

En 2018, soyez heureux

par hygiène, détermination,
ou sans savoir pourquoi c'est encore meilleur,
ou en vous inspirant de ceux qui avaient une méthode :

« Ce qui rend heureux, c'est d'être heureux. »

Johnny Hallyday

« Je pense qu'il faut être heureux, en dépit de tout le reste. »

Jean d'Ormesson

Sommaire >>>

Page

- Publicité des professions de santé :
enfin ça bouge ! 1
- Locaux médicaux monovalents :
(radiologie et clinique) 4
- Suspension d'un ophtalmologue
pour cotations frauduleuses 5
- GPA et état civil : quoi ma mère
qu'est-ce qu'elle a ma mère ? 6
- Infection nosocomiale
et soins à domicile 8
- Cession des officines de pharmacie 8
- Pacte d'associés 9
- Pratiques médicales
« recommandées » ? 10
- Redevance et répétition d'indu 10
- Lipoaspiration : pas grave 11
- Masseur-kinésithérapeute :
choisir son immeuble 11
- ARS, autorisations de soins,
EML et AMP 11
- Vétérinaire :
collaborateur libéral ou salarié ? 12

Publicité des professions de santé : enfin ça bouge !

(arrêt du 4 mai 2017 de la CJUE, 3^{ème} ch., aff. C-339/15)

Un arrêt très important a été rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), le 4 mai 2017, sur question préjudicielle posée par le tribunal correctionnel de Bruxelles dans une affaire concernant des poursuites engagées contre un chirurgien-dentiste, M. Luc Vanderborght, pour avoir enfreint une réglementation nationale interdisant toute publicité pour des prestations de soins buccaux et dentaires.

La CJUE répond notamment que :

« La **directive 2000/31/CE** du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains **aspects juridiques des services de la société de l'information**, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique), doit être interprétée en ce sens qu'elle **s'oppose à une législation nationale**, telle que celle en cause au principal, **qui interdit de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et dentaires**, en tant que celle-ci interdit toute forme de communications commerciales par voie électronique, y compris au moyen d'un site créé par un dentiste. »

« L'**article 56 TFUE** doit être interprété en ce sens qu'il **s'oppose à une législation nationale**, telle que celle en cause au principal, **qui interdit de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et dentaires.** »

Le droit belge est identique au droit français en ce qui concerne l'interdiction de la publicité pour les chirurgiens-dentistes, dès lors que l'article 1^{er} de la *Wet betreffende de publiciteit inzake tandverzorging* (loi relative à la publicité en matière de soins dentaires) prévoit : « Nul ne peut se livrer directement ou indirectement à quelque publicité que ce soit en vue de soigner ou de faire soigner par une personne qualifiée

ou non, en Belgique ou à l'étranger, les affections, lésions ou anomalies de la bouche et des dents [...]. »

Cet arrêt présente donc un intérêt majeur en France, pour l'ensemble des professions de santé réglementées, et notamment pour les :

- chirurgiens-dentistes, dont l'article R. 4127-215 du code de la santé publique (CSP) interdit « tous procédés directs ou indirects de publicité » ;
- médecins, dont l'article R. 4127-19 du même code interdit « tous procédés directs ou indirects de publicité » ;
- pharmaciens et médecins biologistes, dont l'article L. 6222-8 du CSP interdit « toute forme de publicité ou de promotion, directe ou indirecte, en faveur d'un laboratoire de biologie médicale » ;
- sages-femmes, dont l'article R. 4127-310 du même code interdit « tous procédés directs ou indirects de publicité » ;
- masseurs-kinésithérapeutes, dont l'article R. 4321-67 du même code interdit « tous procédés directs ou indirects de publicité » ;
- et infirmiers, dont l'article R. 4312-76 du même code interdit « tous procédés directs ou indirects de réclame ou de publicité ».

Plutôt que continuer à interdire purement et simplement la publicité pour les professionnels de santé, l'Etat français devrait prendre en considération l'évolution du droit communautaire et engager les réformes qui s'imposent, afin de se mettre en conformité avec les dispositions ci-après :

1. La directive 2000/31 sur la société de l'information :

Le considérant 18 de la directive 2000/31 énonce : « Les services de la société de l'information englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne. [...] Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales [...]. Les activités qui, par leur nature, ne peuvent pas être réalisées à distance ou par voie électronique, telles que le contrôle légal des comptes d'une société ou la consultation médicale requérant un examen physique du patient, ne sont pas des services de la société de l'information. »

L'article 8, § 1 et 2, de ladite directive, intitulé « Professions réglementées », est libellé comme suit :

« 1. Les Etats membres veillent à ce que l'utilisation de communications commerciales qui font partie d'un service

de la société de l'information fourni par un membre d'une profession réglementée, ou qui constituent un tel service, soit autorisée sous réserve du respect des règles professionnelles visant, notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession ainsi que le secret professionnel et la loyauté envers les clients et les autres membres de la profession.

« 2. Sans préjudice de l'autonomie des organismes et associations professionnels, les Etats membres et la Commission encouragent les associations et les organismes professionnels à élaborer des codes de conduite au niveau communautaire pour préciser les informations qui peuvent être données à des fins de communications commerciales dans le respect des règles visées au paragraphe 1. »

Dans ses points 37 et suivants, l'arrêt de la CJUE énonce :

« 37. Il y a lieu de considérer que la publicité en ligne est susceptible de constituer un service de la société de l'information au sens de la directive 2000/31 [...].

« 38. Par ailleurs, l'article 2, sous f), de cette directive précise que la notion de « communication commerciale » couvre notamment toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des services d'une personne exerçant une profession réglementée.

« 39. Il s'ensuit que la publicité relative aux prestations de soins buccaux et dentaires, faite au moyen d'un site Internet créé par un membre d'une profession réglementée, constitue une communication commerciale faisant partie d'un service de la société de l'information ou constituant un tel service, au sens de l'article 8 de la directive 2000/31.

« 40. Partant, il y a lieu de considérer que cette disposition implique, [...], que les Etats membres doivent s'assurer que de telles communications commerciales soient, en principe, autorisées. [...]

« 42. Il convient, en effet, de rappeler que l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/31 a pour objet de permettre aux membres d'une profession réglementée d'utiliser des services de la société de l'information afin de promouvoir leurs activités.

« 43. Cela étant, il ressort de cette disposition que des communications commerciales telles que celles mentionnées au point 39 du présent arrêt ne doivent être autorisées que sous réserve du respect des règles professionnelles visant, notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession réglementée concernée ainsi que le respect du secret professionnel et la loyauté tant envers les clients qu'envers les autres membres de cette profession.

« 44. Pour autant, **les règles professionnelles mentionnées à ladite disposition ne sauraient, sans priver celle-ci d'effet utile et faire obstacle à la réalisation de l'objectif poursuivi par le législateur de l'Union, interdire de manière générale et absolue toute forme de publicité en ligne destinée à promouvoir l'activité d'une personne**

exerçant une profession réglementée.

« 45. Cette interprétation est corroborée par le fait que l'article 8, § 2, de la directive 2000/31 prévoit que les Etats membres et la Commission encouragent l'élaboration de codes de conduite ayant pour objet, non pas d'interdire ce genre de publicité, mais plutôt de préciser les informations qui peuvent être données à des fins de communications commerciales dans le respect de ces règles professionnelles.

« 46. Il s'ensuit que, si le contenu et la forme des communications commerciales visées à l'article 8, § 1, de la directive 2000/31 peuvent valablement être encadrées par des règles professionnelles, de telles règles ne sauraient comporter une interdiction générale et absolue de ce type de communications.

« 47. Cette considération est également valable en ce qui concerne une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui ne s'applique qu'aux dentistes.

« 48. En effet, il convient de relever que le législateur de l'Union n'a pas exclu de professions réglementées du principe d'autorisation des communications commerciales en ligne prévu à l'article 8, § 1, de la directive 2000/31.

« 49. Dès lors, si cette disposition permet de tenir compte des particularités des professions de santé dans l'élaboration des règles professionnelles y afférentes, en encadrant, le cas échéant de manière étroite, les formes et les modalités des communications commerciales en ligne mentionnées à ladite disposition en vue notamment de **garantir qu'il ne soit pas porté atteinte à la confiance qu'ont les patients envers ces professions, il n'en demeure pas moins que ces règles professionnelles ne sauraient valablement interdire de manière générale et absolue toute forme de publicité en ligne destinée à promouvoir l'activité d'une personne exerçant une telle profession.**

« 50. Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux 4^{ème} et 5^{ème} questions que la directive 2000/31 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui interdit de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et dentaires, en tant que celle-ci interdit toute forme de communications commerciales par voie électronique, y compris au moyen d'un site Internet créé par un dentiste. »

→ Pourquoi ce qui est valable pour un chirurgien-dentiste ne le serait-il pas pour les autres professionnels de santé énumérés supra ? Par analogie ils peuvent revendiquer le bénéfice des mêmes dispositions communautaires, qui n'ont pas été parfaitement transposées en droit interne français, par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004.



2. L'article 56 TFUE et les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de l'Union :

« Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un Etat membre autre que celui du destinataire de la prestation. »

L'arrêt rappelle tout d'abord qu'il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que « doivent être considérées comme des restrictions à la libre prestation des services toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent

moins attrayant l'exercice de cette liberté (voir, en ce sens, arrêts du 17 juillet 2008, Corporación Dermoeestética, C-500/06, EU:C:2008:421, point 32 ; du 22 janvier 2015 Stanley International Betting et Santleybet Malta, C-463/13, EU:C:2015:25, point 45, ainsi que du 28 janvier 2016, Laezza, C-375/14, EU:C:2016:60, point 21).

Puis l'arrêt énonce :

« 63. Or, **une législation nationale qui interdit, de manière générale et absolue, toute publicité pour une certaine activité est de nature à restreindre la possibilité, pour les personnes exerçant cette activité, de se faire connaître auprès de leur clientèle potentielle et de promouvoir les services qu'ils se proposent d'offrir à cette dernière.**

« 64. Par conséquent, **une telle législation nationale doit être considérée comme emportant une restriction à la libre prestation des services.** [...]

« 71. S'agissant de la nécessité d'une restriction à la libre prestation des services telle que celle en cause au principal, il doit être tenu compte du fait que la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le Traité et qu'il appartient, en principe, aux Etats membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint. Celui-ci pouvant varier d'un Etat membre à l'autre, il convient de reconnaître aux Etats membres une **marge d'appréciation.** [...]

75. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que **les objectifs poursuivis par la législation en cause au principal pourraient être atteints au moyen de mesures moins restrictives encadrant, le cas échéant, de manière étroite, les formes et les modalités que peuvent valablement revêtir les outils de communication utilisés par les dentistes, sans pour autant leur interdire de manière générale et absolue toute forme de publicité.**

« 76. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la 6^{ème} question que l'article 56 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui interdit de manière générale et absolue toute publicité

relative à des prestations de soins buccaux et dentaires. »

→ Aux autres professionnels de santé qui sont également interdits de toute publicité directe ou indirecte de développer les effets de l'article 56 TFUE à leur avantage...

Dans d'autres **articles accessibles sur le site www.lucas-baloup.com**, j'ai déjà commenté les délicats rapports de la publicité et des professionnels de santé (cf. notamment revues de jurisprudence ordinales), en rappelant combien la profession d'avocat a su être moins frileuse et a organisé en son sein des instruments de contrôle qui permettent aux avocats de communiquer sur leurs activités tout en les soumettant à des sanctions si la publicité est mensongère ou trompeuse, ou si elle contient des mentions comparatives ou dénigrantes d'autrui.

Combien de temps faudra-t-il à l'Etat français pour har-

moniser le droit déontologique interne (par voie de décrets) avec les textes de l'Union européenne ? Combien de professionnels seront encore poursuivis et condamnés pour des communications qualifiées publicitaires, prohibées en France d'une manière générale et absolue, ce qui constitue, l'arrêt commenté en manifeste la preuve, une violation du droit de l'Union européenne ?

Que cet arrêt soit l'occasion, pour les instances ordinales, les syndicats professionnels et associations de défense des intérêts des médecins, des chirurgiens-dentistes, des pharmaciens biologistes, des sages-femmes et des masseurs-kinésithérapeutes, de revendiquer les réformes qui s'imposent pour que soit autorisée une communication saine et loyale sur les prestations offertes au sein des cabinets de ces professionnels de santé, dans le respect des principes essentiels de chaque profession. C'est clairement l'intérêt des patients d'être parfaitement informés. **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

Locaux médicaux monovalents (radiologie et clinique)

(arrêté du 6 janvier 2017 de la Cour d'appel de Paris, Pôle 5, 3^{ème} ch.
arrêté du 31 mars 2010 de la Cour d'appel de Paris, Pôle 5, 3^{ème} ch.)

Pour déterminer la valeur locative de locaux loués par un bail commercial, l'article R. 145-3 du code de commerce impose de prendre en considération les caractéristiques propres du local :

- sa situation dans l'immeuble où il se trouve, sa surface et son volume, la commodité de son accès pour le public ;
- l'importance des surfaces respectivement affectées à la réception du public, à l'exploitation ou à chacune des activités diverses qui sont exercées dans les lieux ;
- ses dimensions, la conformation de chaque partie et son adaptation à la forme d'activité qui y est exercée ;
- l'état d'entretien, de vétusté ou de salubrité et la conformité aux normes exigées par la législation du travail ;
- la nature et l'état des équipements et

des moyens d'exploitation mis à la disposition du locataire.

Lorsque les locaux ont été construits en vue d'une seule utilisation, on les qualifie de « locaux monovalents » et le prix du bail peut être déterminé « selon les usages observés dans la branche d'activité considérée » (article R. 145-10, code du commerce).

Le 6 janvier 2017, la Cour d'appel de Paris a jugé que les locaux à usage de centre de radiologie constituent des locaux monovalents. En l'espèce, ils étaient situés au sous-sol et rez-de-chaussée d'un immeuble de deux étages à usage de clinique. Le rez-de-chaussée et le sous-sol avaient été construits pour un usage de radiologie, la distribution étant parfaitement adaptée à cette activité en raison du faible éclairage du bâtiment en général et de la présence de salles obscures en

son centre accessibles par des petites cabines. **L'impossibilité de convertir les locaux en bureaux résultait de l'absence d'éclairage suffisant** et celle de les convertir en une autre activité commerciale était fortement limitée par la présence de la clinique au-dessus compte tenu des contraintes inhérentes à l'absence de nuisances ; les locaux comportaient en outre des installations importantes qui ont nécessité des aménagements spécifiques et onéreux en termes notamment d'isolation (**murs en béton baryté et portes plombées**).

L'arrêt retient que le caractère monovalent des locaux construits en vue d'un usage de cabinet de radiologie résulte ainsi de la conformité de la construction à sa destination.

En ce qui concerne la **pondération des surfaces**, les locaux du rez-de-chaussée sont pondérés à la valeur uni-

forme de 1 dans la mesure où ils sont dédiés à l'activité spécifique de radiologie ne nécessitant pas d'éclairage naturel et ceux bénéficiant d'éclairage sont essentiellement en nature de bureaux ou de salles nécessaires à l'activité spécifique ; ceux du sous-sol sont indifféremment pondérés au coefficient de 0,35 s'agissant de réserves, locaux techniques et locaux d'archives essentiellement et de 0,70 pour une surface éclairée donnant sur une courette.

La **valeur locative** elle-même est fixée au prix moyen de 220 €/m²

compte tenu d'un accès direct à la clinique, de l'agrément de 14 emplacements de stationnement extérieurs devant le bâtiment et de l'état du marché local (Fontainebleau).

La même chambre de la Cour d'appel de Paris a jugé, par arrêt du 31 mars 2010, concernant des locaux d'une **clinique chirurgicale au Perreux** (Val de Marne), que la monovalence des locaux excluant la fixation du loyer du bail selon les règles du plafonnement, il convient de se référer aux usages en matière de clinique chirurgi-

cale. Ainsi la société KORIAN, qui avait loué l'immeuble – à l'origine construit pour y exploiter une clinique avec des blocs opératoires, des salles de réanimation et d'imagerie médicale – revendiquait que les travaux de transformation exécutés par elle durant le cours du bail commercial en vue d'adapter les locaux à son **activité de soins de suite** ne soient pas pris en considération dans la fixation du loyer, a été déboutée par l'arrêt du 31 mars 2010.

ILB

Suspension d'un ophtalmologue pour cotations frauduleuses

(décision du 16 mars 2017 de la section Assurances sociales du CNOM, n° 5258)

Un nouvel exemple de suspension du droit de donner des soins aux assurés sociaux pendant 6 mois dont 2 avec sursis, prononcée par le Conseil national de l'Ordre des médecins, après contrôle par une CPAM et plainte du médecin chef de l'échelon local. Les griefs retenus étaient les suivants :

- association et facturation, sans justification, d'un **examen de la vision binoculaire et un examen fonctionnel de la motricité oculaire** : en méconnaissance de la règle fixée à l'article I-5 des dispositions générales de la classification commune des actes médicaux (CCAM), l'ophtalmologue n'a rédigé aucun compte-rendu permettant de distinguer les 2 actes successifs avec description des techniques et des résultats des tests relevant de chacun des 2 actes ; dans les dossiers litigieux, l'examen de la vision binoculaire préalable ne montrait pas d'anomalie pouvant justifier une telle association ;
- facturation d'actes en utilisant la cotation BZQP002, correspondant à une **fluoroscopie**, alors que les fiches médicales présentées ne décrivaient pas cet acte technique ;
- utilisation de la cotation BDGA005,

correspondant à l'**ablation d'un corps étranger profond de la cornée**, alors qu'aucun des dossiers ne comportait un compte-rendu d'examen, comme l'exige l'article I-5 des dispositions générales de la CCAM, et qu'il n'y a pas eu d'ablation chirurgicale d'un corps étranger, soit qu'il n'en ait pas existé, soit qu'il se soit agi d'un corps étranger non profond ou accessible à la lancette sans nécessité d'un acte chirurgical ;

▪ abus de facturation d'actes au moyen de la cotation BFPP001, correspondant à une **capsulotomie laser pour cataracte secondaire** ; absence de compte-rendu réglementaire et témoignages de patients en cause faisant ressortir que le chirurgien a soit facturé des actes non réalisés, soit réalisé l'acte trop précocement au regard des référentiels médicaux et de l'état des patients, soit réalisé certains actes sans indication médicale, soit en utilisant une technique de réalisation non conforme aux référentiels médicaux, sans rechercher le consentement éclairé du patient comme le prévoit l'article R. 4127-36 du code de la santé publique ;

▪ utilisation abusive de la cotation BFQM001 prévue pour une **biométrie**

oculaire par échographie pour déterminer la présence des implants destinés à des patients atteints de cataracte : facturation systématique d'une biométrie pour le 2^{ème} œil, alors que des mesures avaient été recueillies pour le 1^{er} œil, et que la 2^{ème} biométrie n'était justifiée par aucune circonstance particulière ;

▪ facturation C2 pour des actes correspondant à des avis ponctuels émis en qualité de médecin consultant ; aux dires des médecins traitants, pour 7 patients si le chirurgien ophtalmologue les a reçus à la suite d'une demande d'avis il n'a pas donné sa réponse ; pour 11 patients il a appliqué cette cotation sans avoir été sollicité par un médecin traitant ; il a aussi abusivement coté C2 pour des consultations réalisées dans le cadre de séquences de soins.

La section Assurances sociales a donc retenu que ces faits présentent le caractère de fautes, abus et fraudes prévus par l'article L. 145-1 du code de la sécurité sociale et confirme la sanction prononcée en première instance, avec publication dans les locaux de la CPAM par affichage. **ILB**

GPA et état civil : quoi ma mère, qu'est-ce qu'elle a ma mère...

(arrêté du 29 novembre 2017 de la Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., n° 16-50061)

Selyan est né d'une gestation pour autrui (GPA) à Kiev (Ukraine), de M. X et Mme Y, tous deux de nationalité française. Les époux ont sollicité la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres de l'état civil consulaire français. L'Ambassade de France à Kiev a sursis à la transcription et a avisé le Procureur de la République de Nantes, qui lui-même est demeuré dans l'attente d'instructions de la Chancellerie, si bien que les parents ont assigné le Procureur devant le Tribunal de grande instance de Nantes aux fins de voir ordonner la transcription de l'acte de naissance de Selyan sur les registres de l'état civil français. Un premier jugement a fait droit à la demande de transcription, le Procureur a interjeté appel, la Cour de Rennes a confirmé le jugement (arrêté du 12 décembre 2016).

Le Procureur a saisi la Cour de cassation qui vient, par un arrêté du 29 novembre 2017, de confirmer la transcription à l'égard du père, mais casse et annule l'arrêté de la Cour de Rennes en ce qu'il a ordonné la transcription en désignant Mme Y en qualité de mère, après avoir constaté qu'elle n'a pas accouché de l'enfant.

Cet arrêté permet quelques observations sur la reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une GPA à l'étranger :

La jurisprudence a longtemps considéré qu'il était contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public en application des articles 16-7 (Toute convention portant sur la procréation ou la gestion pour le compte d'autrui est nulle) et 16-9 (Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public) du code civil.

Lorsque la GPA a lieu à l'étranger et que les parents veulent revenir avec l'enfant en France, ils demandent une transcription de l'état civil étranger sur l'état civil français au Service central d'état civil (SCEC) à Nantes, qui met en œuvre alors l'article 47 du code civil : « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.* »

La Cour de cassation s'est d'abord opposée à la transcription d'un acte de naissance d'un enfant né par GPA à l'étranger en utilisant la notion de « fraude à la loi » caractérisée par la réalisation d'une GPA dans un pays tiers où elle est autorisée. La Cour interdisait en conséquence à une convention de GPA de produire des effets, et l'acte de naissance étranger d'un enfant né d'une GPA ne pouvait être transcrit à l'état civil français, même si le père et la mère figurant sur

l'acte étaient bien le père biologique et la femme ayant accouché (par opposition à la mère dite d'intention).

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêts Menesson et Labassée, 26 juin 2014) a jugé que l'interdiction de la GPA n'est pas contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et que le refus de transcrire un acte de naissance établi à l'étranger au motif que cette naissance est le fruit d'une GPA est compatible avec le droit au respect de la vie familiale. En revanche, la CEDH a considéré que le refus de transcrire la filiation des enfants à l'égard du père biologique, telle qu'elle apparaît sur l'acte étranger, constitue une atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants, vie privée protégée par l'article 8 de la Convention : chacun doit pouvoir établir les détails de son identité d'être humain, ce qui comprend sa filiation.

Par un revirement de jurisprudence très commenté, la Cour de cassation a donc, en assemblée plénière du 3 juillet 2015, écarté la théorie de la fraude faisant échec à la transcription de l'acte de naissance et a cassé l'arrêté qui écartait la demande de transcription au seul motif que la naissance était l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA. Mais les cas tranchés ne concernaient pas des parents d'intention.

La France a de nouveau été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 21 juillet 2016), avant d'opérer une reconnaissance partielle de la filiation de l'enfant né de GPA. Par cinq arrêts du 5 juillet 2017 (n° 824 à 828) : la filiation paternelle des enfants nés de GPA a été reconnue, mais les arrêts ont refusé la filiation maternelle.

Pour la filiation paternelle : dans les arrêts du 5 juillet 2017 comme dans celui du 29 novembre, la Cour de cassation retient que la convention de gestation pour autrui conclue à l'étranger ne fait pas obstacle à la transcription de l'acte à l'état civil français dès lors que l'acte de naissance n'est ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité, s'agissant de la désignation du père.

En revanche, pour la filiation maternelle : il est retenu que « la réalité » de l'article 47 du code civil doit être la réalité de l'accouchement, seul critère de la maternité. **Il reste à la mère d'intention la possibilité d'adopter l'enfant de son conjoint.**

En 2018 doivent se tenir les états généraux de la bioéthique, confiés par le législateur au Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE), préalablement à la révision de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. Dans son dernier avis n° 126 du 15 juin 2017, le CCNE a conclu ses travaux par les recommandations ci-après concernant la GPA :

- « Le CCNE est favorable à l'élaboration d'une convention internationale pour l'interdiction de la GPA et particulièrement attaché à l'effort diplomatique ; dans le même sens que le rapport d'information concernant la GPA remis à la Présidence du Sénat du 17 février 2016, il recommande l'engagement de négociations internationales, multilatérales.
- « Concernant la reconnaissance de la filiation d'un enfant né par GPA à l'étranger, lorsqu'est établie par un état civil probant une filiation biologique avec au moins l'un des parents français, le CCNE soutient le choix de la délégation d'autorité parentale en faveur du parent d'intention n'ayant pas de lien biologique avec l'enfant, car elle respecte la réalité des conditions de sa naissance.
- « Il recommande, dans les cas de suspicion concernant la réalité de la filiation biologique d'un enfant né par GPA à l'étranger, que puisse être réalisée une vérification de la filiation génétique par un test ADN avant la

transcription d'état civil étranger en état civil français de l'enfant, pour vérifier qu'il existe un lien biologique avec au moins l'un des parents d'intention. Le résultat et la situation devraient être soumis à examen. Au cas où se confirmerait un soupçon de trafic d'enfant, ce dernier pourrait être confié à des fins d'adoption.

- « Il recommande par ailleurs que l'état civil des enfants garde la trace et le nom de tous les intervenants à la convention de gestation et que les enfants aient accès au contrat qui a permis leur naissance, aux fins de pouvoir « construire leur identité » et reconstituer l'ensemble de leur histoire. »

Par une note d'information du 29 novembre 2017, le Ministère des solidarités et de la santé a invité les agences régionales de santé, les CHU et les espaces de réflexion éthique régionaux et interrégionaux à participer à la mise en œuvre des espaces de réflexion, concomitants des travaux d'élaboration du projet de loi.

ILB

Illégalité d'une suppression de poste de PH

(jugement du 20 septembre 2017 du Tribunal administratif de Poitiers, n^{os} 1400294 et 1600335)



L'état financier moribond de certains établissements publics de santé est une réalité.

En pareil cas, la réglementation permet à leur directeur de prendre diverses mesures de retour à l'équilibre, au nombre desquelles figure notamment la suppression pure et simple de postes de médecins, pharmaciens, infirmiers(ières) et d'agents administratifs.

Pour mémoire, l'effectif du personnel de chaque hôpital, qu'il s'agisse d'emplois permanents ou temporaires, doit apparaître, par grade, qualification ou statut, en annexe de leur budget, dans un document dénommé « tableau pré-

visionnel des effectifs rémunérés » (cf. art. R. 6145-20 du code de la santé publique - CSP), communicable à toute personne qui en fait la demande (cf., par analogie, CADA, 2 février 2006, n^o 20060660, et TA Rennes, 10 mars 2017, n^o 1402167).

Plusieurs articles du CSP traitent de cette situation, peu connue ou maîtrisée, à la procédure encore plus complexe que celle des recrutements des praticiens hospitaliers (PH), aux aspects déjà nébuleux.

A l'égard d'une partie d'entre ces derniers, l'article R. 6152-274 du CSP prévoit « En cas de suppression de son poste, le praticien à temps partiel [...] peut, selon son choix, soit être nommé sur un autre emploi, soit être placé en recherche d'affectation ou en disponibilité pour convenances personnelles, soit être licencié avec indemnité dans les conditions fixées à l'article R. 6152-273. » (choix parfois non satisfaisant et susceptible d'être davantage radical que dans l'hypothèse d'une transformation d'emploi à temps plein en temps partiel).

Une telle protection n'est cependant pas offerte à l'identique aux PH à

temps plein.

A ceci s'ajoute le fait que, sans évoquer leur pouvoir de contrôle, y compris les directeurs généraux d'agences régionales de santé (ARS) ont voix en la matière, l'article L. 6131-5 dans le code précité explique quant à lui qu'ils peuvent, seuls, « demander à un établissement concerné par une opération de restructuration la suppression d'emplois » et, faute d'obtenir satisfaction, saisir directement le directeur général du Centre national de gestion pour « le placement en position de recherche d'affectation des praticiens hospitaliers titulaires concernés par la restructuration ».

Bien qu'il s'agisse d'un contentieux relativement rare, le Juge administratif valide fréquemment ces suppressions de postes, retenant généralement à cet effet les motifs économiques avancés par l'établissement de santé et/ou le sacro-saint « intérêt du service » qui a présidé à l'édition de ses décisions, lequel prime sur celui de ses agents (cf., par exemple, CAA Nancy, 15 novembre 2007, n^o 06NC01491).

Si, dans ce contexte, il s'avère parfois difficile de lutter, le jeu en vaut

parfois la chandelle, en particulier lorsqu'un texte fait assurément obstacle, en droit, à la réduction d'effectif frappant directement le PH, comme l'illustre l'affaire récemment tranchée par le Tribunal administratif de Poitiers.

En l'espèce, un PH temps plein, pharmacien gérant de la pharmacie à usage intérieur d'un Centre hospitalier depuis 25 ans, s'est vu affecté, courant 2012, sur un poste de « praticien hygiéniste », tout juste créé à cette époque, mais dont la suppression a été décidée seulement 18 mois plus tard, en septembre 2013.

Cette suppression a été réitérée chaque année, dans le budget de l'établissement avalisé par le Directeur général de l'ARS.

Son exécution était cependant conditionnée à un accord du Centre national de gestion qui n'a pas été donné la première fois.

Dans ces conditions, en décembre 2015, ce même praticien s'est de nouveau vu notifier une seconde mesure de suppression de son poste.

Comme la précédente, celle-ci était fondée sur des « raisons financières » (le coût dudit poste était évalué à plus de 140 000 € par an quand le Centre hospitalier présentait un déficit de 850 000 €), l'hôpital arguant entre autres que l'infirmière hygiéniste avait la capacité d'assurer seule l'ensemble de la fonction hygiène de l'établissement.

Toutefois, par un jugement devenu définitif, n^{os} 1400294 et 1600335, du 20 septembre 2017, la juridiction administrative de Poitiers a considéré à juste titre que, ce faisant, le Directeur de l'hôpital a commis une erreur de droit, « la cellule d'hygiène hospitalière du centre hospitalier [...] ne compte que deux postes, l'un de phar-

macien et l'autre d'infirmier », « la suppression du seul poste de praticien hospitalier en son sein a donc pour effet de priver l'équipe opérationnelle d'hygiène de cet établissement de tout personnel médical ou pharmaceutique », tandis que l'article R. 6111-7 du CSP impose que « l'équipe opérationnelle d'hygiène doit se composer non seulement de personnel infirmier mais également de personnel soit médical soit pharmaceutique ».

On imagine aisément que, à quelques années de la retraite, la perte de son emploi par un PH peut avoir des répercussions importantes, tant d'un point de vue financier que psychologique.

Ce procès, engagé début 2014, a été long. Pour autant, 3 ans plus tard, la fin de carrière de cet agent semble lui être assurée et le Cabinet, qui l'a assisté depuis la survenue de ce litige, s'en réjouit. **JQ**

Infection nosocomiale et soins à domicile (chambre implantable)

(arrêt du 5 octobre 2017 de la Cour d'appel de Nîmes, ch. civ. 1, n^o 14/02893)

Dans le cadre de son traitement contre le cancer du larynx qui impliquait plusieurs cures de chimiothérapie précédées de la pose d'une chambre implantable puis de radiothérapie, un patient a fait l'objet de soins infirmiers à domicile. Lors d'une hospitalisation faisant suite à une hyperthermie, les prélèvements ont révélé la présence d'un staphylocoque néolithique sous forme d'une levure au niveau de la chambre implantable, qui a nécessité la poursuite de son hospitalisation. Il a été par la suite hospitalisé à diverses reprises pour de nouvelles infections.

Quelques années plus tard le patient est décédé.

La Cour d'appel de Nîmes devant qui l'affaire a été portée, a tout d'abord rejeté la responsabilité pour faute des infirmières qui intervenaient au domicile du patient. Elle a considéré que les deux expertises qui avaient été réalisées ne permettaient pas d'établir qu'elles avaient commis une faute, lors de leurs manipulations quotidiennes, à l'origine de l'infection sur chambre implantable qui a affecté le pa-



tient.

Ensuite, elle a conclu que l'indemnisation du dommage subi par le patient ne relevait pas de la solidarité nationale. Elle a en effet considéré que si l'existence d'une infection nosocomiale était directement imputable à des actes de soins, en revanche, le dommage subi par le patient ne constituait pas une conséquence anormale au regard de son état de santé et de l'évolution prévisible de son état. Ainsi que l'avaient souligné les rapports d'expertises, les infections dont il avait été

affecté résultaient d'une complication grandement prévisible du traitement sur un terrain favorable du cancer du larynx. Enfin, pour appuyer sa décision, la Cour souligne que les dommages résultant de l'infection n'ont pas entraîné pour le patient d'incapacité permanente et que son décès n'était pas lié à l'infection nosocomiale. **FL**

Cession des officines de pharmacie

Par ordonnance n^o 2018-3 du 3 janvier 2018, les conditions de création, transfert, regroupement et cession des officines de pharmacie ont été largement modifiées. L'entrée en vigueur de l'ordonnance devra attendre les décrets d'application, au plus tard le 31 juillet 2018.

Pacte d'associés : attention danger

Avec la multiplication des sociétés d'exercice libéral (SEL) et leurs déclinaisons en SELARL, SELAFA, SELAS, SELCA, au sein des cabinets d'imagerie médicale, de radiothérapie et d'oncologie, d'anatomopathologie, de médecine nucléaire ou de chirurgie dentaire, des laboratoires de biologie médicale, des pharmacies d'officine, des cliniques vétérinaires, c'est-à-dire toutes les structures avec plateaux techniques onéreux, les professionnels de santé se voient conseiller par leurs experts-comptables, avocats et banquiers la constitution de sociétés et groupements satellites propres à « simplifier » (! pas toujours) la gestion et les investissements. Les sociétés de participations financières de professions libérales (SPFPL) ont ajouté une ligne au sommet d'organigrammes de plus en plus compliqués, puisqu'on peut y trouver plusieurs SEL, plusieurs SCM, GIE, SARL, SA et SAS pour répartir les autorisations administratives, le matériel, les personnels, sans oublier les sociétés indépendantes pour acquérir et louer l'immobilier. Bref, un médecin est unique mais il s'avère de plus en plus impliqué dans plusieurs sociétés civiles, commerciales et immobilières dès lors que son activité requiert une structure de moins en moins gérée en bon père de famille mais d'une manière hyper-spécialisée, c'est-à-dire déléguée à des professionnels non-médecins, qui transposent à l'entreprise médicale des pratiques avec des instruments juridiques et fiscaux qui ne relevaient hier que du commerce et de l'industrie.

Parmi ces pratiques, se développent les pactes d'associés ou d'actionnaires, les pactes dits extra-statutaires, des contrats dans lesquels on met ce qu'on n'ose pas écrire dans les statuts des professions réglementées, par discrétion, par stratégie ou par crainte que la copie soit refusée par les ordres professionnels dont le feu vert est indispensable à l'immatriculation de chaque SEL au registre du commerce et des sociétés.

L'intérêt du pacte d'associés – qui peut être conclu seulement entre certains d'entre eux et pas tous, par exemple entre associés fondateurs du cabinet ayant un intérêt commun – est sa force contractuelle : il lie chaque signataire qui se voit dès lors tenu de le respecter, là où une obligation prévue dans les statuts ou dans le règlement intérieur pourra évoluer à la suite d'une décision collective des associés, sans unanimité, ou en assemblée générale parfois ordinaire. Le pacte est un contrat qui le plus souvent va prévoir des règles de fonctionnement ou d'organisation de la société, autoriser un droit de communication de certains documents aux associés minoritaires non gérants ou administrateurs, ou imposer la désignation de dirigeants (par exemple une parité entre deux cabinets fusionnés) ou encadrer leurs pouvoirs, instituer un parachute doré, ou des engagements personnels en cas de cessions de titres, des clauses d'agrément non prévues aux statuts pour éviter l'arrivée d'investisseurs non désirés, des clauses « anti-dilution », de préemption, pour

maintenir la concentration du pouvoir entre certaines mains, des clauses d'inaliénabilité des titres pendant une certaine durée (le délai de remboursement d'emprunts par exemple), des clauses de sorties (sortie forcée : conférant le droit pour certains associés d'obliger d'autres associés à vendre leur participation en même temps et aux mêmes conditions notamment financières, ou sortie conjointe) ou clauses d'exclusion, ou toutes clauses contenant des obligations de voter dans tel sens sur certains sujets (par exemple, voter en assemblée générale ordinaire la distribution des dividendes si les comptes sociaux le permettent), enfin une clause de décote de la valeur des parts ou actions pour certaines raisons, la liste n'est pas exhaustive.

Le pacte peut être conclu pour une durée provisoire, alors que les statuts organisent la société pour toute sa durée, sauf modification votée en assemblée générale extraordinaire. Les signataires du pacte peuvent, en toute confidentialité, modifier son contenu, sans que les actionnaires non signataires du pacte ne l'apprennent.

La Cour de cassation juge que le pacte entre actionnaires est valable lorsqu'il n'est pas contraire à une règle d'ordre public, à une stipulation impérative des statuts ou à l'intérêt social (Cass. com., 7 janvier 2004, n° 00-11692). De la sorte, et c'est un inconvénient du pacte d'associés, les signataires ne sont jamais complètement certains de son opposabilité, il existe le plus souvent un risque en cas de conflit au moment de son exécution, de voir une juridiction décider que l'engagement est illicite pour une raison ou une autre.

Ainsi, dans un arrêt du 26 avril 2017, la Cour de cassation a privé d'efficacité un pacte d'actionnaires ayant prévu, dans un souci d'égalité animant ses signataires, que la société issue de la fusion serait administrée par un conseil d'administration composé par un nombre pair de membres choisis à parité parmi les candidats présentés par les deux sociétés fusionnées, en jugeant qu'est « illicite toute stipulation ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la libre révocabilité de l'administrateur d'une société anonyme ». On ignore si le principe sera étendu aux autres formes de sociétés, notamment à une SELAS ou une SELARL...

Depuis la réforme du droit des contrats intervenue le 1^{er} octobre 2016, la disparition de l'ancien article 1142 du code civil [Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.] permettra, dans certaines circonstances, d'exiger l'exécution de l'obligation et non plus seulement des dommages-intérêts en réparation du préjudice né de l'inexécution.

La rédaction du pacte d'associés expose ses signataires à un risque de validité si elle fait apparaître des obligations exagérément ou significativement déséquilibrées entre les parties. Il est, depuis la réforme du code civil, encore difficile de conseiller les actionnaires sur la place des curseurs dans la mesure du caractère exagéré du déséquilibre.

Il est donc essentiel de lire avant de signer. Si les statuts peuvent être modifiés à la majorité qu'ils prévoient à cette fin, le pacte d'associés, une fois adopté, n'évoluera – en sa qualité de contrat qui fait la loi des parties – qu'à l'unanimité de ses signataires. Ne pas oublier non plus qu'il ne se transmet pas de plein droit aux nouveaux associés, qui doivent impérativement le signer pour être tenus de le respecter.

Le pacte d'associés constitue en conséquence un instrument juridique souvent très utile, mais parfois mal maîtrisé, de sa rédaction à son exécution. C'est alors une bombe à retardement, qui peut compliquer singulièrement la vie professionnelle d'un médecin qui n'a pas parfaitement compris le jour de la signature son contenu et ses effets. C'est au moment de sa mise en œuvre que la surprise peut être désagréable. Prudence. **ILB**

Pratiques médicales « recommandées » ?

(arrêt du 25 octobre 2017, Conseil d'Etat, n° 397722)

Le Conseil d'Etat rappelle, dans un arrêt récent, la portée des recommandations de la Haute Autorité de Santé.

Une mère a engagé la responsabilité d'un centre municipal de santé qui n'a pas décelé, durant sa grossesse, la trisomie 21 de son enfant. Aucune malformation anatomique du fœtus n'avait été révélée par les examens échographiques pratiqués. Par ailleurs, aucun précédent pathologique ou génétique n'était à signaler, si bien que le risque de l'existence d'une trisomie 21 était très faible.

Cependant, le centre municipal de santé n'avait pas prescrit à la mère d'analyse des facteurs sériques dans le sang. L'expert mandaté en début de procédure a relevé qu'un tel examen fait partie de la bonne pratique médi-

cale. Toutefois, cette dernière ne constitue pas une pratique recommandée, notamment par la HAS, dont la méconnaissance devrait être regardée comme un manquement à une obligation professionnelle.

Le Conseil d'Etat, confirmant la position de la cour administrative d'appel, a ainsi estimé que l'absence de mise en œuvre de cette bonne pratique médicale n'établit pas l'existence d'une faute caractérisée au sens de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles.

Cet arrêt de la Haute cour administrative est ainsi l'occasion de rappeler aux professionnels de santé l'importance de se tenir informés des publications des pratiques médicales recommandées, en particulier par la HAS, et



de les mettre en œuvre. Leur responsabilité est en effet susceptible d'être engagée si, en manquant à l'une d'entre elles, ils sont à l'origine du préjudice subi par un patient. **MD**

Redevance et répétition d'indu

(arrêt du 5 octobre 2017, Cour d'appel de Montpellier, 1^{ère} ch. D, n° 16/08920)

Des radiologues titulaires de contrats individuels d'exercice avec une clinique de Perpignan contestent le montant de la redevance qu'ils servent à la clinique, laquelle est défaillante dans la preuve des charges qu'elle supporte malgré les demandes répétées des médecins de connaître le détail du coût qu'elle leur facture en petit matériel, accueil des patients, service de facturation et de recouvrement des honoraires, consommables, mise à disposition de personnel. Une transaction finit par intervenir dans laquelle les parties se mettent d'accord pour une expertise amiable et désignent à cette fin un tiers, qui dépose un rapport montrant que les radiologues ont trop payé. Néanmoins, la clinique ne rembourse pas l'indu déterminé par l'expert-comptable, tout en reconnaissant une différence de 241 000 € entre le coût facturable et la redevance facturée ainsi que le caractère d'ordre public de la règle commandant que la redevance ne

peut excéder le coût des services, expose l'arrêt.

Les radiologues ayant créé entre eux une société civile de moyens, ils choisissent d'assigner la clinique en paiement au nom de la SCM. Celle-ci est déclarée irrecevable à agir, en raison que chaque radiologue est individuellement lié à la clinique par un contrat d'exercice privilégié. Même si la clinique avait pris l'habitude de facturer la redevance à la SCM, par pure commodité précise l'arrêt, « celle-ci se chargeant concrètement de la répartition de la charge entre ses différents adhérents et de son recouvrement au profit de la clinique, les seuls débiteurs de l'obligation de payer la redevance litigieuse sont les praticiens concernés. » La SCM n'avait donc ni qualité, ni aucun intérêt personnel à agir en répétition du trop-versé, elle est déboutée. L'action doit être intentée par les radiologues concernés. **ILB**

Lipoaspiration : pas grave

(arrêt du 20 octobre 2017, Conseil d'Etat, 1^{ère} et 6^{ème} ch. réunies, n° 398615)

Les actes à visée esthétique dont la mise en œuvre présente un danger grave ou une suspicion de danger grave pour la santé humaine peuvent être interdits par décret après avis de la Haute Autorité de Santé, prévoit l'article L. 1151-3 du code de la santé publique.

Deux SELARL de médecins demandent au Premier ministre, en 2015, de faire usage des pouvoirs qu'il tire de ce texte pour interdire les actes de lipoaspiration à visée esthétique. M. Manuel Valls ne répond pas, les demandeurs saisissent le Conseil d'Etat et requièrent l'annulation de la décision impli-

cite de rejet née du silence gardé par le Premier ministre.

Le 20 octobre 2017, le Conseil d'Etat a jugé : « Il ressort des pièces du dossier que les actes à visée esthétique de lipoaspiration constituent des interventions de chirurgie esthétique qui, réalisées suivant des techniques mises au point dès les années soixante-dix et régulièrement améliorées depuis lors, ne peuvent être pratiquées que dans les conditions fixées par les articles L. 6322-1 et suivants du code de la santé publique ainsi que par les dispositions réglementaires prises pour leur application. Au regard de cet encadre-

ment législatif et réglementaire, dont l'insuffisance n'est ni démontrée ni même alléguée, et alors même que de tels actes de chirurgie peuvent exceptionnellement entraîner des complications ayant des conséquences graves, le Premier ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que la mise en œuvre des actes de lipoaspiration ne présentait pas un danger grave ou une suspicion de danger grave justifiant qu'il soit fait application des dispositions de l'article L. 1151-3 précité du code de la santé publique pour en interdire la pratique. »

ILB

Masseur-kinésithérapeute : choisir son immeuble

(décision du 28 décembre 2017, Conseil national de l'Ordre des MK)

Le masseur-kinésithérapeute ne doit pas s'installer dans un immeuble où exerce un confrère sans l'accord de celui-ci ou sans l'autorisation du conseil départemental de l'ordre. Cette autorisation ne peut être refusée que pour des motifs tirés d'un **risque de confusion pour le public**. Le silence gardé par le conseil départemental de l'ordre vaut autorisation tacite à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la date de réception de la demande, prévoit l'article R. 4321-133 du code de la santé publique.

Dans une île où il fait bon vivre, un

masseur-kinésithérapeute décide de transférer son cabinet libéral secondaire. Une consœur affirmant exercer dans le même immeuble s'oppose à l'installation en invoquant un risque de confusion pour la patientèle. Après un passage devant le conseil interdépartemental, le dossier est soumis au Conseil national de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes qui rend une sage décision de laquelle on peut extraire l'alinéa ci-après :

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les deux cabinets ne sont pas situés dans un même im-

meuble mais dans un ensemble immobilier « Résidence M » ; que l'entrée du local acquis par M. X est distincte de l'entrée principale de la résidence ; que ce dernier a obtenu l'accord de la Mairie pour l'attribution d'un numéro de route différent ; que les deux cabinets sont séparés d'une distance d'environ 60 mètres ; que les locaux sont séparés par une pharmacie et deux allées ; qu'il en résulte que, dans ces conditions, l'installation du cabinet de M. X ne fait naître aucun risque de confusion pour le public avec le cabinet de Mme Y. »

ILB

ARS, autorisations d'activités de soins, EML et AMP

En application de l'**ordonnance n° 2018 du 3 janvier 2018** relative à la simplification et à la modernisation des régimes d'autorisations des activités de soins et d'équipements matériels lourds :

- les rapports de certification de l'HAS devront être joints aux dossiers "promoteur",
- la visite de conformité ne sera plus systématique, le DG de l'ARS décidera si elle a lieu ou pas,
- les autorisations d'activités de soins, d'EML et d'AMP seront délivrées, sauf exceptions, pour 7 ans.

Ces mesures entreront en vigueur après décret au plus tard le 1^{er} janvier 2019 (AMP au plus tard le 1^{er} mai 2018).

Vétérinaire : collaborateur libéral ou salarié ?

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

Chez les vétérinaires comme au sein des cabinets médicaux et chirurgicaux, les collaborateurs libéraux – surtout après avoir été remerciés si les qualités professionnelles et/ou humaines n'étaient pas à la hauteur des promesses au moment de la signature du contrat – ont tendance facilement à revendiquer le statut de salarié, qui permet d'obtenir le paiement rétroactif d'heures supplémentaires, de repos compensateurs et autres petits avantages qui arrondissent les fins de mois du salarié. Ils saisissent alors le conseil de prud'hommes en sollicitant la requalification en contrat de travail du contrat de collaboration libérale.

L'arrêt commenté en constitue un exemple assez caractéristique : après avoir quitté la clinique vétérinaire (société V) dans laquelle elle exerçait en qualité de collaboratrice libérale, Mme N soutient « qu'elle était soumise à des horaires de travail fixés unilatéralement par la société V qu'elle ne pouvait modifier que difficilement et ne disposait donc d'aucune liberté sur ce point. Elle indique que son activité de vétérinaire était exercée sous les directives du docteur D qui portaient sur l'attitude à adopter en cas de demande de délais de paiement, sur la tenue à porter en présence de la clientèle, ainsi que sous les directives de l'épouse du docteur D, chargée de la gestion de la société vétérinaire, qui concernaient tant les éléments informatiques que les traitements à administrer aux animaux pour supprimer des stocks existants, ne lui laissant ainsi aucune autonomie. Elle observe également que des factures qu'elle a émises ont été modifiées et qu'un véritable contrôle direct sur son activité était exercé sans lui laisser la possibilité de développer une clientèle personnelle. Elle faisait valoir que travailler le jour ainsi que certaines nuits et quelquefois jusqu'à 123 heures par semaine sur différents sites, rendait impossible le développement d'une clientèle personnelle pour lequel elle ne disposait d'aucun moyen matériel, ce qui établit la réalité du lien de subordination qu'elle alléguait. »

La Cour d'appel de Douai déboute la collaboratrice en retenant :

« L'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à la convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle. Elle repose sur un lien de subordination caractérisé par l'exécution d'un contrat sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner le manquement de son subordonné. [...] En l'espèce, il ressort des différentes pièces produites aux débats que l'établissement des plannings faisait l'objet d'une concertation

entre le Dr D, ses associés et Mme N, par courriels ou dans le cadre d'une réunion, comme l'attestent des assistantes vétérinaires, ce qui est d'ailleurs confirmé par de nombreux courriels de Mme N évoquant son souhait de prendre différents jours de congé et proposant de discuter sur des projets de planning avant leur validation. Il apparaît également que ces plannings, une fois validés, pouvaient encore être modifiés par l'organisation d'échanges entre vétérinaires [...]. Seuls deux courriels produits aux débats ont été adressés uniquement à Mme N pour lui reprocher son comportement, le premier relatif à un retard et un manque de professionnalisme par rapport aux assistantes et le second relatif à une erreur d'enregistrement informatique d'un client. Ces deux messages, qui se rapportent au fonctionnement de la clinique et ne comportent aucune menace de sanction, ne peuvent seuls caractériser un lien de subordination. [...] Il apparaît que Mme N, qui n'évoque aucune ingérence du Dr D ou ses associés dans l'établissement des diagnostics et soins réalisés, bénéficiait d'une autonomie suffisante pour développer une clientèle personnelle. Il résulte de ces éléments qu'en l'absence de lien de subordination et d'impossibilité de développer une clientèle personnelle, le contrat de collaboration conclu entre les parties ne peut être requalifié en contrat de travail. »

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
Jonathan Quadéri
Mathilde Darricau
Floriane Lhuillier

ISSN 1766-3903
Editions Scrof
Dépôt légal : janvier 2018

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>