

Sommaire

Page

- Y a-t-il un médecin dans l'avion ? 1
- Cession de LBM ou de radiologie :
les conditions suspensives 3
- Indépendance des médecins
en SELAS 4
- Louer des parts de SEL à
un collaborateur libéral ou salarié 4
- Collaborateur de vétérinaire 4
- Requalification de CDD en CDI
pour une IDE 5
- Radiation disciplinaire d'un
chirurgien de l'obésité 5
- Des délits sexuels sans sexe ? 6
- Deux chirurgiens pour une compresse
oubliée 8
- Obligation d'information et
préjudice d'impréparation 8
- Liquidation judiciaire et suspension de
l'exécution provisoire 9
- Clinique privée : charge de la preuve 9
- Epilation à la lumière pulsée :
pas par les esthéticiennes 10
- Groupes de cliniques et directeurs
d'établissements, qui décide ? 10
- Le burnout des médecins :
plus élevé chez les non hospitaliers 11
- Redevances en biologie médicale 12

Y a-t-il un médecin dans l'avion ?

Quand un praticien, non urgentiste, pas de garde et tranquillement installé pour un vol international entend le commandant de bord se livrer à cette invitation de venir bénévolement donner un coup de main au PNC dont les compétences issues d'un certificat de sécurité et de sauvetage sont largement dépassées face à l'état critique d'un passager qui souffre, il hésite souvent à se manifester rapidement et, au minimum, il regarde dans la cabine discrètement si un confrère ne s'avère pas plus prompt à une intervention qui peut se révéler à fort risque si la spécialité du médecin ne l'a pas exposé, depuis de nombreuses années, au diagnostic et au traitement de pathologies aussi variées qu'une embolie pulmonaire, une crise d'angor ou d'appendicite aiguë. Le passager qui se tord de douleurs, allongé dans le couloir, qu'enjambent les hôtesses est-il frappé par une colique néphrétique, un coma diabétique, une thrombose veineuse ou une dissection aortique ? Quand on opère des cataractes depuis 30 ans, il n'est pas évident que la seule carte professionnelle de médecin, dont il faudra exciper avant de déployer la trousse médicale d'urgence, donne des ailes pour prodiguer les premiers gestes utiles. *« J'ai oublié où se cache exactement la membrane cricothyroïdienne que je devrai inciser pour réussir la trachéotomie d'urgence qui sauvera cet obèse en train de suffoquer à cause d'un gros morceau de blanquette de veau aux champignons, m'explique son épouse dans un état de stress inférieur au rush d'adrénaline qui me cause à moi-même un trouble du rythme dès que j'observe la détresse du mari. Pourquoi ne pas avoir choisi la lotte-ratatouille ? »*

Avant de se lever, et en priant le ciel que le malade ne soit pas l'un des pilotes, le médecin rencontre aussi l'angoisse de ne pas très bien savoir à quoi il s'expose, en termes de responsabilité, s'il échoue dans l'efficacité de l'action sollicitée.

La situation est donc très inconfortable, pour un médecin français, qui – comme tout le monde – connaît les peines sanctionnant le délit d'omission de porter secours à une personne en péril (article 223-6 du code pénal : 5 ans de prison et/ou 75 000 € d'amende) et aussi ses obligations déontologiques : devoir de porter assistance à un malade (article R. 4127-9 du code de la santé publique), même en dehors de sa spécialité médicale compte tenu de l'omnivalence du diplôme de docteur en médecine (article R. 4127-70). A ce moment précis, c'est plutôt l'article R. 4127-40 qui lui revient à l'esprit : ne pas faire courir au patient un risque injustifié.

Le droit pénal français s'applique au médecin quelle que soit la place de l'avion, s'il est immatriculé en France, et même s'il ne survole pas le territoire national (article 113-4, code pénal). S'il s'agit d'un avion étranger, l'article 3 de la Convention de Tokyo (14 septembre 1963, déposée auprès de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale, institution spécialisée des Nations Unies) confirme la compétence de l'Etat d'immatriculation de l'aéronef pour connaître des actes, éventuellement des crimes et délits, commis à bord.

Mais aucune jurisprudence française n'a été publiée à l'occasion d'un contentieux opposant un médecin bénévolement intervenu à bord et un passager se prétendant victime d'une faute professionnelle eu égard aux connaissances médicalement avérées ou aux données

(Suite page 2)

Y a-t-il un médecin dans l'avion ?

(suite de la page 1)

acquises de la science.

En droit aérien américain, des affaires ont été déjà jugées, notamment *Singh v. Caribbean Airlines Limited* (Southern District of Florida, aff. n° 13-20639-CIV-ALTONAGA) et *Safa v. Deutsche Lufthansa* (New York Eastern District Court, aff. n° 12-CV-2950), mettant en cause tant la qualité des soins fournis par l'équipage que par les médecins ayant prêté leur concours, outre un reproche au commandement de bord qui, selon les victimes, aurait dû décider rapidement d'atterrir au plus près. Dans les deux dossiers, le passager a été débouté, et les arrêts ont retenu que les soins diligentés ne constituaient pas un « accident » au sens de la Convention de Montréal, signée le 28 mai 1999 (cf. Revue de Droit des Transports, oct. 2014, chr. 7, *Développements récents en droit américain des transports*, par Christopher Kende), permettant l'indemnisation des victimes.

En droit civil de la responsabilité, le passager s'adressera judiciairement au transporteur et non directement au médecin bénévole, susceptible d'être assigné par la compagnie aérienne. Certaines d'entre elles (comme Air France) communiquent sur le fait qu'elles assurent elles-mêmes les médecins ayant agi en vol, au titre de préposés occasionnels, à condition que l'intervention ait été expressément demandée par le commandant de bord et que le médecin ne réclame pas d'honoraires au passager. Le commandant de bord est le maître des décisions en toutes circonstances, y compris si le médecin requiert un déroutement de l'avion pour un atterrissage plus rapide que prévu par le plan de vol initial. La théorie du préposé occasionnel est celle que les chirurgiens libéraux connaissent en établissements de santé privés, quand ils deviennent les commettants occasionnels d'infirmier(ère)s les aidant au bloc opératoire avec un lien de subordination, alors qu'il(elle)s sont les salarié(e)s de la Clinique et non du

praticien. Certains assureurs de RCP annoncent qu'ils assurent à ce titre leurs médecins, mais pas partout (la MACSF-Sou Médical refuse la prise en charge des interventions effectuées aux Etats-Unis, en Australie et au Canada).

En ce qui concerne la qualité des soins prodigués par le médecin bénévole, ce dernier, après avoir demandé, si possible devant témoin(s), confirmation au passager – à condition que celui-ci n'ait pas perdu ses facultés de discernement – de son consentement pour qu'il intervienne au besoin en lui signalant que ses compétences ne relèvent pas de la médecine d'urgence ou de la médecine générale afin d'éviter que le patient ne s'en se plaigne ultérieurement, ne sera tenu qu'à une obligation de moyens, comme d'habitude, et non de résultat. Il fournira ses meilleurs efforts pour soulager le passager, sans avoir d'une quelconque manière pris l'engagement contractuel de le guérir ou de lui éviter les souffrances auxquelles son état l'expose. Le praticien intervenant avec bienveillance et humanité en dehors de son activité professionnelle ne saurait devenir débiteur d'une obligation supérieure à celle à laquelle le contraint sa déontologie habituelle.

D'autant que les moyens et médicaments dont il dispose à bord sont limités et non standardisés. La trousse de premier secours accessible au personnel navigant et la trousse médicale d'urgence, qui ne peut être ouverte que sur décision du commandant de bord, ne permettent pas systématiquement d'opérer un diagnostic de qualité et de commencer un traitement, quelle que soit la compétence du médecin. Certains transporteurs sont plus performants que d'autres pour fournir à distance des moyens de diagnostic et de premiers traitements : lecture d'ECG, défibrillateurs, ligne d'assistance médicale pour assister le professionnel de santé disponible à bord (avec le SAMU de Paris chez Air France), constituent

autant d'éléments à développer à charge ou à décharge en cas de contentieux entre un passager mécontent, la compagnie aérienne et le médecin bénévole. Mais aucune jurisprudence publiée en France ne me permet d'illustrer ces commentaires par des arrêts rendus.

Il y a quelques jours, Mike Sinnet, vice-président de Boeing annonçait vouloir tester, dès l'année prochaine, des vols sans pilotes, « une technologie présentée comme plus sûre qui pourrait faire économiser des dizaines de milliards de dollars aux compagnies aériennes » selon une étude de la banque UBS (<http://bfinbusiness/entreprise/boeing-va-tester-des-avions-sans-pilote-1183>). Cette entrée dans l'avionique, vers 2025, laisse peu d'espoir à ceux qui rêvent, à 10 000 mètres d'altitude, de la présence en routine d'un médecin spécialement formé à soulager les maux divers de passagers à bord de plus en plus nombreux et de plus en plus vieux. Le A380 peut transporter 800 passagers, c'est plus que le nombre de spectateurs dans bien des théâtres parisiens qui assurent pourtant une permanence médicale ! Les compagnies pourraient, selon la même tradition, offrir au praticien un billet gratuit en contrepartie de sa prestation, ou un surclassement en première ou en business...

Tout le monde n'a pas en effet l'occasion d'avoir sa photographie dans la presse à l'arrivée ! Encore qu'un médecin, à bord d'un vol Paris-Miami détourné par un terroriste, qui lui avait bénévolement administré plusieurs sédatifs pour le calmer, n'avait pas apprécié de voir sa photographie dans les pages centrales d'un numéro de Paris Match en décembre 2001 « dont une partie était consacrée à l'islam, et ce sans en avoir été averti, de nature à créer un risque sur sa vie quotidienne dans le contexte international de terrorisme de l'époque, craignant pour sa sécurité et

(Suite page 3)

Y a-t-il un médecin dans l'avion ?

(suite de la page 2)

celle de sa famille ». Le médecin avait donc assigné l'éditeur du magazine pour violation de son droit à l'image ; la Cour d'appel de Versailles avait considéré que le cliché n'était pas dévalorisant ou attentatoire à la dignité humaine et qu'au contraire il témoignait de la chaîne de solidarité déclenchée par l'appel au secours de l'hôtesse de l'air et de « l'attitude du médecin citée comme un exemple de cette solidarité et de courage, présentée de façon élogieuse, participant légitimement à l'information du public ».

Une statistique pour rassurer les bons samaritains : celle publiée par l'Académie Nationale de Médecine (*Bull. Acad. Nat. Méd.*, 2010, 194, n° 6, 10045-1069) : « La fréquence des



incidents médicaux survenant à bord des avions est difficile à connaître, les transporteurs n'étant pas tenus d'en fournir l'information. Les chiffres diffèrent. Pour certains 0,03 à 0,07 incidents médicaux surviendraient pour 1 000 passagers, avec un seul

déroutement pour raison sanitaire par million de passagers. La compagnie Air France signale un incident médical pour 20 000 passagers, un décès sur 5 000 000 et un déroutement médical sur 20 000 vols (dont 40 % a posteriori injustifiés). »

Une anecdote pour conclure : la citation par Ed. Braure, secrétaire général de la Cie UTA, dans un article publié dans la Revue Française de Droit Aérien (1985, page 147), de la déclaration d'un représentant de la Flights Attendants Association : « Sur un vol, la moitié des passagers étaient des docteurs en médecine revenant d'une conférence médicale, et aucun d'entre eux ne se fit connaître quand j'ai demandé s'il y avait un médecin à bord. »

Evidemment : primum non nocere ...
ILB

Cessions de LBM ou de radiologie : les conditions suspensives

(arrêt Cour d'appel d'Angers, ch. civ. A, 22 novembre 2016, n° 16/01043)

L'arrêt concerne la cession d'actions d'une SEL de biologie médicale, mais la solution peut être transposée à toute cession de titres de **sociétés exploitant des plateaux techniques (imagerie médicale, anatomopathologie, radiothérapie** notamment) qui, indépendamment de la valeur de l'activité médicale des professionnels, font sérieusement grimper le prix de vente de l'opération, soumise à des conditions suspensives diverses et le plus souvent à une clause pénale prévoyant le paiement d'une indemnité en cas de refus de signer l'acte définitif malgré la réalisation des conditions suspensives.

En l'espèce, l'acte initial de cession prévoyait plusieurs conditions suspensives, telles que la signature d'un bail professionnel, l'agrément de la SELAS cessionnaire par diverses sociétés (dont une clinique dans laquelle elle devait exercer) et par l'Agence Régionale de Santé et les ordres de médecins et pharmaciens dont la SELAS relevait. La signature de l'acte définitif de cession, en cas de levée des conditions suspensives, devait intervenir dans les 10 jours de la réception de l'arrêté d'autorisation de l'ARS.

La Cour s'est livrée à un examen attentif de la position des cédants et des cessionnaires au regard de chaque condition

suspensive pour trancher : « Il est constaté que les conditions soit ont été accomplies (conditions 1, 3 et 5), soit sont réputées accomplies (condition 4), soit sont abandonnées (condition 2). ». Les cédants ne voulaient plus vendre mais revendiquaient le règlement de 500 000 € prévu par une clause pénale.

La Cour confirme le jugement du TGI d'Angers, refuse de prononcer la résolution du contrat et d'appliquer la clause pénale et ordonne la signature des actes définitifs de cession sous astreinte de 500 € par jour de retard.

Depuis quelques années, la concurrence s'avère exacerbée entre les candidats, souvent des groupes ou des holdings de financiers, pour acquérir des laboratoires de biologie médicale et les actes de cession doivent plus que jamais être rédigés par des professionnels rompus aux spécificités des entreprises de santé ; on ne vend pas un laboratoire de biologie médicale comme une société industrielle ou commerciale et il faut s'impliquer dans les délais opportuns pour réaliser les démarches auprès de la tutelle et des ordres, et éviter le dépassement des délais contractuellement fixés pour la réitération ou l'exécution des protocoles initiaux.

ILB

Depuis le 1^{er} août 2017, l'ensemble des sociétés et groupements inscrits au RCS doivent déclarer leurs « **bénéficiaires effectifs** » (article L. 561-46 et R. 561-55 et suiv. du CMF), une obligation peu appréciée de certains groupes investissant dans les entreprises de santé, qui sur le terrain tentent d'organiser leur contrôle sur les organes de direction notamment dans les sociétés d'exercice dans lesquelles médecins et pharmaciens doivent détenir officiellement la majorité des titres et droits de vote conférant le pouvoir convoité.

Indépendance des médecins en SELAS

(arrêt Conseil d'Etat, 4^{ème} s-s, 26 janvier 2015, n° 374444, Centre Oph. Point Vision)

La circonstance qu'un médecin soit à la fois associé d'une SELAS à hauteur de 25,1 % des parts et associé majoritaire d'une SAS qui détient 25 % des parts de la SELAS, n'est pas, à elle seule, de nature à porter à l'indépendance professionnelle des médecins membres de cette SELAS une atteinte contraire aux dispositions de l'article L. 4113-11 du code de la santé publique, dont le 2^{ème} alinéa prévoit : « Le conseil de l'Ordre peut refuser d'inscrire au tableau des candidats qui ont contracté des engagements incompatibles avec les règles de la profession ou susceptibles de priver le praticien de l'indépendance professionnelle nécessaire ».

ILB

Louer des parts de SEL à un collaborateur libéral ou salarié

Les statuts des sociétés d'exercice libéral (SEL) constituées pour l'exercice d'une profession de santé peuvent prévoir que les actions (par ex. d'une SELAFA ou d'une SELAS), ou les parts sociales (d'une SELARL) soumises à l'impôt sur les sociétés de plein droit ou sur option, peuvent être louées au profit d'un collaborateur libéral ou salarié. En revanche, contrairement à d'autres professions libérales (avocats ou architectes notamment), les parts ou actions ne peuvent pas être données à bail à un professionnel exerçant la profession constituant l'objet social de la SEL s'il n'est pas collaborateur (article L. 239-1, code de commerce, modifié par la loi de « simplification de la vie des entreprises » du 20 décembre 2014).

La location de parts ou actions dans une SEL de professionnels de santé (médecins, chirurgiens-dentistes, pharmaciens, infirmiers, etc.) permet à un collaborateur d'expérimenter la SEL et ses confrères avant d'acquiescer en toute propriété des parts ou actions s'il l'envisage à la fin de son contrat de collaboration.

Les associés peuvent se protéger en fixant une durée relativement courte au contrat de location (un an par exemple), afin de permettre de se débarrasser facilement d'un collaborateur qui ne présenterait pas les qualités espérées. On évite ainsi d'avoir à pratiquer une procédure d'exclusion, très encadrée et délicate dans les SEL de médecins notamment, obligatoire pour obtenir le retrait forcé

lorsque le médecin a acquis une part ou une action en toute propriété.

Le contrat de bail doit être enregistré et notifié à la SEL pour lui être opposable.

Le locataire doit être agréé par les autres associés lorsque les statuts prévoient une procédure d'agrément pour tout nouvel associé. Le locataire vote aux assemblées, sauf pour les délibérations modifiant les statuts.

Mais la loi ne permet pas aux professionnels de santé de louer des parts ou actions à un futur associé pendant une période d'essai, ou probatoire, avant que les parties ne s'engagent définitivement, ce qui aurait été bien pratique, si le candidat n'est pas par ailleurs « collaborateur », salarié ou libéral, de la SEL.

ILB

Collaborateur de vétérinaire

(arrêt Cour d'appel de Douai, ch. soc. 17 février 2017, n° 16/01916)

Un collaborateur libéral demande au conseil des prud'hommes de requalifier en contrat de travail salarié sa convention de collaboration libérale avec une clinique vétérinaire. Chez les vétérinaires comme chez les autres professionnels libéraux il convient d'examiner point par point s'il existe ou non un lien de subordination, caractérisé par certains éléments que la juridiction examine attentivement. En l'espèce, la cour d'appel confirme le jugement prud'homal qui s'est déclaré incompétent en l'absence de contrat de travail et a renvoyé les parties à

saisir le tribunal de grande instance. L'élaboration des plannings faisait l'objet d'une concertation, les consignes données par la gérante de la clinique vétérinaire relevaient de l'organisation générale et du fonctionnement de la clinique et les critiques envoyées par emails ne comportaient aucune menace de sanction ; dès lors le lien de subordination n'était pas caractérisé, outre que le collaborateur était en mesure de développer une clientèle personnelle.

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

Requalification de CDD en CDI pour un IDE

(arrêt Cour d'appel de Bourges, ch. soc., 26 mai 2017, n° 16/00156, Clinique de la Gaillardière)

Il commence en 2011 avec un premier contrat à durée déterminée (CDD) de 15 jours, en qualité d'infirmier, il y en aura successivement 60 jusqu'en 2015. L'arrêt indique : « Force est de relever que les 60 contrats de travail à durée déterminée ont été conclus pour des remplacements de salariés nommément désignés, absents pour différents motifs [...], le salarié bénéficiait d'une même rémunération et de la fonction principale d'infirmier et de manière plus occasionnelle, de celle d'aide-soignant. En plus des périodes d'interruption, pour la plupart brèves, entre les contrats, M. G. R. acceptait parfois au dernier moment de remplacer des salariés malades, soit

une cause par nature imprévisible, et comme l'ont exactement relevé les premiers juges, ce qui l'obligeait à demeurer à la disposition de l'employeur, étant relevé que son inscription au chômage, entre certains contrats, n'avait aucune incidence sur la réalité de cette situation. Au surplus, la lecture du registre du personnel produit aux débats par l'employeur fait apparaître que celui-ci recourait aux CDD comme mode habituel de gestion de la main d'œuvre, devenu normal pour la SAS Clinique de la Gaillardière. Dès lors, il y a lieu de considérer que le nombre important de CDD (60) dont a bénéficié M. G.R., interrompus par des périodes relativement brèves, sur trois ans, pour

remplir quasiment toujours le même emploi, répondait en réalité à un emploi permanent, et, partant, nécessairement à un besoin structurel de main d'œuvre, de sorte que la décision déferée sera confirmée en ce qu'elle a accueilli la demande de requalification des CDD en CDI [...]. La rupture de la relation de travail au terme du dernier CDD produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il en résulte que le salarié a droit non seulement à l'indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés afférents, ainsi qu'à l'indemnité de licenciement, mais également à une indemnisation pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. » **ILB**

Radiation disciplinaire d'un chirurgien de l'obésité

(Ch. disc. de 1^{ère} instance de l'Ordre des médecins d'Ile-de-France, 3 février 2017, Dr J.C.)

Cette radiation exceptionnelle pour manquements délibérés et répétés aux recommandations de la HAS en ce qui concerne tant les indications de la chirurgie bariatrique que les précautions qui doivent entourer sa pratique fait suite à une précédente sanction de cette juridiction, ayant condamné le même chirurgien viscéral et digestif à 6 mois d'interdiction, dont 2 assortis du bénéfice du sursis, le 19 septembre 2016.

Les juges disciplinaires ont été saisis cumulativement par le médecin conseil du service médical de Paris et par le CDOM 75, mais c'est la plainte du DG de l'Agence Régionale de Santé d'Ile de France qui a conduit à la radiation prononcée le 3 février 2017, dont le chirurgien a fait appel devant la Chambre nationale (affaire jugée le 9 juin 2017 en cours de délibéré).

La décision rappelle qu'un praticien qui décide de s'écarter des recommandations destinées à améliorer l'efficacité à long terme de la chirurgie bariatrique et à réduire la survenue des complications, lesquelles constituent « les données actuelles de la science », ne peut le faire qu'en justifiant que l'état de chaque patient l'exigeait, ce qui ne constitue pas un renversement de la charge de la preuve contrairement à ce que soutenait le médecin à l'encontre de l'ARS.

Les juges disciplinaires mentionnent ensuite : « Il ressort du rapport définitif d'inspection dressé le 15 novembre 2015 par les médecins-inspecteurs de l'ARS que, pour les 36 dossiers de patients étudiés au cours de cette mission

d'inspection, dont 5 dossiers d'enfants et adolescents, le Dr C. n'a pas respecté les recommandations de la HAS relatives, d'une part, à la pertinence des indications chirurgicales, à la prise en charge préopératoire des patients, à l'information des patients sur les risques de l'intervention et la nécessité ensuite d'une surveillance à vie et à la prise en charge globale et multidisciplinaire du patient avec, notamment, un nécessaire échange avec son médecin traitant ; que, d'autre part, il a été constaté l'absence de prise en charge personnalisée des patients lors de l'hospitalisation, les dossiers médicaux étant incomplets et ne mentionnant ni l'état clinique du patient lors de son entrée ni son suivi médical au jour le jour, les comptes rendus d'hospitalisation et les courriers de sortie n'étant pas individualisés ; qu'enfin il a été constaté l'absence de prise en charge systématique postopératoire des patients alors que les recommandations de la HAS prévoient quatre consultations la première année puis une à deux les années suivantes ; que, s'agissant plus particulièrement des mineurs et jeunes majeurs, il a été relevé des manquements dans leur prise en charge en l'absence de suivi par une équipe spécialisée multidisciplinaire [...] et anomalies supplémentaires à celles précédemment relevées, à savoir une indication chirurgicale ne respectant pas les recommandations concernant l'indice de masse corporelle (IMC) et le non-respect de la réglementation relative à la demande d'accord préalable avec la caisse. »

(Suite page 6)

Radiation disciplinaire d'un chirurgien de l'obésité

(Ch. disc. de 1^{ère} instance de l'Ordre des médecins d'Ile de France, 3 février 2017, Dr J.C.)

(suite de la page 5)

Depuis novembre dernier, les proches d'une patiente âgée de 49 ans, décédée d'une plaie de l'aorte de 2,5 cm au décours d'une chirurgie

gastrique conduite par ce même chirurgien, appréciant avec indignation et une immense tristesse la promesse publiée en 4^{ème} de couverture de son

ouvrage « Mince pourquoi pas moi » : « un regard nouveau sur l'obésité et la vérité sur le quotidien de ceux qui en souffrent ». No comment. **ILB**

Des délits sexuels sans sexe ?

En février, Théo L., 22 ans, a affirmé que quatre policiers d'Aulnay-sous-Bois lui ont « enfoncé une matraque dans les fesses volontairement » et un rapport médical postérieur évoque un prolapsus rectal modéré avec une probable perforation du rectum. Un policier - mis en examen pour viol - a admis avoir porté un coup de matraque télescopique au niveau des jambes et des cuisses pour faire tomber le jeune homme, alors qu'il se débattait à l'occasion de son interpellation ; un coup serait parti en direction de sa cuisse et l'aurait blessé, sans aucune intention du policier de commettre un délit ou un crime sexuel.

Cet événement invite à s'intéresser à **l'évolution jurisprudentielle de la définition du viol** et plus généralement à la **responsabilité pénale et disciplinaire de certains médecins ayant franchi les limites des bonnes pratiques professionnelles**.

J'avais rappelé l'état du droit pénal français, dans le *Quotidien du médecin* (janvier 1999), lorsque Bill Clinton avait plaidé, devant le Sénat américain, qu'il n'avait pas menti en déclarant sous serment ne pas avoir eu une « relation sexuelle » avec Monica Lewinsky, dès lors que le *Journal of the American Medical Association* (JAMA) venait de publier les résultats d'une étude du Kinsey Institute for Sex Research de l'Université de l'Indiana aux termes de laquelle la fellation ne constituait pas une relation sexuelle.

Une jurisprudence protéiforme :

En France, la Cour de cassation juge que l'expression « relation sexuelle » implique nécessairement « un acte de pénétration sexuelle » (1) et, depuis 1984, que la fellation est viol dès lors qu'il y a eu pénétration non consentie de la verge dans la bouche de la victime (2), allant même, en 1997, jusqu'à juger que « tout acte de fellation constitue un viol dès lors qu'il est imposé à celui qui le subit ou à celui qui le pratique » (3), même en présence de fellations réciproques (4).

Pourtant, la jurisprudence se révèle protéiforme sur la présence effective du sexe (la verge ou le vagin) dans l'acte incriminé. C'est essentiellement à l'occasion de la définition des compétences respectives de la cour d'assises (jugant les crimes, notamment celui de viol) et du tribunal correctionnel (sanctionnant les délits, notamment celui d'attentat à la pudeur) que les juges français ont eu à

réfléchir sur la qualification des divers faits et gestes mettant en œuvre « le sexe ».

Traditionnellement, le viol s'entendait d'une « pénétration sexuelle » stricto sensu qui supposait que le sexe du coupable pénétrât dans le sexe de la victime (conjonction sexuelle), définition qui a évolué dès lors que des femmes ont été condamnées pour viol et que des hommes en ont été jugés victimes.

Aujourd'hui, l'article 222-23 du code pénal définit le viol comme « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise », puni de 15 ans de réclusion criminelle, portés à 20 ans « lorsqu'il est commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions » (un policier ou **un médecin par exemple**).

Bien qu'un texte de droit pénal s'applique restrictivement, les magistrats sont allés assez loin dans la définition de l'acte jusqu'à condamner pour viol des « pénétrations anales pratiquées avec le doigt ou avec des carottes, infligées par une mère à sa fille, dans un but d'initiation sexuelle » (5).

L'intromission d'un corps étranger dans l'anus devenait ainsi une pénétration « sexuelle », ce qui apparaît relever plus d'une approche répressive que d'une analyse strictement anatomique de la cause. La jurisprudence fut identique lorsque le coupable introduisit dans l'anus d'une femme le sexe d'un animal (6) et un pensionnaire « un manche de pioche recouvert à son extrémité d'un préservatif » dans le rectum d'un de ses camarades (7).

Ainsi disparut, au mépris du sens des mots « pénétration » et « sexuelle », l'élément matériel essentiel de l'infraction : la pénétration par le sexe (du coupable) et/ou dans le sexe (de la victime). La **pénétration sans le sexe**, mais « à connotation sexuelle » était née.

Puis la Cour de cassation a adopté une conception plus objective de la pénétration sexuelle, en refusant la qualification de viol pour l'intromission dans la bouche de ses patientes d'un objet de forme phallique par un **médecin gynécologue**, en jugeant : « Pour être constitutive d'un viol, la fellation implique une pénétration par l'organe sexuel masculin de l'auteur et non par un objet le représentant » (8).

(Suite page 7)

Des délits sexuels sans sexe ?

(suite de la page 6)

Des médecins relaxés :

Le « mobile » a permis, dans certains cas, de légitimer l'acte de pénétration : ainsi un **médecin-expert**, nommé « pour procéder à l'expulsion de tout corps étranger », fut-il relaxé bien qu'ayant diligenté, avec l'aide de deux policiers, un toucher rectal « malgré les véhémentes protestations de la victime » sur une personne suspectée de trafic de stupéfiants après qu'un examen radiologique ait révélé la présence d'enveloppes en latex contenant de l'héroïne dans ses intestins (9).

Des médecins condamnés pénalement :

Un **médecin proctologue** a vu la Cour de cassation rejeter son pourvoi contre un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Caen, après débat sur le choix entre la qualification de viol ou d'agression sexuelle et que les experts nommés aient conclu que « la pénétration digitale vaginale pouvait se justifier médicalement, mais pas des mouvements de va et vient », renvoyant devant la cour d'assises le praticien qui avait abusé de l'autorité que lui conféraient ses fonctions de médecin proctologue (10).

Un **médecin biologiste** n'eut pas plus de succès auprès des Hauts magistrats de la Cour suprême, lorsqu'il soutenait que le toucher vaginal pratiqué à main nue sur une patiente, sans son consentement et sans prescription médicale en ce sens, était dépourvu de connotation sexuelle, alors qu'il constitue un acte de pénétration sexuelle accompli par surprise sur la personne d'autrui, au sens de l'article 222-23 du code pénal (11).

Pas plus un **interne en ORL** n'obtint grâce aux yeux de l'assemblée plénière de la Cour de cassation après s'être livré à une exploration pelvienne et rectale d'une patiente bien qu'il prétendait que « ce geste n'était pas dénué de justification médicale », opinion non partagée par quatre experts désignés par le juge d'instruction, l'interne ayant par ailleurs reconnu pendant sa garde à vue avoir éjaculé sur la patiente à son insu (12).

Un **dermatologue**, au casier vierge et dont l'examen psychiatrique ne mettait en évidence aucune anomalie mentale de dimension aliénante ni de signe de perversion mais des traits de personnalité névrotique à dominante obsessionnelle avec une fragilité narcissique, décrit l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen, fut condamné à 2 ans d'emprisonnement avec sursis et interdiction d'exercer la médecine pendant 2 ans à titre de peine complémentaire, du chef du délit d'atteintes sexuelles commises avec surprise sur sa patiente, personne particulièrement vulnérable, pour avoir, après l'examen de son cuir chevelu, « ouvert son pantalon pour en sortir un sexe en érection, le placer face à la bouche de la patiente afin de l'amener à lui faire pratiquer une fellation puis de la diriger vers la salle d'examen pour y avoir une relation sexuelle » (13).

Des gynécologues : Après que 20 femmes, clientes d'un gynécologue exerçant en cabinet privé, aient dénoncé de sa part des pénétrations digitales vaginales à visée non médicale accompagnées, pour certaines d'entre elles, de caresses à caractère sexuel, ce dernier a été renvoyé devant la cour d'assises sous l'accusation de viols aggravés (14). Ce qui fut le cas également, sur plainte de 29 patientes, d'un gynécologue pratiquant des va et vient pendant les échographies gynécologiques avec la sonde d'examen, outre des mouvements du bassin, des touchers anormalement longs, des positions non conformes des patientes et des manœuvres d'excitation du clitoris ne constituant pas des pratiques conformes pour un médecin gynécologue a conclu l'expert nommé (15). Cf. d'autres arrêts de même type (16) (17).

Et des condamnations de la Chambre disciplinaire de l'Ordre des médecins :

L'Ordre des médecins ne plaisante pas avec les errements en matière de mœurs et moralité de ses ressortissants :

- radiation du Dr G après qu'il ait été condamné par le Tribunal correctionnel de Metz à 12 mois d'emprisonnement avec sursis pour des faits d'exhibition sexuelle dans une clinique, puis introduction de deux doigts dans le vagin et deux dans l'anus sur une jeune patiente attachée sur un lit d'hôpital après une intervention (18),
- radiation du Dr H, renvoyé devant la cour d'assises sous l'accusation de viols et agressions sexuelles aggravées (19),
- radiation du Dr V, après plainte d'une patiente, 16 ans après les actes réprimés (20).

Mais les faits doivent être établis et il ne suffit pas d'affirmer pour démontrer. Une patiente est déboutée de sa plainte contre un gynécologue après que le rapport d'expertise ait conclu que « Melle G a **mal interprété les gestes** gynécologiques du Dr T, auquel aucun acte contraire à la déontologie médicale ne peut être reproché » à l'occasion d'un toucher vaginal après douleurs pelviennes chroniques, et classement sans suite de la plainte pénale visant des gestes « brusques, déplacés, non professionnels, relevant plutôt d'une perversité qu'au devoir d'un médecin » (21).

La Cour de cassation vérifie, dans ces dossiers, que les magistrats de cours d'appel ont « examiné tant la crédibilité des accusations de la victime que l'argumentation en défense présentée par le médecin » (22).

Les médecins, plus souvent que les policiers, sont exposés au risque de **plaintes abusives** qui ne défraient pas systématiquement la chronique car elles sont souvent

(Suite page 8)

Des délits sexuels sans sexe ?

(suite de la page 7)

classées sans suite. Quand le professionnel est jugé et relaxé, il se garde de donner à l'affaire une quelconque publicité, car même s'il sort de la procédure rétabli dans son honneur il en demeure à jamais profondément perturbé. De véritables mises en scène par des patientes ayant la volonté de tendre un piège à un praticien ont créé une légitime inquiétude au sein de la profession. J'ai assisté à plusieurs gardes à vue totalement illégitimes, après des dénonciations inventées de toutes pièces aux fins d'obtenir des dommages-intérêts dans le cadre d'une transaction proposée « pour éviter la publicité de l'affaire » annonce clairement la plaignante à son médecin qui sait ne pas avoir démerité mais

qu'il sera compliqué de le démontrer car prouver une absence de fait n'est pas chose facile. Quid de ce chef de service qui, après un mois de détention préventive, s'est suicidé le jour de sa sortie de prison, n'ayant plus la force de vivre sereinement après une telle expérience et avant son jugement définitif.

Les personnes qui dénoncent des faits et agissements graves jamais intervenus sont rarement condamnées à la hauteur du préjudice causé. **C'est l'une des raisons pour lesquelles, on ne cesse de le répéter en vain, il est impératif et urgent qu'enfin le secret de l'instruction soit respecté. Comme l'est le secret médical.** ILB

- (1) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 28 mars 1990
- (2) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 22 février 1984
- (3) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 16 décembre 1997
- (4) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 28 novembre 2001
- (5) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 27 avril 1994
- (6) Revue de Sciences Criminelles, 1992, p. 69
- (7) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 6 décembre 1995
- (8) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 21 février 2007
- (9) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 29 janvier 1997
- (10) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 20 août 2014
- (12) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 22 mars 2000
- (13) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 14 février 2003
- (14) arrêt Cour d'appel de Rouen, chambre correctionnelle, du 8 février 2007

- (15) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 19 septembre 2006
- (16) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 17 mars 2010
- (17) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 23 janvier 2013
- (18) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 9 avril 2014
- (19) décision Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins, 24 avril 2007
- (20) décision Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins, 22 mars 2011
- (21) décision Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins, 30 septembre 2014
- (22) décision Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins, 22 mars 2011
- (23) arrêt Cassation, chambre criminelle, du 8 février 2017.

Deux chirurgiens pour une compresse oubliée...

(arrêt Cour de cassation, 1^{ère} civ., 3 novembre 2016, n° 15-25.348)

Une patiente est opérée deux fois, par deux chirurgiens différents, dans deux établissements de santé distincts, la Clinique Saint-Michel et la Clinique du Coudon. Chaque praticien utilise des compresses. Deux ans plus tard, on en retrouve une dans son abdomen. Elle

assigne les deux chirurgiens mais est déboutée, faute de prouver qui est le responsable de l'oubli. En application de l'article L. 1142-1, I, alinéa 1^{er}, la preuve d'une faute incombe au demandeur et implique que soit identifié le professionnel de santé ou

l'établissement de santé auquel elle est imputable ou qui répond de ses conséquences. Le rapport d'expertise ne permettait pas de rattacher la présence de la compresse à une des interventions plutôt qu'à l'autre.

ILB

Obligation d'information et préjudice d'impréparation

(arrêt Cour de cassation, 1^{ère} civ., 25 janvier 2017, n° 15-27.898)

Par son arrêt rendu le 25 janvier 2017, la Cour de cassation apporte une nouvelle précision à la notion prétorienne de préjudice d'impréparation.

Une patiente présentant une hémiplegie des membres à la suite d'une artériographie assigne en réparation le chirurgien vasculaire, le radiologue et l'ONIAM. Elle invoque, outre la réparation de son préjudice corporel, la réparation du défaut d'information sur le risque médical lié à l'acte en cause.

La Cour d'appel condamne les médecins à payer une indemnité, à la fois en réparation de la perte de chance d'éviter le dommage, mais aussi en réparation du préjudice

d'impréparation à la réalisation du dommage. Estimant qu'il s'agit du même préjudice, les médecins se pourvoient en cassation et, à juste titre, le préjudice d'impréparation était généralement présenté comme une alternative à la perte de chance, c'est-à-dire de permettre l'indemnisation des victimes lorsque la perte de chance d'éviter le dommage n'était pas invocable faute de preuve que le patient aurait choisi de renoncer à l'opération.

Or la Cour de cassation rejette le pourvoi aux motifs « qu'indépendamment des cas dans lesquels le défaut

(Suite page 9)

Obligation d'information et préjudice d'impréparation

(suite de la page 8)

(arrêt Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., 25 janvier 2017, n° 15-27.898)

d'information sur les risques inhérents à un acte individuel de prévention, de diagnostic ou de soins, a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice moral résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, qui, dès lors qu'il est invoqué, doit être réparé ».

Cette décision présente un double intérêt. Elle confirme tout d'abord une jurisprudence aujourd'hui bien installée : celle du préjudice d'impréparation, construction prétorienne du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation dont l'objet était initialement de permettre l'indemnisation des victimes en

l'absence de perte de chance. L'arrêt ajoute cependant une précision importante : le préjudice d'impréparation est indépendant de la perte de chance quand bien même cette dernière serait caractérisée.

S'il est évident que l'impréparation pouvait être indemnisée en l'absence d'une perte de chance, l'inverse n'était pas certain. La Cour de cassation étend une nouvelle fois le champ des préjudices indemnisables en permettant un cumul « perte de chance » et « impréparation » : ils peuvent donc être indemnisés simultanément !

Il est encore une fois conseillé aux praticiens de prendre toutes précautions écrites avant de pratiquer des actes à risque afin de pouvoir apporter une preuve certaine de l'information du patient.

VGT

Liquidation judiciaire et suspension de l'exécution provisoire

(arrêt Cour de cassation, ch. com., 14 juin 2017, n° 15-24.188)

Un chirurgien-dentiste a souscrit un contrat d'assurance lui garantissant le versement d'indemnités en cas d'incapacité de travail, cette garantie ne pouvant jouer que si « l'assuré cessait d'appartenir à l'effectif assurable ».

Grâce à la chronologie des faits et au calendrier judiciaire, le chirurgien-dentiste s'est vu reconnaître le principe de son droit à indemnisation assurantiel quand bien même il aurait été placé en liquidation judiciaire.

Le jugement l'ayant placé en liquidation a eu pour effet de lui interdire d'exercer la profession. Il ne faisait donc plus parti de « l'effectif assurable ». Le dentiste attaqué avait saisi le Premier président de la Cour d'appel afin d'obtenir une levée de l'exécution provisoire dans l'attente de



l'arrêt d'appel. Cette suspension de l'exécution provisoire lui a été accordée. Le dentiste a déclaré son incapacité de travail à l'assureur après la levée de l'exécution provisoire mais avant la décision de la Cour ayant confirmé la liquidation judiciaire.

Le 14 juin 2017, la Cour de cassation

a estimé à très juste titre que l'ordonnance ayant interrompu l'exécution provisoire du jugement a eu pour effet d'autoriser de nouveau le chirurgien à exercer, et donc la réintégration dans l'effectif assurable de la garantie invalidité.

L'arrêt rappelle un principe important selon lequel l'interruption de l'exécution provisoire d'une liquidation judiciaire d'une profession libérale suspend l'interdiction d'exercer de cette dernière. Dans un tel cas, il est recommandé aux professionnels de santé libéraux, qu'ils soient dentistes ou non, de bien tirer toutes les conséquences de la suspension de l'exécution provisoire d'un jugement qui peut avoir des effets inattendus.

VGT

Clinique privée : charge de la preuve

(arrêt Cour de cassation, 1^{ère} civ., 8 février 2017, n° 16-11.527)

Placée dans l'unité de surveillance continue d'une Clinique, une patiente opérée d'un cancer du sein décède pendant la nuit.

La Clinique et le praticien à l'origine de l'intervention sont assignés par les ayants droit de la victime qui invoquent devant les juges du fond un défaut de soins appropriés dans les heures qui précèdent le décès.

La Cour d'appel retient qu'aucun manquement du

personnel aux règles de bonnes pratiques n'est établi en se fondant uniquement sur le compte rendu de l'infirmière et sur le rapport d'expertise relevant l'impossibilité de répondre à certaines questions de sa mission, en l'absence de transmission d'informations médicales durant la période précédant le décès mais concluant à l'absence de manquement du personnel sur la base de ce même compte

(Suite page 10)

Clinique privée : charge de la preuve

(arrêt Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., 8 février 2017, n° 16-11.527)

(suite de la page 9)

rendu infirmier.

La Cour suprême casse la décision en retenant : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence de communication d'informations médicales relatives à la prise en charge du patient dans la nuit du 30 novembre au 1^{er} décembre 2009, il incombait à la Clinique d'apporter la preuve que les soins avaient été appropriés à son état de santé, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Cette décision semble parfaitement compréhensible au regard de la situation d'espèce : en principe la Clinique ne répond que des soins courants, c'est-à-dire des soins que les

auxiliaires médicaux peuvent pratiquer sans le contrôle d'un médecin.

La responsabilité de la Clinique relève alors de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. La charge de la preuve de la ou des fautes commises incombe dans ce cas à la victime, mais l'établissement doit être en mesure de produire toutes les informations relatives à la prise en charge du patient pendant son hospitalisation. A défaut, c'est à lui de prouver que les soins délivrés étaient appropriés à l'état de santé du malade.

VGT

Épilation à la lumière pulsée : pas par les esthéticiennes

(arrêt Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., 14 décembre 2016)

Le dernier arrêt rendu par les hauts magistrats se trouve dans la droite ligne de la stricte application de l'arrêté du 6 janvier 1962 fixant la liste des actes ne pouvant être pratiqués que par des médecins : seules les épilations à la pince et à la cire peuvent être réalisées par des non-médecins. Pas question en conséquence de les pratiquer quand on est esthéticienne, kinésithérapeute ou infirmière, sauf à s'exposer à des poursuites pour exercice illégal de la médecine, et/ou complicité pour l'employeur du personnel salarié concerné.

ILB

Groupes de cliniques et directeurs d'établissements, qui décide ?

(arrêt Cour d'appel Paris, pôle 2, 2^{ème} ch., 6 mai 2016, n° 14/22781, HP Marne-la-Vallée)

Capio, Elsan, RGDS, Vivalto, plus les groupes de cliniques du secteur privé fusionnent et se restructurent, plus il s'avère compliqué de négocier un contrat d'exercice libéral avec un établissement de santé, lorsqu'on est médecin candidat à l'intégrer. Nombre de chirurgiens, anesthésistes, radiologues, biologistes et autres spécialistes ont d'ailleurs fait l'amère expérience que l'expression « négocier un contrat » a disparu du vocabulaire des directeurs de certains établissements de santé privés, qui ne disposent parfois d'aucun pouvoir pour modifier « le contrat-type » soigneusement mis au point par les juristes de la holding du groupe, à grands coups de copier-coller du code de la santé, avec interdiction de modifier un article, une ligne, un mot, sans en rapporter « au siège », qui seul est susceptible d'amender le sacro-saint « modèle » national, qui souvent compile un maximum d'obligations légales, réglementaires et conventionnelles opposables aux praticiens,

en y ajoutant les leçons tirées des mauvaises expériences passées, c'est-à-dire des bonnes jurisprudences obtenues par des médecins ayant fait condamner leurs partenaires contractuels à les indemniser pour abus de droit ou autres écarts dommageables aux professionnels libéraux. Selon l'intérêt que chacun met à finaliser rapidement la convention, les versions successives en mode « suivi des modifications » partent souvent de loin pour retourner au point de départ, version 1, après 6 ou 9 mois de tergiversations plus ou moins pertinentes. Quelles que soient ses qualités professionnelles, le Docteur Dupont qui rentre au Centre Hospitalier Privé de la rue des Anémones, ce n'est pas Neymar signant au PSG.

Nonobstant les recommandations contraires de l'Ordre des médecins, c'est parfois plus d'un an après s'être installé, abreuvé de promesses orales d'évolution du projet initial qui ne résistent pas au départ imprévu du directeur rencontré à l'époque des

premiers échanges, que le médecin juridiquement épuisé et relancé par la commission des contrats de son ordre départemental, finit par signer sans relire un texte inadapté à sa spécialité, truffé de dispositions que son seing rend opposables alors que son esprit ne les découvrira qu'à l'occasion d'un contentieux ultérieur.

Pour résilier le même contrat c'est fréquemment plus rapide, et le nième directeur du même établissement n'hésitera pas à avouer en catimini que la décision est prise « en haut », qu'il n'y est pour rien, etc.

La Cour d'appel de Paris a ainsi rappelé, par un arrêt du 6 mai 2016, à un gynécologue-obstétricien dont le contrat d'exercice libéral a été rompu sans motivation annoncée dans la lettre de résiliation, qu'il était vain d'attaquer la société Générale de Santé, dont la clinique était une des filiales, même si le nom du groupe figurait sur le papier à entête. L'arrêt précise, conformément à la juris-

(Suite page 11)

Groupes de cliniques et directeurs d'établissements, qui décide ?

(arrêt cour d'appel Paris, pôle 2, 2^{ème} ch., 6 mai 2016, n° 14/22781, HP Marne-la-Vallée)

(suite de la page 10)

prudence habituelle : « Considérant que le Docteur L. soutient que la société Générale de Santé, société mère de la société Hôpital Privé de Marne-la-Vallée, a rompu de manière abusive un contrat d'exercice professionnel libéral qui le liait à cette dernière ; [...] Considérant qu'une société mère ne peut être tenue des fautes éventuelles de sa filiale que dans le cas d'une confusion de patrimoine ou d'une immixtion dans la gestion, créant une situation apparente et trompeuse envers les tiers emportant absence totale d'autonomie de ladite filiale ; Considérant qu'il résulte des pièces produites et notamment des extraits Kbis que la société Hôpital Privé de Marne-la-Vallée et la société

Générale de Santé sont des personnes morales distinctes ; qu'elles ont des sièges sociaux distincts à des adresses distinctes ; qu'elles disposent chacune d'un dirigeant autonome et d'organes de gestion spécifiques notamment au regard des commissaires aux comptes ; [...] Que même s'il y a eu une stratégie insufflée par la société Générale de Santé, les éventuelles consignes, au demeurant non prouvées, n'ont pas privé la société Hôpital Privé de Marne-la-Vallée de son autonomie de décision dans la résiliation du contrat [...] », et le médecin est débouté de son action contre la société mère (comme d'ailleurs contre la filiale, le contrat ne prévoyant pas de motivation obligatoire de la rupture, mais

seulement le respect d'un délai de préavis qui avait été observé en l'espèce).

La Cour vise l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable au conflit : « Les convention légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. », devenu depuis le 1^{er} octobre 2016 l'article 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. ». Un nouvel article 1104 ajoute : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. ». Bonne foi contractuelle, ordre public... tout se plaide !

ILB

Le burnout des médecins : plus élevé chez les non hospitaliers

Après l'Académie Nationale de Médecine en 2016, la Haute Autorité de Santé a publié, en mai 2017, un rapport « Repérage et prise en charge cliniques du syndrome d'épuisement professionnel » (EP), ou burnout, et une fiche mémo portant notamment sur sa définition (cf. <https://www.has-sante.fr>) : épuisement physique, émotionnel et mental qui résulte d'un investissement prolongé dans des situations de travail exigeantes sur le plan émotionnel.

Le burnout peut se traduire par des manifestations plus ou moins importantes, d'installation progressive et souvent insidieuse, en rupture avec l'état antérieur, notamment :

- émotionnelles : anxiété, tensions musculaires diffuses, tristesse de l'humeur ou manque d'entrain, irritabilité, hypersensibilité, absence d'émotion ;
- cognitives : troubles de la mémoire, de l'attention, de la concentration, des fonctions exécutives ;
- comportementales ou interpersonnelles : repli sur soi, isolement social, comportement agressif, parfois violent, diminution de l'empathie, ressentiment et hostilité à l'égard des collaborateurs ; comportements addictifs ;
- motivationnelles ou liées à l'attitude : désengagement progressif, baisse de motivation et du moral, effritement des valeurs associées au travail ; doutes sur ses propres compétences (remise en cause professionnelle, dévalorisation) ;
- physiques non spécifiques : asthénie, troubles du sommeil, troubles musculo-squelettiques (type lombalgies, cervicalgies, etc.), crampes, céphalées, vertiges, anorexie, troubles gastro-intestinaux.

Le rapport cite de nombreuses études réalisées sur les professionnels de santé, notamment Bria et al. sur les médecins, internes et infirmiers en Europe, qui inclut une revue de 53 études. Les auteurs notent particulièrement le mauvais ajustement vie privée/vie professionnelle et le stress au travail comme facteurs prédictifs significatifs d'EP.

Roberts et al. ont signalé, dans une méta-analyse comprenant 28 études, un épuisement émotionnel significativement plus élevé chez les médecins non hospitaliers.

ILB

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
Vincent Guillot

ISSN 1766-3903
Editions Scrof

Dépôt légal : septembre 2017

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>

Redevances en biologie médicale

(arrêt Cour de cassation, 1^{ère} civ., 9 juin 2017, n° 16-22094, Orpéa)

Suite et fin du feuilleton sur la légalité de la demande, par la société Orpéa, dans un appel d'offres privé, aux laboratoires candidats de préciser le pourcentage de redevance qu'ils entendaient verser et leur indiquant que l'absence d'une telle mention empêcherait la présence de leurs dossiers au premier tour de sélection, ce qui revient à solliciter une ristourne pourtant prohibée par l'article L. 6211-21 du CSP, soutenaient plusieurs syndicats de biologistes. Nos précédentes éditions de la **Lettre du Cabinet** (septembre 2014 et août 2016) avaient rapporté l'état du droit, l'ordonnance de référé du 10 juillet 2014 et l'arrêt du 9 juin 2016 déboutant Orpéa de son appel. La société, qui exploite divers établissements sanitaires et médico-sociaux a également été déboutée de son pourvoi, par un arrêt du 9 juin 2017 de la Cour de cassation on ne peut plus clair malgré une lecture qui réclame un peu de concentration :

« Attendu que, selon l'article L. 6211-21 du code de la santé publique dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016, sous réserve des coopérations dans le domaine de la biologie médicale menées entre des établissements de santé dans le cadre de conventions, de groupements de coopération sanitaire ou de communautés hospitalières de territoire, et sous réserve des contrats de coopération mentionnés à l'article L. 6212-6 du code précité, les examens de biologie médicale sont facturés au tarif des actes de biologie médicale fixé en application des articles L. 162-1-7 et L. 162-1-7-1 du code de la sécurité sociale ; que cette disposition interdit aux laboratoires de biologie médicale de consentir des ristournes lors de la facturation de leurs examens consistant, selon l'article L. 6211-1 du CSP, en des actes médicaux, et n'autorise le paiement de redevances à des établissements sanitaires et médico-sociaux qu'à la condition que celles-ci constituent exclusivement une contrepartie des prestations fournies pour la réalisation de tels examens ;

« Et attendu que l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que la demande concernant le pourcentage de redevance a été adressée par la société Orpéa aux laboratoires avant que les services qui leur seraient rendus n'aient été déterminés et chiffrés, établissement par établissement, alors que seul l'établissement concerné est en mesure d'en communiquer le coût, et que cette demande, formulée de manière abstraite, n'a été assortie d'aucune réserve ni précision ; qu'il ajoute que les échanges écrits

entre la société et divers laboratoires ayant accédé à sa demande, révèlent que certaines propositions de redevances étaient fondées sur le chiffre d'affaires qui serait réalisé par les laboratoires auprès des établissements de la société, laissant ainsi la possibilité à cette dernière de négocier le pourcentage de la redevance proposé ; que, de ces énonciations et constatations, la cour d'appel a pu déduire que la société avait méconnu les dispositions de l'article L. 6211-1 du CSP et causé un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser ; [...] Par ces motifs : rejette le pourvoi. »

Cet arrêt permet aux LBM qui, par erreur compte tenu de l'évolution compliquée du droit de la biologie médicale depuis plusieurs années, auraient accepté contractuellement de payer des redevances aux établissements de santé ou sanitaires d'un montant supérieur au strict coût réel des « prestations fournies pour la réalisation des examens », de négocier un avenant, voire de réclamer sur cinq ans la répétition de l'indu, c'est-à-dire la différence entre le coût réel des prestations pouvant être légalement facturées et les sommes effectivement payées par le LBM, même en exécution d'un contrat signé. La jurisprudence est constante sur ce point, voir notamment un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse (2^{ème} ch.) 20 juin 2006 : « la convention ne saurait interdire au laboratoire de soutenir que, compte tenu des prestations effectivement fournies par la Clinique le taux de 10 % fixé pour le calcul de la redevance est excessif au regard des dispositions de l'article L. 6211-6 du code de la santé publique ; que ces prestations se limitent en effet à la fourniture d'un local exigü et à la mise à disposition de secrétaires médicales mais ne comprennent pas la gestion des honoraires de biologie via le bordereau 615 [aujourd'hui S 3404] et qu'il est établi par voie d'attestations que les prélèvements étaient réalisés de jour comme de nuit par le personnel du laboratoire et non par des infirmières de la clinique ». Dans ce dossier, j'avais obtenu le remboursement par la clinique de la différence entre 10 % et le montant bien inférieur correspondant à la réalité des prestations fournies dans l'intérêt du Laboratoire. Voir également un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier (1^{ère} ch.) du 14 mars 2006, saisie sur renvoi de la Cour de cassation, ayant prononcé la nullité du contrat fixant la redevance à 10 % du chiffre d'affaires au profit d'une maison de retraite, en ordonnant la répétition des sommes indument payées par le laboratoire d'analyses médicales.

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