

## Sommaire

Page

- Publicité des professionnels de santé .... 1
- SELARL : ordre du jour des AG ..... 3
- Société en participation de médecins :  
l'aléa juridique ..... 4
- Perte de chance de présenter  
un successeur ..... 5
- Suractivité de la maternité :  
non fautive ..... 5
- Cotisations du cogérant  
majoritaire de SELARL ..... 5
- PUPH et discipline ordinale ..... 6
- Redevance et coût  
de la permanence des soins ..... 7
- Biologie médicale : accréditation,  
cessation d'activité ..... 8

### **La Lettre du Cabinet**

Publication pluriannuelle éditée par :

Isabelle Lucas-Baloup  
Avocat à la Cour de Paris

Ont collaboré à ce numéro :  
Isabelle Lucas-Baloup  
Gabin Attia

ISSN 1766-3903  
Editions Scrof  
Dépôt légal : septembre 2018

12 avenue Kléber - 75116 Paris

Téléphone : 01 44 17 84 84

isabelle@lucas-baloup.com  
http://www.lucas-baloup.com

## **Publicité des professionnels de santé : les propositions du Conseil d'Etat** (Rapport du 3 mai 2018)

Le Premier Ministre Edouard Philippe a demandé en décembre 2017 au Conseil d'Etat une étude sur les règles applicables aux professions de santé en matière d'information et de publicité, qui soulèvent de nombreuses questions notamment au regard de la compatibilité du droit interne français avec le droit de l'Union européenne.

Le Rapport qui vient d'être rendu public rappelle d'abord que nos principaux voisins réglementent la publicité sans l'interdire totalement tandis qu'aux Etats-Unis celle-ci est libre tout en étant régulée (pages 50 et suiv.) :

En vertu du principe du libre exercice de la profession (*Grundrecht auf freie Berufsausübung*), les médecins exerçant **en Allemagne** sont en droit d'informer le public de leur activité et de faire de la publicité pour les services qu'ils proposent. Mais, dans le même temps, la publicité peut faire l'objet de restrictions légales justifiées par l'intérêt général (*Gemeinwohl*). Le paragraphe 27 du « code-modèle » fédéral énonce que les dispositions qu'il prévoit visent à garantir la sécurité des patients au moyen d'une information objective et raisonnable et à éviter la « commercialisation » de la profession de médecin.

**En Italie**, depuis 2006, les professionnels libéraux peuvent communiquer au public, par voie publicitaire, leurs titres et spécialisation, la nature des services offerts ainsi que le prix et le coût global des prestations, dans le respect de critères de transparence et de véracité du message délivré, ce qui a été confirmé en 2012 par le décret portant réforme des ordres professionnels. Aujourd'hui, les médecins peuvent également annoncer la présence de leurs éventuels collaborateurs et même faire de la publicité comparative, sous réserve que des indicateurs cliniques mesurables, certains et partagés par la communauté scientifique existent, afin d'éviter une comparaison mensongère.

**L'Espagne** autorise également la diffusion d'informations concernant les activités des professionnels de santé, avec une obligation d'objectivité, prudence et sincérité.

**Au Royaume-Uni**, les codes de la publicité et de la communication commerciale directe et promotionnelle sont applicables à la publicité et à l'information diffusées par les professionnels de santé. Le *Good Medical Practice Guide* de 2013 du *General Medical Council* leur recommande de s'assurer, lorsqu'ils font de la publicité pour leurs services, que l'information qu'ils publient est factuelle et vérifiable et n'exploite pas la vulnérabilité ou l'absence de connaissances médicales des patients.

**Les Etats-Unis**, l'AMA (*American Medical Association*) a publié un *Code of Medical Ethics* disposant que tout médecin peut faire de la publicité pour ses activités en tant que médecin, au moyen de toute forme de communication publique, à condition qu'une telle communication ne soit pas de nature à induire en erreur en omettant de faire état d'informations importantes et nécessaires, ni ne contienne d'éléments faux ou trompeurs. Elle autorise l'inclusion de témoignages de patients mais considère une telle communication trompeuse lorsque ces témoignages ne sont pas représentatifs des résultats habituellement observés chez des patients montrant une pathologie similaire. De même, présente un caractère trompeur tout élément tendant à suggérer qu'un résultat positif est certain.

Le Rapport décrit ensuite **l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)**, en s'attachant tout particulièrement à l'arrêt *Vanderborght* du 4 mai 2017, dans lequel la Cour a jugé que le droit de l'Union s'oppose à une législation nationale interdisant de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins. A l'occasion de son raisonnement concernant des soins buccaux et dentaires en Belgique, la Cour a rappelé que l'article 2 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite « commerce électronique » couvre toute forme de communica-

(suite page 2)

### Publicité des professionnels de santé : les propositions du Conseil d'Etat

(Rapport du 3 mai 2018)

(suite de la page 1)

tion destinée à promouvoir directement ou indirectement des services d'une personne exerçant une profession réglementée. De telles communications sont, en principe, autorisées sous réserve de respecter certaines règles, l'article 8 de la directive posant le principe selon lequel les Etats membres doivent s'assurer que les membres d'une profession réglementée peuvent faire de la publicité sur internet dès lors qu'ils respectent les règles de la profession, lesquelles protègent notamment l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession, ainsi que le secret professionnel et la loyauté tant vis-à-vis des clients que des confrères. Par cet arrêt, la Cour a conféré à la directive sur le commerce électronique une portée étendue, susceptible de fragiliser la réglementation française, écrit le Conseil d'Etat.

Le Rapport présente ensuite la demande légitime et croissante du public d'**informations générales sur la santé**, dans un climat de défiance alimenté par les crises sanitaires et considère que les sites d'information en ligne répondent de plus en plus à cette demande. Le patient à la recherche d'un professionnel de santé peut légitimement souhaiter disposer, en amont de sa décision, d'un certain nombre de renseignements au premier rang desquels figurent les pratiques professionnelles – afin notamment de ne pas être renvoyé, lors de la consultation, vers un autre praticien – et le coût des soins restant à sa charge. La liste des données que les professionnels sont aujourd'hui autorisés à communiquer au public semble trop restrictive et source d'inégalité entre patients.

En face de cette restriction, les références électroniques des professionnels, par des sites de notation apparaissent sur les moteurs de recherche et une « e-réputation » ou « réputation en ligne » est susceptible de se propager sans même que le professionnel concerné ait pris sur le processus. En définitive, l'essor rapide du numérique tend à créer un environnement juridique incertain pour le praticien qui s'interroge sur ce qu'il peut ou ne peut pas publier en ligne et s'il doit ou non réagir à ce qui est écrit sur lui.

Le Rapport souligne que les professionnels de santé sont également confrontés à la **concurrence d'établissements de santé** (cliniques etc.) et de **professionnels non soumis à l'interdiction de la publicité**

(ostéopathes, etc.). Les établissements de santé bénéficient d'une forme de publicité, par exemple par le biais des classements effectués par des hebdomadaires destinés au grand public ou de publications ou annonces émanant de collectivités territoriales soucieuses de leur attractivité en matière d'offre de soins.

Les professionnels exerçant dans les zones frontalières subissent également la concurrence de collègues installés dans les pays voisins dont la réglementation de la publicité est moins stricte.

Le Rapport conclut par plusieurs propositions, notamment ci-après :

#### Proposition n° 1 :

« Prévoir la faculté pour les professionnels de santé, dans le respect des règles déontologiques, de communiquer au public des informations sur leurs compétences et pratiques professionnelles, leur parcours professionnel, des informations pratiques sur leurs conditions matérielles d'exercice ainsi que des informations objectives à finalité scientifique, préventive ou pédagogique et scientifiquement étayées sur leurs disciplines et les enjeux de santé publique. »

#### Proposition n° 2 :

« Rendre obligatoire, dès la prise de rendez-vous, la diffusion, sur tout support, des informations économiques précises dont l'article R. 1111-21 du CSP impose déjà l'affichage dans les salles d'attente ou lieux d'exercice. »

#### Proposition n° 3 :

« Favoriser le développement de la communication des pharmaciens auprès du public, afin de l'assister dans le parcours de soins, sur la gamme des prestations qu'ils peuvent délivrer et leur qualité, leur certification quant à la dispensation des médicaments, la validation de leur formation professionnelle continue ainsi que leur appartenance éventuelle à des groupements d'officines ou à d'autres réseaux professionnels. Ces informations à caractère objectif et informatif pourraient être diffusées par tout support, et en particulier sur les sites internet des officines. »

#### Proposition n° 4 :

« Imposer aux professionnels libéraux venus d'autres Etats membres, auxquels un

accès partiel à l'exercice de certaines activités a été accordé au titre de l'article L. 4002-5 du CSP, d'informer préalablement le public, par tout support, de la liste des actes qu'ils ont été habilités à effectuer. »

#### Proposition n° 5 :

« Supprimer l'interdiction de la publicité directe ou indirecte dans le CSP et poser un principe de libre communication des informations par les praticiens au public, sous réserve du respect des règles gouvernant leur exercice professionnel. »

#### Proposition n° 6 :

« Imposer, par des dispositions expresses, que la communication du professionnel de santé soit loyale, honnête et ne fasse état que de données confirmées, que ses messages, diffusés avec tact et mesure, ne puissent être trompeurs, ni utiliser des procédés comparatifs, ni faire état de témoignages de tiers. »

#### Proposition n° 7 :

« Inviter les ordres à encourager les professionnels de santé à davantage communiquer au public, conformément à leurs recommandations, de manière à éviter toute "auto-proclamation" non vérifiée de spécialités, pratiques ou parcours professionnels. »

#### Proposition n° 8 :

« Prévoir que les nouvelles informations diffusées par les professionnels de santé le soient par tout support adéquat n'étant pas de nature à rendre cette diffusion commerciale. Les codes de déontologie pourraient confier aux ordres le soin de préciser, par des recommandations, les conditions dans lesquelles ces modes de publication seraient déontologiquement admis. »

#### Proposition n° 9 :

« Inciter les professionnels de santé, dans le cadre de leur formation initiale et continue, à davantage utiliser les outils numériques pour communiquer sur leurs expériences et pratiques professionnelles et intervenir efficacement sur tout support afin de répondre aux fausses informations ou approximations susceptibles d'affecter la protection de la santé publique. »

(suite page 3)

### Publicité des professionnels de santé : les propositions du Conseil d'Etat

(Rapport du 3 mai 2018)

(suite de la page 2)

#### Proposition n° 10 :

« Moderniser et harmoniser les rédactions des dispositions des codes de déontologie relatives au contenu et aux procédés de diffusion des informations. »

#### Proposition n° 11 :

« Les pouvoirs publics pourraient inclure, en accord avec les professionnels de santé, sur leurs sites numériques, le cas échéant par des liens hypertextes, les informations que ces professionnels communiqueraient au public volontairement ou obligatoirement. Les professionnels de santé seraient autorisés à diffuser au public les informations les concernant rendues publiques par les sites numériques des administrations. Les sites d'information mis en ligne par les pouvoirs publics gagneraient à être davantage coordonnés afin d'en accroître le référencement numérique et d'en améliorer l'accessibilité. »

#### Proposition n° 12 :

« Veiller, au besoin en insérant des clauses en ce sens dans les conventions conclues avec l'assurance maladie, à ce que les établissements de santé ne placent pas les professionnels de santé qui y travaillent en contradiction avec leurs obligations déontologiques en matière de communication



Isabelle Lucas-Baloup

au public et puissent, le cas échéant, faire l'objet de rappels à la loi à cet effet. »

#### Proposition n° 13 :

« Suggérer aux ordres de proposer que soit ajoutée à leur code de déontologie une formule inspirée de l'article R. 4321-124 du CSP relatif aux **masseurs-kinésithérapeutes**, qui distinguerait les activités relevant du monopole, pour lesquelles la libre communication serait encadrée, de celles qui n'en relèvent pas, pour lesquelles la publicité serait autorisée sous certaines conditions. »

#### Proposition n° 14 :

« Mettre en place des outils d'évaluation

des effets de la publicité ou de la communication commerciale sur les dépenses de santé ainsi que des effets induits, à terme, sur l'offre de soins en France par la concurrence entre prestataires au sein de l'Union européenne et dans le reste du monde. »

#### Proposition n° 15 :

« Proposer aux Etats membres de l'Union européenne une concertation en vue d'une meilleure coordination des législations nationales fixant les règles applicables aux professionnels de santé en matière de communication, à partir d'un livre vert de la Commission. »

Puissent, dans l'attente de la réforme des codes de déontologie français des médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes, masseurs-kinésithérapeutes, infirmiers et autres professionnels de santé, les instances disciplinaires saisies de plaintes pour publicité à l'encontre de ces professionnels qui, ce faisant, n'ont pas démerité au regard de leurs autres règles déontologiques, tenir compte de ces propositions en cessant de prononcer des condamnations parfois excessives, notamment en cas de récidive.

ILB

### SELARL : ordre du jour des AG

Les assemblées générales de SELARL sont soumises, pour leur fonctionnement, au droit des sociétés de droit commun (article 1832 code civil), au droit des sociétés d'exercice libéral (loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 et décret d'application aux professions médicales, codifié aux articles R. 4113-1 et suivants du code de la santé publique) et au droit des sociétés à responsabilité limitée (articles L. 223-1 et suivants et R. 223-1 et suivants du code de commerce). Les statuts doivent respecter ces dispositions.

Un décret n° 2018-146 du 28 février 2018 est **entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2018** permettant à un ou plusieurs associés détenant au moins un vingtième des parts sociales du capital de faire inscrire des points ou des projets de résolution à l'ordre du jour de n'importe quelle assemblée de la SELARL (nouvel article R. 223-20-3 du code de commerce, principe déjà prévu par l'article L. 223-27 du même code, qui attendait ce décret pour s'appliquer).

L'article R. 223-20-3 prévoit : « La demande d'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée de points ou de projets de résolution par un ou plusieurs associés détenant au jour de l'envoi de cette demande au moins un vingtième des parts sociales est adressée à la société par lettre RAR ou courrier électronique avec accusé de réception, 25 jours au moins avant la date de l'assemblée. La demande d'inscription d'un point à l'ordre du jour est motivée. La demande d'inscription de projets de résolution est

accompagnée du texte de ces projets, lesquels peuvent être assortis d'un bref exposé des motifs. Dès lors qu'il a été satisfait aux obligations prévues aux alinéas précédents, les points et les projets de résolution sont inscrits à l'ordre du jour et sont soumis, pour ce qui concerne les projets, au vote de l'assemblée. »

Cette faculté s'applique même si elle n'est pas prévue aux statuts et toute clause contraire est « réputée non écrite ».

Le décret ne règle pas tous les problèmes. Ces textes protecteurs des associés minoritaires sont destinés à s'appliquer lorsqu'il existe un conflit entre associés. Quand tout va bien dans le meilleur des mondes, les associés se contentent d'en parler entre eux en temps utile et le gérant qui convoque officiellement l'assemblée inscrit spontanément ce qui lui a été demandé par ses confrères, sans qu'il y ait matière à s'intéresser aux dispositions réglementaires coercitives.

Dans des SELARL de professionnels médicaux ou paramédicaux où règnent non pas la confraternité mais des guerres picrocholines, le délai de 25 jours peut s'avérer difficile à respecter si le gérant ne communique pas à l'avance la date prévue pour la prochaine assemblée. Il convient en conséquence de s'y prendre au plus tôt, en demandant au gérant la date de la prochaine assemblée et, dans le doute, l'inscription des résolutions à la prochaine as-

(suite page 4)

### SELARL : ordre du jour des AG

(suite de la page 3)

semblée, quelle qu'en soit la date.

Pour des raisons plus comptables et fiscales que juridiques, il est fréquent que tous les associés d'une SELARL soient cogérants. Ce texte n'est alors pas restrictif puisqu'un cogérant peut lui-même provoquer une consultation des associés, même s'il n'est pas titulaire d'1/5<sup>ème</sup> des parts sociales.

L'article 812 du code de procédure civile permet, sur simple

requête présentée au président du tribunal de grande instance pour les SELARL, de faire nommer un huissier de Justice qui pourra enregistrer l'intégralité des débats si cela apparaît nécessaire, dans les hypothèses particulières où les échanges entre collègues méritent qu'un tiers non impliqué dans les débats en consigne le contenu.

ILB

### Société en participation de médecins : l'aléa juridique

(arrêt Cour d'appel Montpellier, 2<sup>ème</sup> ch., 12 juin 2018, n° 16/02454)

Les nombreux professionnels de santé qui exercent en « SDF » (société de fait) et s'en vantent n'ont pas toujours une parfaite conscience des risques juridiques encourus. Combien de procédures compliquées démontrent qu'il est préférable de constituer une vraie société, dotée de la personnalité morale, immatriculée au registre des sociétés, plutôt que de fonctionner dans un cadre incertain au sein duquel les solutions juridiques sont la plupart du temps aléatoires ? Quant à ceux qui « contractualisent » leurs sociétés de fait, en rédigeant des statuts et des règlements intérieurs « pour les sécuriser » ils feraient mieux de s'abstenir, cet arrêt de juin 2018 de la Cour de Montpellier le démontre une fois de plus.

L'arrêt expose :

« D'après son règlement intérieur et les explications fournies par les parties, soit la mise en commun des honoraires de tous les praticiens et une rétribution au prorata, une répartition des charges au 1/6<sup>ème</sup> et l'absence de personnalité morale, la société Ortho d'Oc dans laquelle étaient associés MM. Didier M., Michel B., Fabrice A, Pierre-Etienne M., Annick R. et Michel V. était bien une société de fait et non une société de fait de moyens.

Dès lors que les associés ont parfaitement connaissance d'appartenir à une société, que cette société est régie par un règlement intérieur, bien qu'appelée société de fait, la société Ortho d'Oc est une société en participation.

Les six associés étant des médecins chirurgiens, outre les dispositions applicables du code civil relatives aux sociétés en participation, sont aussi applicables les dispositions de la loi n° 90-258 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 et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

L'article 22 de cette loi dispose que notwithstanding toute disposition législative ou réglementaire déterminant limitativement les modes d'exercice en commun de la profession, il peut être constitué entre personnes physiques exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé une société en participation, régie par les dispositions ci-après et celles non contraires des articles 1871 à 1872-1 du code civil.

Les dispositions de l'article 1872-2 du code civil qui disposent que lorsque la société en participation est à durée indéterminée, sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification, par l'un d'eux à tous les associés pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps, n'étaient donc pas applicables en ce qui concerne la société Ortho d'Oc.

Dès lors, la dissolution de la société Ortho d'Oc notifiée par quatre courriers avec AR du 15 juillet 2015 de MM. Fabrice A. et Pierre-Etienne M., et du 16 juillet 2015 de MM. Yannick R. et Michel B. envoyés à M. Michel V., avec effet au 31 août 2015, est irrégulière.

Dans la mesure où ces quatre notifications sont illégales, il n'y a pas lieu d'apprécier si elles ont été faites de mauvaise foi et/ou à contretemps.

Dans le règlement intérieur de la société Ortho d'Oc, aucune des stipulations n'est relative à la dissolution. C'est pourquoi par application des dispositions de l'ar-

ticle 1871-1 du code civil, s'appliquent les dispositions de l'article 1844-7 du code civil qui énoncent les huit cas par lesquels une société civile peut prendre fin.

Dans la présente espèce, la dissolution pouvait résulter soit d'une décision unanime des associés, 4° dudit article 1844-7, soit d'un jugement du tribunal de grande instance à la demande d'un associé pour juste motif, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société, 5° de l'article 1844-7.

A défaut d'unanimité des associés ou d'une dissolution judiciaire, la dissolution de la société Ortho d'Oc au 31 août 2015 décidée par quatre des six associés, est irrégulière.

[...] Par application des dispositions de l'article 1871-1 et 1852 du code civil, à défaut de précisions dans le règlement intérieur de la société, les décisions au sein de la société Ortho d'Oc devaient être prises à l'unanimité. »

Alors que 4 des 6 associés considéraient s'être débarrassés d'un d'entre eux en procédant à la dissolution de la société en participation, la Cour juge que cette démarche était illégale.

Mais obtenir l'unanimité de 6 associés lorsque leurs intérêts sont contraires s'avère habituellement impossible et ce fut le cas.

Le droit est pourtant logique : non immatriculée, la société n'est qu'un contrat et on ne modifie pas un contrat par une majorité de signataires mais à l'unanimité. Chacun n'est engagé que par sa propre signature.

Tous ceux qui ont vécu la règle de l'unanimité le savent : la société de fait ce n'est pas toujours la fête.

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](http://www.lucas-baloup.com)

### Perte de chance de présenter un successeur

(arrêt Cour d'appel Grenoble, 1<sup>ère</sup> ch. civ., 26 juin 2018, n° 17/03322)

Un chirurgien vasculaire, exerçant à titre libéral sans contrat écrit dans une clinique, est remercié par la direction suite à un « recentrage sur l'orthopédie et la neurochirurgie » indique l'arrêt. Il obtient de la Cour d'appel de Chambéry environ 200 000 € à titre d'indemnité compensatrice d'un délai de préavis non respecté, 100 000 € en réparation du dommage subi du fait de la perte du droit de présentation de sa patientèle et une indemnité de procédure que lui règle la clinique.

La Cour de cassation casse l'arrêt en ce qu'il a alloué une indemnité de perte de droit de présentation de patientèle et renvoie l'af-

faire devant la Cour de Grenoble, devant laquelle le chirurgien ne se défend pas.

L'arrêt du 26 juin 2018 juge :

« Le droit de présenter un successeur et de céder sa clientèle ne se présumant pas doit être expressément prévu au contrat liant les parties. En l'espèce, il n'existe aucun contrat écrit organisant les relations contractuelles des parties. » et refuse en conséquence l'indemnisation d'un tel préjudice en matière de contrat d'exercice libéral verbal.

ILB

### Suractivité de la maternité : non fautive

(arrêt Cour d'appel Toulouse, 1<sup>ère</sup> ch., 5 mars 2018, n° 15/06068)

En application de l'article L. 1142-1 I du code de la santé publique, un établissement de santé n'est responsable qu'en cas de faute, qu'il commet lui-même ou par ses préposés telle qu'un défaut dans l'organisation des services, un manquement à l'obligation d'assurer la continuité des soins en application de l'article L. 1110-1 du CSP, un défaut dans la mise en œuvre des soins paramédicaux ou un manquement à l'obligation de veiller à la sécurité du patient en fonction de son état.

Une parturiente fait valoir qu'après la 2<sup>ème</sup> injection d'analgésique effectuée en présence de la sage-femme, elle a été laissée seule avec son compagnon en salle d'accouchement entre 11h45 et 12h15,

alors qu'elle était déjà entrée en travail et a accouché seule à 12h09 pendant que son compagnon était parti chercher de l'aide.

La Cour de Toulouse mentionne que « Dans le contexte de la suractivité importante de la maternité lors de l'accouchement, de l'impossibilité de réguler une activité d'urgence telle que l'obstétrique, du déroulement jusqu'alors normal de la grossesse de Mme N. et de l'extrême rapidité, non prévisible, de son travail, l'absence de médecin et/ou de sage-femme auprès de celle-ci au moment de l'accouchement et dans la demi-heure qui a précédé ne peut même s'il aurait été préférable que l'intéressée n'affronte pas seule ce moment critique dont l'expert judiciaire

indique qu'il peut être considéré comme une urgence obstétricale, être imputée à faute à la clinique, que ce soit au travers d'un défaut d'organisation du service ou de continuité des soins ou au travers d'une mauvaise appréciation de la situation d'urgence par son personnel paramédical. »

L'expertise avait établi que le personnel médical et paramédical présent était conforme aux normes recommandées pour une maternité de type 2 réalisant 3 600 accouchements par an, mais que la clinique a dû faire face à la mi-journée à 7 femmes en travail simultané et 4 accouchements réalisés entre 11h55 et 12h29.

ILB

### Cotisations du cogérant majoritaire de SELARL

(arrêt Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> ch., 31 mai 2018, n° 17-17.518)

Quand plusieurs cogérants détiennent ensemble plus de la moitié du capital social d'une SARL, idem pour une SELARL, ils sont tous qualifiés gérants majoritaires et relèvent du régime de sécurité sociale des travailleurs indépendants (dit TNS, régime des travailleurs non-salariés), géré depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018 par le régime Sécurité Sociale des Indépendants et non plus par le RSI (ancien Régime Social des Indépendants).

Un membre minoritaire, voire non associé, d'un collège de gérance majoritaire, ne peut échapper à ce régime et revendiquer le statut de salarié : la condition tenant à l'absence de participation majoritaire s'apprécie au niveau du collège de gérance et non au niveau de chacun de ses membres, vient de juger la 2<sup>ème</sup> chambre de la Cour de cassation, comme l'avait fait avant elle la chambre sociale.

Donc pour faire simple :

- gérant unique, associé détenant plus de 50% du capital à lui tout seul → gérant majoritaire : TNS (nouvelle Sécurité Sociale des Indépendants, ex RSI)
- cogérant, associé ou pas, l'ensemble des cogérants détenant plus de 50% du capital → gérant majoritaire = TNS (idem ex RSI)
- gérant unique, associé détenant moins de 50% du capital → gérant minoritaire : « assimilé-salarié » (régime général de la Sécurité sociale)
- cogérant, associé ou pas, l'ensemble des cogérants détenant moins de 50% du capital → gérant minoritaire : « assimilé-salarié » (idem)
- le gérant égalitaire est traité comme le gérant minoritaire et considéré comme un « assimilé-salarié ».

ILB

### PUPH et discipline ordinale

(arrêt Conseil d'Etat, 13 avril 2018, n° 406887)



Gabin Attia

« Comment qualifier au cours de la guerre entre Israël et Gaza la mort par bombardement classique de 22 membres d'une même famille ? S'agit-il d'un crime de guerre, d'un crime contre l'humanité, d'un génocide ? » Telle est la question posée en 2012 à des étudiants en médecine de l'université Paris-Diderot par leur professeur, par ailleurs praticien hospitalier. Un tollé d'une telle ampleur s'ensuit que ce dernier fait l'objet non seulement d'une enquête administrative des instances académiques mais également, sur plainte du conseil départemental de la ville de Paris de l'Ordre des médecins, de poursuites disciplinaires devant la chambre discipli-

naire de première instance d'Île-de-France de l'Ordre des médecins.

Le conseil départemental soulève deux griefs qui tiennent d'une part à la formulation du sujet d'examen et, d'autre part, aux propos tenus par le PUPH dans une tribune diffusée sur internet en 2014.

Il est sanctionné d'un blâme en première instance et perd en appel au motif que, bien que le premier grief soit reconnu infondé, ce n'est pas le cas du second tenant au libellé du sujet d'examen lequel suffit à justifier la sanction prononcée.

Mais le Conseil d'Etat censure ce raisonnement : les faits reprochés à un praticien hospitalier professeur des universités, lorsqu'ils se rapportent aux activités exercées en cette dernière qualité et qu'ils sont indétachables des activités universitaires, ne peuvent être valablement poursuivis devant les instances disciplinaires ordinaires.

Il ne s'agit pas nécessairement d'une solution intuitive car les instances disciplinaires répriment habituellement tout « acte de nature à déconsidérer la profession » au sens de l'article R. 4127-31 du code de la santé publique ; pourtant, le Conseil d'Etat considère en l'espèce que le grief soulevé par le conseil départemental est irrece-

vable.

La solution est néanmoins nécessaire. Ce moyen ne peut être examiné puisqu'il a trait à « la connotation politique du libellé d'un sujet d'examen » : le Conseil d'Etat, au visa de la Constitution et de l'article L. 952-2 du code de l'éducation, préserve l'indépendance des professeurs d'université qui a valeur de principe fondamental reconnu par les lois de la République (Conseil constitutionnel, 20 janvier 1984, n° 83-165 DC) en sauvegardant le périmètre d'intervention de l'instance spéciale de l'article L. 952-22 du code de l'éducation.

La liberté d'expression d'un professeur d'université ne peut donc être indirectement bridée par les juridictions de son ordre professionnel : praticien hospitalier ou non, ce qui se passe à l'Université reste à l'Université.

Prudence toutefois, car les juridictions disciplinaires conservent une compétence de principe pour l'ensemble des faits commis par les praticiens professeurs, tant qu'ils sont détachables des fonctions universitaires et de nature à déconsidérer la profession.

GA

### Redevance et coût de la permanence des soins

(arrêt Cour de Paris, pôle 2, 2<sup>ème</sup> ch., 7 juin 2018, n° 16/13180)

Voici un arrêt bien intéressant à plus d'un titre. Le conflit oppose une clinique psychiatrique à un médecin psychiatre, mais certains alinéas de la décision de la Cour de Paris concernent tout aussi bien les cliniques médico-chirurgicales et les autres médecins spécialistes :

#### Délais de prescription de la demande de remboursement : 5 ou 30 ans ?

L'arrêt analyse d'abord la recevabilité de l'action engagée pour obtenir le remboursement de redevances que le médecin prétendait excessives par rapport au coût des services mis à disposition par la clinique, prescription par 5 ans (comme le revendiquait la clinique) ou 30 ans (comme s'en prévalait le médecin) ?

La prescription dite « extinctive » s'entend d'un délai au-delà duquel un justiciable ne peut plus agir valablement pour défendre ses droits. Avant une réforme introduite par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, le délai était de 30 ans lorsque le demandeur et le défendeur étaient liés par un contrat, par exemple un contrat d'exercice libéral de la médecine entre un praticien et un établissement de santé privé. La réforme a réduit de 30 ans à 5 ans ce délai, qui court à compter du jour où le créancier a connu les faits lui permettant d'exercer le droit, dans un article 2224 du code civil ainsi libellé : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par 5 ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.* »

La loi s'applique dès sa promulgation mais des dispositions transitoires ont été prévues :

- quand une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la loi, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne : donc si l'assignation pour réclamer une redevance excessive a été introduite avant le 19 juin 2008, la période sur laquelle on calcule la redevance indue à rembourser demeure de 30 ans ;
- en l'absence de procédure engagée avant la réforme, la durée totale du délai de prescription ne peut dépasser la durée prévue par la loi antérieure, c'est-à-dire 30 ans, calculée depuis les actes concernés. Dès lors, quand la prescription a été réduite de 30 à 5 ans, on compte les 5 ans à compter du 19 juin 2008, mais le délai total ne peut pas excéder 30 ans. Exemple : une action se prescrit par 30 ans à compter du 30 avril 2006 ; le délai aurait dû expirer le 30 avril 2036. En exécution de la nouvelle loi, c'est un nouveau délai de 5 ans qui a commencé à courir à compter du 19 juin 2008 et de ce fait la prescription sera acquise le 19 juin 2013.

La Cour rappelle, dans cet arrêt du 7 juin 2018, que l'action en répétition de redevances indûment prélevées au regard du contrat d'exercice libéral conclu entre une clinique et un médecin ne constitue par une action en répétition de loyers, de fermages ou de charges locatives (comme le soutenait la Clinique) de sorte qu'une telle action

(suite page 7)

### Redevance et coût de la permanence des soins

(arrêt Cour de Paris, Pôle 2, 2<sup>ème</sup> ch., 7 juin 2018, n° 16/13180)

(suite de la page 6)

était prescrite par 30 ans antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme de la prescription intervenue par la loi du 17 juin 2008 ayant réduit à 5 ans la prescription de droit commun. Il en résulte que l'action engagée par le médecin, par assignation du 17 juin 2013 soit moins de 5 ans après la loi nouvelle, portant sur des redevances versées par lui pendant les années 1989 à 2004, n'était pas prescrite au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et est recevable.

Le médecin avait également formulé une demande en paiement au titre du coût de la permanence médicale qu'il avait assurée au sein de la Clinique, alors que la loi de l'époque ne l'imposait pas. La Cour juge que « le coût de la permanence médicale se calculant annuellement et comprenant la rémunération de vacations effectuées par périodicités, nuit, jour férié ou dimanche, la demande en paiement est soumise à la prescription de l'article 2227 du code civil qui s'applique aux actions en paiement généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts » et confirme sur ce point le jugement qui avait justement retenu que l'action du psychiatre relevait de la prescription trentenaire prévue à l'article 2262 ancien du code civil, ce délai étant applicable aux actions de nature contractuelle ou quasi-contractuelle.

#### Au fond, sur la permanence médicale

L'arrêt rappelle qu'aux termes de l'article D. 6124-472 du code de la santé publique tel que résultant du décret du 29 mars 1956, il était prévu qu'un médecin ou un interne devait se trouver en permanence dans les maisons de santé pour maladie mentale, de sorte qu'il appartenait aux établissements psychiatriques et à leurs médecins de mettre en place une permanence médicale qui pouvait être assurée par des médecins généralistes ou des internes en médecine, a fortiori également par des médecins psychiatres. Ce texte a été modifié par un décret du 7 novembre 2006 qui prévoit qu'un médecin qualifié en psychiatrie doit se trouver en permanence dans l'établissement, sauf la possibilité pour l'établissement de solliciter une dérogation auprès de l'ARS pour mettre en place une astreinte psychiatrique et une prise en charge médicale des pathologies somatiques, mais cette disposition nouvelle n'est pas applicable en l'espèce puisque le médecin concerné avait quitté la clinique depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2004. Au sein de cette Clinique, la permanence médicale avait toujours été assurée par un médecin psychiatre, avant même la modification apportée par le décret de 2006, les praticiens ayant, dans le cadre d'une société de fait existant entre eux, assumé, soit personnellement, soit financièrement, les gardes sur place de nuits, de dimanches et de jours fériés.

Même si les contrats conclus entre la Clinique et les psychiatres y exerçant prévoyaient que les médecins devaient « assurer la continuité des soins et répondre en permanence à toute astreinte de garde et d'urgence », l'arrêt confirme la position du jugement de première instance « ayant justement analysé ces stipulations contractuelles en retenant qu'elles visent à assurer "la continuité des soins" obligation rappelée à l'article R. 4127-47 du CSP comme répondant au suivi du patient, différente de celle de la "permanence des soins" et que le système d'astreinte de garde et d'urgence diffère d'un système de permanence sur place du praticien en ce qu'il ne lui impose pas de présence physique dans l'établissement en dehors des heures et jours ouvrables. Dès lors elles ne s'entendent pas comme imposant au psychiatre contractant d'assurer la perma-

nence médicale des nuits, dimanches et jours fériés imposée par le décret de 1956. Au demeurant, le Dr X. expose à bon droit que, même si les stipulations contractuelles devaient être interprétées comme mettant à sa charge la permanence médicale au sein de l'établissement, ces dispositions seraient nulles et de nul effet au regard de l'intégration du coût de la permanence médicale dans le prix de journée versé à la clinique et de l'application de l'article L. 4113-5 du CSP. »

La Cour ajoute : « Par ailleurs, c'est en vain que la Clinique prétend que la permanence médicale incomberait aux médecins comme relevant de leur obligation de délivrance des soins médicaux et serait incluse dans l'honoraire de surveillance servi aux praticiens en application de l'article 20 de la NGAP. En effet, l'acte correspondant aux honoraires de surveillance est un acte individualisé, effectif, répondant à une nécessité thérapeutique et ne peut être assimilé à une permanence médicale assurée sur l'ensemble des malades d'un établissement. La surveillance médicale visée à l'article 20 de la NGAP consiste pour le médecin à surveiller régulièrement l'état de santé du malade et non à assurer la surveillance médicale de celui-ci à tout instant de la journée et de la nuit et les honoraires forfaitaires de surveillance versés aux psychiatres exerçant à titre libéral ne recouvrent nullement la surveillance médicale nocturne des malades qui relève de la seule responsabilité de l'établissement de soins et donc le coût est inclus dans le prix de journée. »

Le médecin est bien fondé à calculer son indemnisation en se fondant sur le montant des honoraires de garde, affectés d'un coefficient d'érosion monétaire pour la période de 1989 à 1993 et d'un coefficient de revalorisation de 20% à partir de juillet 2002, à raison de la revalorisation des honoraires médicaux intervenue en juin 2002. **L'indemnisation du médecin doit être égale à son appauvrissement de sorte que la Clinique est condamnée à lui verser 275 912 €.**

#### Chambre de garde

La Clinique est condamnée à rembourser au médecin la redevance qu'elle lui a fait supporter pour mise à disposition d'une chambre de garde de 23 m<sup>2</sup>.

#### Redevance forfaitaire de 10% excessive

La Cour rappelle à la Clinique qu'« Au regard de l'article L. 4113-5 du code de la santé publique, un établissement de santé ne peut réclamer au médecin exerçant dans ses locaux que le coût des prestations effectivement fournies de sorte que le praticien est fondé à demander la révision du taux de la redevance à un niveau qui la rende égale au coût des prestations effectivement assurées par l'établissement à son profit. »

L'arrêt expose que la Clinique ne produisait pas de justificatifs des sommes facturées et « se contentait d'affirmer qu'elle a appliqué le taux contractuel de 10% alors qu'il lui incombe de prouver que le montant des redevances correspond à des prestations effectivement fournies. »

C'est donc en parfaite conformité avec la jurisprudence de la Cour de cassation que la Cour de Paris condamne la Clinique également sur ce point, à rembourser au médecin la redevance payée à la hauteur de la partie non justifiée.

Là encore le principe n'est pas cantonné aux redevances payées par les médecins psychiatres.

ILB

## **Biologie médicale : absence d'accréditation, cessation d'activité**

*(arrêt Conseil d'Etat, 12 mars 2018, n° 418557)*

L'ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010 relative à la biologie médicale a remplacé l'autorisation, qui était jusqu'alors, en application du premier alinéa de l'article L. 6211-2 du code de la santé publique, nécessaire à un laboratoire d'analyses de biologie médicale pour fonctionner, par une accréditation, en l'absence de laquelle l'article L. 6221-1 du code de la santé publique prévoit désormais, depuis sa modification par cette ordonnance, qu'un laboratoire de biologie médicale ne peut réaliser d'examen de biologie médicale. L'article L. 6221-8 du même code permet seulement qu'un laboratoire de biologie médicale soit, par dérogation à ce principe d'interdiction, autorisé par le directeur général de l'agence régionale de santé à poursuivre certaines activités pour lesquelles son accréditation a été suspendue ou retirée pour répondre à des situations d'urgence ou à une insuffisance grave de l'offre locale pendant une durée maximale de trois mois renouvelable une fois. En dehors de cette hypothèse, la réalisation d'examens de biologie médicale par un laboratoire de biologie médicale ne disposant pas de l'accréditation prévue à l'article L. 6221-1 du code de la santé publique constitue, en vertu du 10° de l'article L. 6241-1 et de l'article L. 6241-2 de ce code, une infraction passible d'une amende administrative. Le I de l'article 7 de l'ordonnance du 13 janvier 2010 prévoit, à titre de dispositions transitoires, que, jusqu'au 31 octobre 2020, un laboratoire de biologie médicale privé doit, pour fonctionner, détenir, s'il n'est pas accrédité, l'autorisation administrative prévue antérieurement à cette ordonnance au premier alinéa de l'article L. 6211-2 du code de la santé publique, cette autorisation pouvant être retirée lorsque les conditions de sa délivrance cessent d'être remplies et produisant ses effets, selon le II du même article, jusqu'à l'accréditation du laboratoire et au plus tard au 1<sup>er</sup> novembre 2020. Enfin, le quatrième alinéa du même I de cet article dispose qu'« A compter du 1<sup>er</sup> novembre 2016, les laboratoires de biologie médicale ne peuvent fonctionner sans disposer d'une accréditation portant sur 50% des examens de biologie médicale qu'ils réalisent. Toutefois, les laboratoires de biologie médicale qui, au 31 octobre 2016, ont déposé une demande d'accréditation portant sur 50% des examens de biologie médicale qu'ils réalisent et sur au moins un examen par famille auprès de l'instance

nationale d'accréditation mentionnée au I de l'article 137 de la loi n° 008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie sont autorisés à continuer à fonctionner après le 31 octobre 2016 jusqu'à ce que cette instance ait pris une décision sur leur demande, et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2017 ».

Le directeur général de l'agence régionale de santé d'Ile-de-France a retiré à un laboratoire l'autorisation de fonctionnement, pour la réalisation d'examens de biologie médicale, qu'il lui avait délivrée en 2016, à défaut de satisfaire à cette contrainte.

Le LBM a saisi le juge des référés, qui l'a débouté, puis a saisi le Conseil d'Etat dans le cadre d'un « référé-liberté » en soutenant notamment que :

- la condition d'urgence est remplie dès lors que la décision litigieuse fait obstacle à la poursuite de son activité et est ainsi susceptible, eu égard à sa situation économique et financière critique, de conduire à sa liquidation judiciaire et à la perte de leur emploi par ses treize salariés, de même qu'elle fait obstacle à tout projet de vente ou cession ;
- la décision litigieuse porte une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'entreprendre ;
- aucune disposition ne donne compétence au directeur général de l'agence régionale de santé pour retirer son autorisation de fonctionnement à un laboratoire d'analyses médicales et lui enjoindre de cesser immédiatement toute activité au motif qu'il ne dispose pas d'une accréditation de 50% de son activité ;
- le directeur général de l'agence régionale de santé s'est à tort cru lié pour retirer l'autorisation de fonctionnement et enjoindre au laboratoire de cesser immédiatement toute activité, sans attendre l'issue du recours gracieux auprès du comité français d'accréditation ;
- la décision litigieuse est illégale faute d'avoir été précédée d'une procédure contradictoire ;
- en ce qu'elle porte interdiction générale et absolue d'exercer une activité, elle n'est ni nécessaire, ni adaptée, ni proportionnée.

Dans cet arrêt du 12 mars 2018, le Conseil d'Etat rappelle que « Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : "Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à

la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures". En vertu de l'article L. 522-3 du même code, le juge des référés peut rejeter une requête par une ordonnance motivée, sans instruction contradictoire ni audience publique, lorsque la condition d'urgence n'est pas remplie ou lorsqu'il apparaît manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée. A cet égard, il appartient au juge d'appel de prendre en considération les éléments recueillis par le juge du premier degré dans le cadre de la procédure écrite et orale qu'il a diligentée. »

Puis confirme l'ordonnance attaquée en jugeant qu'« Il résulte de l'instruction devant le juge des référés du tribunal administratif de Paris que le laboratoire de biologie médicale [...], qui avait été autorisé à fonctionner par décision du 11 février 2016 du directeur général de l'agence régionale de santé d'Ile-de-France, a vu sa demande d'accréditation rejetée le 22 décembre 2017 par le directeur général du comité français d'accréditation. En vertu des dispositions citées au point précédent, ce laboratoire ne pouvait légalement continuer à fonctionner à compter de cette date, faute de disposer d'une accréditation portant sur 50% des examens de biologie médicale qu'il réalise. Dans ces conditions, le retrait, le 19 janvier suivant, par le directeur général de l'agence régionale de santé d'Ile-de-France, de l'autorisation de fonctionner qu'il avait précédemment accordée à ce laboratoire dans l'attente de son accréditation, à supposer même qu'il n'ait pas été imposé par le refus d'accréditation, n'apparaît pas, en l'état de l'instruction, de nature à caractériser la condition d'urgence particulière prévue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative, qui supposerait que la suspension demandée de l'exécution de l'acte litigieux soit de nature à sauvegarder, dans un délai de quarante-huit heures, la liberté fondamentale à laquelle il est allégué qu'il porte une atteinte grave et manifestement illégale. »

**ILB**