sociétés civiles professionnelles (article 16 loi n° 66-879 du 29 novembre 1966) qui (dans des termes identiques à celle sur les sociétés d'exercice libéral, SEL, SELARL, SELAS etc.) prévoit que la responsabilité de chaque

associé à l'égard de la personne qui se confie à lui demeure personnelle et entière (voir aussi article R. 4381-25 du CSP) et que la cession par un associé de ses parts sociales est dépourvue d'effet sur sa responsabilité qui demeure, comme celle de la société, engagée au titre des conséquences dommageables des soins qu'il a prodigués dans le cadre de son exercice au sein de la société.

Les héritiers doivent donc faire face au paiement des conséquences dommageables et donc, préalablement à l'acceptation de la succession, vérifier sérieusement les responsabilités encourues par leur auteur et la qualité des contrats d'assurance qu'il avait souscrits.

ILB

Un praticien peut-il être condamné à payer un contrat publicitaire ? (arrêt du 6 février 2019, Cour de cassation, 1^{ère} ch., n° 17-20.463)



Mylène Bernardon

La Cour de cassation a jugé qu'un ostéopathe n'était pas tenu de payer le prix de la publication « *d'un encart afin d'informer le public de son activité* » qu'il avait pourtant commandé. Par arrêt du 6 février 2019, elle considère que le contrat conclu par un praticien à des fins publicitaires « *est nul en raison du caractère illicite de son objet* », dès lors que les règles déontologiques auxquelles il est soumis prohibent toute forme de publicité.

Cette décision est intéressante dans la mesure où, à l'occasion des derniers arrêts qu'elle avait publiés, la Haute Cour refusait d'opposer les règles déontologiques aux tiers, jugeant implicitement qu'elles n'étaient pas d'ordre public (cf. en ce sens : Civ. 3^{ème}, 26 avril 2017, n° 16-14.036 et Civ. 1^{ère}, 9 juin 2017, n° 16-17.298). Autrement dit, on comprenait que les règles déontologiques n'avaient pas vocation à protéger le praticien contre les tiers, mais exclusivement l'inverse. Suivant ce raisonnement, le prestataire sollicité n'aurait pas à alerter son client sur ses propres obligations déontologiques, au

risque d'en être sanctionné en cas d'omission.

Quoi qu'il en soit, le 6 février 2019, la Cour de cassation semble avoir opéré un revirement de jurisprudence en offrant aux professionnels la faculté d'être protégés par leurs propres règles déontologiques.

Toutefois, la portée de cet arrêt doit être nuancée puisqu'elle y a procédé à l'occasion d'une affaire ayant trait à l'épineuse interdiction de la publicité. Pour mémoire, comme il avait été exposé dans la *Lettre du Cabinet* de septembre 2018, le Conseil d'Etat s'était prononcé en faveur de la libéralisation de la publicité des professionnels de santé, étant observé que depuis plusieurs années celle-ci paraît inéluctable au regard des exigences du droit de l'Union européenne et des décisions rendues par la Cour de Justice de l'UE qui juge notamment :

- le 5 avril 2011 que les directives européennes s'opposent « *à une réglementation nationale qui interdit totalement aux membres d'une profession réglementée [...] d'effectuer des actes de démarchage* »,
- le 4 mai 2017 que la directive sur le commerce électronique « *s'oppose à une législation nationale [...] qui interdit de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et dentaires en tant que celle-ci interdit toute forme de communications commerciales par voie électronique, y compris au moyen d'un site Internet créé par un dentiste* » et que « *l'article 56 TFUE [...] s'oppose à une législation nationale [...] qui interdit de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et*

dentaires ».

La Cour de cassation a-t-elle souhaité attirer l'attention sur ce sujet pour contraindre les instances à intervenir plus rapidement ? Au regard des faits de l'espèce, cela est probable, puisqu'ils concernent un ostéopathe, dont le statut de « *professionnel de santé* » n'est pas reconnu par les dispositions du code de la santé publique, qui, par extension, ne consacrent aucune règle déontologique le concernant. Contrairement aux professionnels de santé, les multiples courants et doctrines qui composent leur discipline empêchent les ostéopathes de se doter d'un code de déontologie qui leur serait propre. Plusieurs organisations syndicales ont, certes, proposé divers projets mais aucun d'entre eux n'a jamais été adopté unanimement par la profession et encore moins entériné par décret.

Ainsi, la Cour de cassation a vraisemblablement désiré interpellé en affirmant que « *l'article 21 du code de déontologie des professionnels de l'ostéopathie [rendait illicite le contrat tendant] à l'insertion d'encarts publicitaires* » pour faire échapper le praticien au paiement de la prestation de publicité dont il avait bénéficié. La Haute Cour a déjà opéré de façon similaire notamment avant l'adoption de la loi Kouchner du 4 mars 2002 en rendant l'arrêt Perruche (Cass., Assemblée Plénière, 17 novembre 2000, n° 99-13.701).

Espérons que cette décision aura l'écho qu'elle mérite pour que les actuels travaux de réformation des codes de déontologie français des médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes, masseurs-kinésithérapeutes, infirmiers et autres professionnels de santé aboutissent à l'autorisation d'une publicité encadrée.

MB

Loi de Bioéthique : discrimination dans l'accès à la conservation des gamètes

Bien que le libre choix par le patient de son praticien et de son établissement, public ou privé, constitue un principe fondamental de la législation sanitaire, garanti par l'article L. 1110-8 du code de la santé publique, l'article 2 du projet de loi de Bioéthique, tel que voté en première lecture par l'Assemblée Nationale, interdit, sans la moindre justification sérieuse, aux centres d'aide médicale à la procréation (AMP) du secteur privé lucratif qui réalisent 47 000 tentatives annuelles sur les 92 000 recensées, de prendre en charge le prélèvement, le recueil et la conservation des gamètes.

Le Sénat devrait rétablir l'égalité de traitement en janvier. La situation est d'autant plus contestable que cette activité est très encadrée. Les Centres publics, privés à but lucratif ou non lucratif, sont soumis à des contraintes identiques en termes d'accréditation ISO et aux mêmes visites d'inspection des ARS, sous le contrôle de l'Agence de la Biomédecine.

A suivre de près.

AH

« Chirurgien des stars » : s'abstenir de médiatiser (arrêt du 26 septembre 2018, Conseil d'Etat, 4^{ème} et 1^{ère} ch. réunies, n° 407856)

Un médecin spécialisé en chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique avait fait l'objet de plaintes par le CDOM de Paris en raison de sa participation à des émissions pour lesquelles il avait accepté d'être filmé pendant des consultations et des interventions chirurgicales dont il avait lui-même commenté le succès sur son profil Facebook professionnel, notamment dans une émission « Tellement vrai – les chirurgiens de la beauté » diffusée sur la chaîne de télévision NRJ 12 et sur Youtube et de citations de ses propos dans un article d'un magazine « Public », portant en une de couverture un titre relatif à une vedette de télé-réalité « Nabila, la vérité sur ses seins », dans lequel il était présenté comme le « chirurgien esthétique des stars », ce qui lui avait valu une interdiction d'exercice de deux ans prononcée par la Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins.

Sur pourvoi du chirurgien, le Conseil d'Etat juge notamment : « alors même que les patients concernés auraient, par leur participation à ce type d'émissions ou leur consentement à l'article de presse mentionné ci-dessus, sciemment recherché la médiatisation et consenti à la révélation de leur identité, le concours apporté par [le chirurgien] à la divulgation de l'identité des patientes était constitutif d'une méconnaissance des dispositions de l'article R. 4127-4 du code de

la santé publique », sur le secret professionnel qui « institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris ».

La violation du secret et l'infraction à l'interdiction d'utiliser des moyens publicitaires retenue par ailleurs conduisent au rejet du pourvoi, l'arrêt mentionnant que la sanction de suspension pendant deux ans n'est pas « hors de proportion avec la faute commise ».

Pour le Conseil d'Etat, le consentement des patients s'avère en conséquence sans influence sur la commission de l'infraction au secret médical. Pour la Cour de cassation, le secret médical est moins absolu dès lors que sa 2^{ème} chambre a, au contraire, jugé « que des informations couvertes par le secret médical ne peuvent être communiquées à un tiers sans que soit constaté l'accord de la victime ou son absence d'opposition à la levée du secret, de sorte qu'une CPAM ne pouvait être contrainte de communiquer à une société (employeur) de telles informations » (Cass. civ. 2^e ch., 19 février 2009, n° 08-11959).

ILB

Professionnels et Etablissements de santé :
retrouvez des centaines de références et la jurisprudence qui vous manque
en consultant la rubrique « Base de données » sur le site :
www.lucas-baloup.com

Fille collégienne de l'IADE présente au bloc opératoire : chirurgien condamné (arrêt du 7 mars 2019, Cour d'appel de Colmar, chambre 2, n° 17/05045)

Une collégienne effectue un stage dans une Clinique et, présente au bloc opératoire, assiste à une opération de chirurgie esthétique (pose de prothèses mammaires). La patiente prétend ne pas avoir été informée de la présence de cette stagiaire durant l'intervention, qu'elle s'en serait aperçue par hasard et « qu'elle souffre depuis de troubles psychologiques » dont elle demande réparation : 7500 € au titre de son préjudice moral (elle affirme avoir eu le sentiment « d'avoir été exhibée comme une bête de foire devant une collégienne mineure »), 4000 € pour son préjudice d'agrément (arrêt des activités sportives qu'elle pratiquait de façon intensive), 7500 € en réparation de son

préjudice sexuel (« elle ne supporte plus la vision de son corps ») et 3000 € pour ses frais judiciaires.

Le chirurgien, dont la qualité de l'intervention n'était pas mise en cause, faisait valoir que « la stagiaire était la fille de l'infirmière anesthésiste et que l'organisation de son stage incombait à la Clinique (non assignée par la patiente), qu'en aucun cas cette stagiaire n'avait de lien de préposition occasionnel avec lui et qu'il ignorait même sa présence au bloc opératoire, n'ayant lui-même pénétré dans le bloc qu'après que les personnes présentes avaient revêtu leurs blouses et leurs masques. Il soutient également qu'il ne lui incombait pas d'informer la pa-

tiente de la liste des personnes présentes au bloc opératoire. »

La patiente avait été déboutée en première instance par le Tribunal de Strasbourg, mais la Cour d'appel de Colmar infirme ce jugement, déclare le chirurgien « responsable du préjudice subi par la patiente du fait de la présence, non autorisée par elle, d'une collégienne stagiaire lors de l'intervention chirurgicale » et ordonne une expertise confiée à un psychiatre. On annonce depuis trente ans que les procès en responsabilité médicale en France vont évoluer comme aux USA, sans pourtant en constater un développement statistique majeur ; à lire cet arrêt on peut commencer à s'inquiéter ! ILB

Sociétés de médecins : quelles majorités et conditions pour exclure un associé ? (suite de la page 1)

Jurisprudence déclarant « non écrite » une disposition statutaire privant un associé de son droit de vote :

Depuis 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation interdit que les statuts d'une SAS privent l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition (arrêt du 23 octobre 2007, n° 06-16.537).

Par un **arrêt du 6 mai 2014**, la même chambre commerciale de la Cour de cassation a, au visa de l'article 1844-10, alinéa 2 du code civil, considéré qu'un article des statuts de SAS prévoyant que l'associé menacé d'exclusion ne vote pas et que les calculs de quorum et de majorité ne prennent pas en considération le voix dont il dispose, doit être « réputé non écrit », dès lors l'exclusion intervenue en vertu d'un tel article est nulle « peu important que l'associé ait été admis à prendre part au vote » (arrêt du 6 mai 2014, n° 13-14.960).

En exécution de cette jurisprudence, l'exclusion est nulle en présence de statuts privant l'associé de voter sur sa propre exclusion, même si finalement ses associés l'ont autorisé à voter malgré les statuts.

Article R. 4113-16 du code de la santé publique :

La loi du n° 90-1258 du 31 décembre 1990 sur les SEL ne prévoit pas de disposition spécifique concernant l'exclusion d'un associé. En revanche le décret d'application aux médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes, codifié à l'article R. 4113-16 du CSP, dispose :

« L'associé exerçant au sein d'une société d'exercice libéral de médecins, de chirurgiens-dentistes ou de sages-femmes peut en être exclu :

1° lorsqu'il est frappé d'une mesure disciplinaire entraînant une interdiction d'exercice ou de dispenser des soins aux assurés sociaux, égale ou supérieure à trois mois ;

2° lorsqu'il contrevient aux règles de fonctionnement de la société.

Cette exclusion est décidée par les associés statuant à la majorité renforcée prévue par les statuts, calculée en excluant, outre l'intéressé, les associés ayant fait l'objet d'une sanction pour les mêmes faits ou pour des faits connexes, l'unanimité des autres associés exerçant au sein de la société et habilités à se prononcer en l'espèce devant être recueillie. [...] »

Le Conseil national de l'Ordre des médecins a approuvé, en session plénière du 17 juin 2011, un guide et des statuts types de SELARL de médecins, dont certains articles sont assortis d'un signalement (E) que le CNOM explique ainsi : « Le signe (E) renvoie aux clauses essentielles que les statuts doivent obligatoirement comporter conformément à la délibération du CNOM en date du 7 avril 2011. Les clauses en marge desquelles figure la lettre E sont considérées comme des clauses essentielles (article 91 du code de déontologie médicale) soit qu'elles résultent des dispositions impératives du code civil et du code de commerce, soit qu'elles résultent de principes déontologiques fondamentaux. Il ne peut donc y être dérogé. »

Il ne peut donc être dérogé, au moment de la rédaction des statuts, à des clauses déclarées illégales par la Cour de cassation et il est fréquent que des Conseils départementaux refusent l'enregistrement de statuts de SEL dont l'auteur a corrigé les dispositions illégales des statuts types publiés par le CNOM.

Lois des 22 mai et 19 juillet 2019 :

La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite « loi PACTE ») a modifié l'article 1844-10 du code civil, dont le 2^{ème} alinéa est dorénavant rédigé ainsi qu'il suit : « Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite », ce qui renforce s'il en était besoin la portée de l'arrêt du 6 mai 2014 évoqué ci-dessus.

La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 a quant elle prévu, entre autres dispositions, la suppression de l'obligation de vote prévue à l'article L. 227-16 du code de commerce impliquant qu'une clause d'exclusion ne peut être modifiée qu'à l'unanimité des associés dans une SAS (donc dans une SELAS). Depuis la loi du 19 juillet 2019, la règle de l'unanimité n'est plus obligatoire. Mais comment modifier les statuts antérieurs d'une rédaction contraire, qui souvent ont pris en considération l'ancien article L. 227-16 en prévoyant que la modification des règles d'exclusion doit être votée elle-même à l'unanimité ?

On sait qu'un associé se sentant, à tort ou à raison, marginalisé, ne votera pas favorablement à une telle modification des statuts donnant à ses confrères plus de facilité à l'exclure ultérieurement.

SCM et exclusion :

(arrêt du 24 octobre 2018, Cassation ch. com., n° 17-26.402)

Les statuts types de société civile de moyens publiés pendant de nombreuses années sur le site du CNOM, et par voie de conséquence recopiés à des centaines d'exemplaires par les professionnels de santé mettant en commun des locaux, des matériels et/ou du personnel salarié, contenaient un article illégal prévoyant que les voix de l'associé menacé d'exclusion n'étaient pas prises en compte à l'occasion du vote de la délibération en assemblée générale, en violation avec l'article 1844 1^{er} alinéa du code civil, applicable aux SCM.

Dans une SCM entre ophtalmologistes, il était prévu qu'à partir de trois associés « l'assemblée générale statuant à l'unanimité des voix moins les voix de l'associé mis en cause peut, sur proposition de tout associé, exclure tout membre de la SCM » pour les causes précisées dans l'article. En application des statuts, un médecin associé était exclu par les trois autres disposant de 82,5% des voix, alors qu'il avait pu lui-même voter à l'encontre de la délibération prévoyant son exclusion. L'associé exclu avait attaqué la délibération, en soutenant que l'article des statuts permettant de voter sans prendre en considération ses voix devait être considéré comme non écrit et son exclusion annulée.

La Cour de cassation retient au contraire dans cet arrêt, nonobstant la rédaction malencontreuse des statuts, que l'associé avait pu prendre part au vote de la délibération décidant son exclusion, sans violer dès lors l'article 1844 alinéa 1^{er}.

Le CNOM a modifié les statuts types de SCM depuis 2016, mais souvent les statuts n'ont pas été corrigés depuis et le problème se rencontre encore. Les associés auraient intérêt à rectifier la rédaction illégale avant qu'elle soit mise en œuvre en situation de crise, c'est-à-dire quand l'exclusion d'un associé est envisagée.

ILB