

N°s 411263, 411302, 420987

M. V..., Mme D...

Section

Séance du 14 juin 2019

Lecture du 1^{er} juillet 2019

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine Lieber, Rapporteur public

Ces affaires conduisent à s'interroger sur la question délicate de la place du plaignant dans le contentieux ordinal des professions médicales, et plus précisément sur l'intérêt à agir en cassation de l'auteur d'une plainte qui souhaite contester le quantum de la sanction infligée par le juge d'appel.

1. Dans les deux cas, les faits à l'origine des plaintes sont dramatiques.

Sous les deux premiers numéros, M. V... a porté plainte contre le médecin anesthésiste (Mme C...) qui a pris en charge son épouse, Mme P., lors de l'accouchement de leur 1^{er} enfant, à la polyclinique Majorelle de Nancy : alors que cette dernière devait accoucher en principe par voie basse et sous anesthésie péridurale, et avait été informée de cette technique lors de la consultation pré-anesthésique, il a été décidé, au vu d'examens pratiqués par le médecin obstétricien qui suivait la grossesse, le 19 juin 2012, de réaliser, compte-tenu du positionnement du bébé, une césarienne sous rachianesthésie qui a été programmée dès le lendemain, le 20 juin 2012 ; l'anesthésiste a, dans ces conditions, réalisé non pas une péridurale mais une rachianesthésie. Or à la suite de cette intervention, Mme P... a très vite développé une complication cardiaque et n'a jamais pu être réanimée après la naissance de l'enfant. M. V..., outre une instance au pénal dont les suites ne nous sont pas connues,

a introduit des plaintes devant le CDOM [REF. géo] contre l'obstétricien et l'anesthésiste - plaintes que celui-ci a transmises sans s'y associer à la chambre disciplinaire de première instance du conseil régional de Lorraine. N'est plus en cause, à ce stade, que le litige concernant l'anesthésiste. Le 4 décembre 2013, la chambre disciplinaire de première instance a prononcé, à l'encontre de celle-ci, Mme C..., la sanction d'interdiction d'exercer la médecine pendant 3 mois, dont 2 assortis du sursis ; sur appel du médecin, la chambre disciplinaire nationale a toutefois, par une décision du 7 avril 2017, ramené le quantum de cette sanction à 1 mois avec un sursis de 15 jours¹. M. V... se pourvoit en cassation contre cette décision, à laquelle il reproche, entre autres, de n'avoir pas retenu certains des griefs qu'il avançait et d'avoir prononcé une sanction manifestement insuffisante eu égard aux faits reprochés. Mme C... s'est également pourvue en cassation contre la même décision.

L'autre affaire a pour origine une plainte contre un dermatologue, le Dr N..., qui après avoir pratiqué, en 2009, une première exérèse d'une tache suspecte sur un mollet de l'un de ses patients, M. D..., puis, la lésion étant revenue, une seconde exérèse, a négligé d'informer l'intéressé qu'il s'agissait d'un mélanome malin, qui s'était étendu entre la 1^{ère} et la seconde exérèse. M. D... n'a été informé de la nature exacte de sa pathologie ni par le docteur N..., ni par son médecin traitant, non alerté par le dermatologue, et ne s'est vu prescrire aucun suivi médical particulier après ces interventions. En 2013, la lésion est réapparue et à la suite d'examens complémentaires, a été diagnostiqué un cancer du colon, dont M. D... est décédé en juillet 2015, à l'âge de 75 ans. L'épouse et la fille de M. D... ont alors saisi la chambre disciplinaire de première instance de Basse-Normandie d'une plainte à l'encontre du docteur N..., à laquelle le conseil départemental de l'ordre des médecins s'est associé. Par une décision du 18 novembre 2016, la chambre disciplinaire de première instance a prononcé la radiation de M. N... du tableau de l'ordre, lui reprochant trois manquements fautifs : à son devoir d'information, prescrit par les articles L. 1111-2 et

¹ Et fixé la période d'exécution de la sanction du 1^{er} août au 15 août 2017.

R. 4127-35 du code de la santé publique ; à l'obligation d'assurer des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science (prévue par l'article R. 4127-32) ; et enfin à l'obligation de moralité (impartie par l'article R. 4127-3) en produisant pour sa défense des documents falsifiés pour tenter d'établir qu'il avait bien pris contact avec le médecin traitant de M. D.... Sur appel de M. N..., la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins a toutefois substantiellement réduit le quantum de la sanction, ramenée par une décision du 27 mars 2018 à une interdiction d'exercice de la médecine pendant trois mois, pour la période du 1^{er} septembre au 30 novembre 2018. C'est contre cette décision que la fille de M. D... se pourvoit en cassation, estimant que la sanction prononcée par la juridiction d'appel n'est pas suffisante, là encore, eu égard aux faits reprochés, dont la matérialité et le caractère fautifs ont pourtant été reconnus par la chambre disciplinaire nationale.

2. Or votre 4^{ème} chambre a communiqué aux parties un moyen d'ordre public tiré de leur défaut d'intérêt pour agir, lequel ne va pas de soi : vous avez en effet jugé, par votre décision de Section du 3 mars 1989, F..., n° 84716, au Rec. p. 68, que l'auteur d'une plainte devant les juridictions ordinaires n'avait pas intérêt à se pourvoir en cassation contre une décision de la juridiction ordinaire d'appel infligeant une sanction au praticien poursuivi – sanction dont il estimait le quantum insuffisant, en raison notamment de ce que la juridiction d'appel avait écarté plusieurs griefs de la plainte.

2.1. Cette solution, rendue aux conclusions contraires du président Daël, reposait sur des fondements tenant, pour beaucoup, aux particularités du contentieux disciplinaire, plus marquées encore en 1989 qu'aujourd'hui.

L'objet, tout d'abord, de ce contentieux répressif, n'est pas la réparation à la victime mais la bonne application des règles déontologiques. Cela a pour incidence que le juge du fond n'est pas saisi de conclusions contre une décision, mais d'une plainte,

dénonçant des faits susceptibles de constituer des manquements². Autrement dit, le plaignant joue, en quelque sorte, un rôle d'alerte, de « porter à connaissance » de faits susceptibles d'être des manquements déontologiques, auprès des instances ordinales.

Ce rôle se manifeste par les modalités procédurales particulières : le plaignant ne saisit pas directement la juridiction ordinale, mais il doit s'adresser au conseil départemental de l'ordre, qui transmet ensuite la plainte à la chambre disciplinaire de première instance, jouant ainsi un rôle de filtre – qui a été considérablement atténué, on y reviendra, par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Autrement dit, dans la configuration antérieure à cette loi, la plainte lui échappait, en quelque sorte, et la procédure disciplinaire devenait « *un procès entre l'ordre et le praticien poursuivi* » (cf. conclusions de C. de la Verpillère sur la décision de Sect. du 30 mars 1990, B..., n° 76961, Rec. p. 86, RFDA 1991.279). On retrouve ici la logique qui prévaut dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique : vous jugez en effet qu'un tiers n'a pas intérêt à agir contre le refus de prononcer une sanction ni contre la sanction elle-même (Sect. 10 juillet 1995, Mme L..., n° 141654, Rec. p. 302 ; 17 mai 2006, Consorts Bellanger, n° 268938, Rec. p. 257), et qu'une sanction prise à l'encontre d'un fonctionnaire ne crée, d'ailleurs, pas de droits acquis au profit des tiers³ (29 décembre 1999, M..., n° 185005, Rec. p. 428).

Par ailleurs, comme l'expliquait Gaëlle Dumortier dans ses conclusions sur votre décision du 7 avril 2011, Conseil national de l'ordre des médecins, n° 329070, aux T. p. 1131, « *le plaignant ne saisit pas le juge disciplinaire de conclusions tendant à ce qu'une sanction en particulier soit prononcée, mais seulement à ce que soit prononcée une sanction quelconque, qu'il appartient souverainement au juge de choisir, ce qui*

² Voyez ainsi les conclusions du président Gazier sur la décision du 8 novembre 1957, M..., n° 3083, au Rec. p. 595, soulignant que les griefs invoqués « *ne sont pas des conclusions ni des moyens. La plainte qui saisit le juge disciplinaire n'est pas une demande introductive d'instance (...), on s'abuserait en y cherchant de véritables conclusions* ». Voir aussi conclusions du président Vught sur Sect. 24 novembre 1972, Conseil départemental des Hauts-de-Seine de l'ordre des médecins, n° 81492, Rec. p. 754 ; et P. Dondoux sur Sect. 6 février 1981, L..., n° 14331, Rec. p. 74.

³ Ni, d'ailleurs, au profit de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire.

explique le défaut d'intérêt à agir en cassation du plaignant contre une décision prononçant une sanction ». Dès lors, la seule hypothèse dans laquelle vous admettez, en l'état actuel de la jurisprudence, l'intérêt d'un plaignant à se pourvoir en cassation contre une décision du juge ordinal d'appel est celle où celui-ci a rejeté la plainte (voir par ex. 3 février 1977, R..., n° 92835, au Rec. p. 80).

En effet, comme vous le savez, l'intérêt à agir s'apprécie au regard du seul dispositif de la décision, et non de ses motifs (Section, 3 février 1999, Hôpital de Cosne-Cours-sur-Loire, n° 126687, Rec. p. 14 ; Sect. 17 juillet 2009, Ministre de l'économie c/ B..., Rec. p. 283 – cités dans le Conseil d'Etat, juge de cassation, 6^{ème} éd., p. 58). Par conséquent, un dispositif rejetant un appel permet au plaignant de se prévaloir d'un intérêt à se pourvoir en cassation, alors qu'un dispositif comportant le prononcé d'une sanction rend cet intérêt plus délicat à apprécier. En effet, même si le juge d'appel a prononcé une sanction plus faible que celle espérée par le plaignant, parce qu'il a écarté certains griefs (ce qui était le cas dans l'affaire F...), n'apparaîtra dans le dispositif que la sanction prononcée...

Enfin, la fermeture de la voie de la cassation trouvait aussi des justifications dans le fait que des voies de recours alternatives sont ouvertes aux tiers : ils peuvent en effet soit saisir le juge pénal (comme cela a été, en l'espèce, le cas dans la première affaire), soit rechercher une réparation devant le juge civil (13 janvier 2014, P..., n° 372804, T. p. 836 ; 2 octobre 2017, D..., n° 409543, inéd.). Sans parler de la méfiance que peuvent parfois susciter les poursuites dont le plaignant est un particulier - patient ou, comme dans F..., confrère du praticien poursuivi – l'objectif étant d'éviter tant une forme d'acharnement de la part des plaignants, que d'éventuelles stratégies d'instrumentalisation de la juridiction disciplinaire pour renforcer un dossier devant le juge civil ensuite.

2.2. Pour ces différentes raisons, les textes relatifs aux ordres des professions

médicales ne prévoyaient pas, sauf exception, avant la loi du 4 mars 2002, que le plaignant « particulier » puisse faire appel de la décision de la juridiction ordinaire de première instance, parce que celui-ci n'avait pas, généralement, la qualité de partie devant les juges du fond. Ainsi, le décret du 26 octobre 1948, relatif au fonctionnement de la section disciplinaire du conseil national de l'ordre des médecins, s'il dispose⁴ que l'auteur de la plainte peut prendre connaissance du dossier du conseil régional (art. 12) et doit être convoqué à l'audience (art. 13), prévoit ensuite (art. 17) que l'intéressé est simplement « informé » par écrit de la décision prise par la section disciplinaire du conseil régional. Vous en avez déduit que l'auteur de la plainte, ne figurant pas parmi les destinataires auxquels la décision était notifiée, n'avait pas la qualité de partie en première instance devant le conseil régional (voyez, pour les médecins : 22 janvier 1958, G..., n° 10104, T. p. 1002 ; 28 avril 1958, A... F..., n° 32740, aux T. p. 1002 ; 19 octobre 1979, G..., n° 12176, Rec. p. 383 ; 15 avril 1983, P..., n° 36503, aux T. pp. 606-848, aux conclusions d'O. Dutheillet de Lamothe, très éclairantes sur ce point ; pour les chirurgiens-dentistes : 17 décembre 1958, E..., n° 35860, T. p. 1002). C'est donc très logiquement que la liste limitative des personnes ayant qualité pour faire appel, qui figurait à l'article L. 411 de l'ancien code de la santé publique (et issue de l'article 44 de l'ordonnance du 24 septembre 1945), ne comprenait pas les confrères ou les patients.

Et par conséquent, l'auteur de la plainte n'était pas non plus recevable à introduire un pourvoi en cassation, cette voie étant réservée aux personnes ayant qualité de partie dans l'instance ayant donné lieu à la décision attaquée : 30 juillet 1949, Sieur F..., Rec. p. 409.

Cette absence de qualité de partie dans l'instance, et donc d'absence de qualité à faire appel et de qualité à se pourvoir en cassation connaissait toutefois, dans le champ des professions médicales, deux exceptions notables. Celle, d'une part, des pharmaciens,

⁴ Dans sa rédaction la plus « accommodante » issue du décret du 28 avril 1977.

auxquels s'appliquaient des dispositions prévoyant, d'une part, que tout intéressé avait qualité pour former appel et d'autre part, que les décisions du juge de première instance et du juge d'appel devaient être notifiées au plaignant. Vous en avez déduit, dans une décision du 9 avril 1993, Mlle T..., n° 84014, aux T. p. 998, aux conclusions de G. Le Châtelier, que le plaignant avait bien la qualité de partie devant les juridictions disciplinaires de l'ordre des pharmaciens et qu'il avait qualité pour se pourvoir en cassation contre la décision du conseil national – dans une espèce où, toutefois, le plaignant souhaitait se pourvoir contre une décision prononçant la relaxe du praticien poursuivi.

L'autre exception notable était celle des vétérinaires, en vertu de l'article 323 de l'ancien code rural. C'est bien la raison pour laquelle, dans votre décision de Section F..., vous vous êtes interrogés non pas sur la qualité pour se pourvoir en cassation du praticien auteur de la plainte, mais bien sur son intérêt à se pourvoir. Ce paysage a, croyons-nous, son importance, car le cas des vétérinaires, régis par un code distinct - le code rural - était finalement isolé. Il a pu être tentant, alors, d'opérer une forme de « réalignement » sur les autres professions médicales, en choisissant, de manière un peu artificielle, de ne pas franchir l'étape de l'intérêt à agir.

2.3. Or cette solution nous paraît aujourd'hui délicate à maintenir, en raison de l'évolution considérable apportée par la loi n° 2002-203 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

2.3.1. L'article 18 de cette loi a en effet fait évoluer l'équilibre existant en insérant, à l'article L. 4122-3 du code de la santé publique (qui reprenait les dispositions précitées de l'article L. 411 de l'ancien code), parmi les personnes pouvant faire appel des décisions des chambres disciplinaires de première instance, « *l'auteur de la plainte* ». L'intention du législateur était ainsi de faire de l'auteur de la plainte une partie au litige, comme le montrent d'ailleurs les travaux parlementaires de la loi. Voyez par ex.

le rapport des sénateurs Giraud, Deriot et Lorrain, n° 174, expliquant que « *dans la perspective d'accroître les droits des malades (...), le plaignant se voit donc reconnaître le statut de partie à l'instance alors qu'il était auparavant simple témoin* » (même constat dans le rapport de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'AN). Cette évolution participait au souhait plus général du législateur de « *rééquilibrer les relations entre le professionnel de santé et le malade, en faisant de ce dernier un véritable acteur de santé* », notamment en « *accroi[ssant] les droits des patients lorsqu'ils portent plainte devant les ordres compétents à l'égard des professions médicales* » - pour reprendre les termes de l'exposé des motifs de la loi.

Cette évolution n'a pas échappé aux chroniqueurs de votre décision d'Ass. du 6 juin 2014, *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques*, n° 351582, qui, dans un article intitulé *De l'opportunité et de la légalité en matière disciplinaire*, AJDA 2014.1478, remarquaient une certaine « *subjectivisation de la matière disciplinaire, (...) faisant davantage de place aux tiers, notamment à la victime. (...) Les textes ont précisément évolué pour ouvrir davantage la porte au plaignant, notamment dans le contentieux disciplinaire des professions médicales. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, en particulier, a permis au plaignant d'interjeter appel de la décision de l'instance régionale (...)* ».

La loi poursuivait, parallèlement, l'ambition de clarifier les attributions des instances des ordres des professions médicales, afin, entre autres, de renforcer les droits des plaignants, les deux allant d'une certaine manière, de pair : son article 10 a ainsi profondément revu le mode de fonctionnement des instances disciplinaires, en érigeant en chambres disciplinaires séparées les anciennes « sections disciplinaires » des conseils, afin de mieux distinguer les fonctions administratives des fonctions juridictionnelles. Surtout, la gestion des plaintes contre les professionnels de santé a été modifiée : outre la mise en place d'une procédure de conciliation préalable

obligatoire, la transmission de la plainte par le conseil départemental à l'instance disciplinaire est devenue obligatoire en cas d'échec de la conciliation, et encadrée par un délai de trois mois - l'auteur de la plainte ayant la possibilité, en cas de carence du conseil départemental, de demander au Conseil national de saisir la CDPI (art. L. 4123-2 du CSP). Autrement dit, le rôle de filtre auparavant dévolu aux conseils départementaux a disparu, la seule hypothèse dans laquelle une plainte n'est pas transmise étant celle d'une conciliation réussie... Le mécanisme précédent, qui permettait aux conseils départementaux de faire jouer une forme de principe d'opportunité des poursuites, et renforçait l'analogie avec le contentieux pénal, a donc été remplacé par un mode de fonctionnement plus proche des litiges administratifs classiques.

2.3.2. Le maintien de la solution « *F...* » dans ce cadre renouvelé paraît d'autant plus délicat que votre jurisprudence a peu à peu élargi les prérogatives des plaignants devant les juridictions ordinales des professions médicales :

- vous jugez ainsi que le refus du Conseil national de l'ordre de transmettre une plainte est susceptible de recours pour excès de pouvoir (1^{er} juin 2018, *Mme Z...*, n° s 409626-411244, à mentionner aux T.) ;

- par votre décision du 11 octobre 2017, *Association santé et médecine du travail SMT et autres*, n° 403576, aux T. p. 785, vous avez donné en outre une large portée aux dispositions du 1° de l'article R. 4126-1 du code de la santé publique en jugeant qu'elles confèrent à « *toute personne lésée de manière suffisamment directe et certaine par le manquement d'un médecin à ses obligations déontologiques* », la faculté d'introduire, après avoir porté plainte devant le conseil départemental de l'ordre, une action disciplinaire à l'encontre de ce médecin, en cas d'échec de la conciliation obligatoire ou de carence du conseil départemental à organiser cette conciliation ;

- vous admettez, enfin, que le plaignant puisse invoquer devant la juridiction d'appel des griefs qui ne figuraient pas dans ses écritures de première instance (24 octobre 2018, *M...*, n° 404660, à mentionner aux T.) – griefs que la juridiction ordinale est

tenue de tous examiner (Section, 24 novembre 1972, Conseil départemental des Hauts-de-Seine de l'ordre des médecins, n° 81492, Rec. p. 754).

Surtout, la jurisprudence F... devient de plus en plus difficilement lisible :

- déjà, avant la loi du 4 mars 2002, elle était appliquée de façon variable selon les configurations des litiges : ainsi, comme on l'a vu précédemment, l'intérêt à se pourvoir en cassation était reconnu au plaignant en cas de rejet de sa plainte ou de relaxe prononcée par la juridiction d'appel ; par ailleurs, vous n'avez jamais étendu votre jurisprudence F... aux plaintes des caisses primaires et des médecins conseils dans le contentieux du contrôle technique, en dépit de sa nature disciplinaire, jugeant au contraire avec constance qu'ils avaient intérêt à se pourvoir contre une décision d'appel prononçant une sanction dans une procédure résultant de leur plainte (par ex. pour les CPAM : 26 novembre 1990, Caisse primaire d'assurance maladie de l'Essonne, n° 83822 inéd. au Rec. ; 15 janvier 1997, Caisse primaire d'assurance maladie de Laon, n° 44085 aux T. sur un autre point ; pour les médecins conseils : 17 octobre 1997, Médecin conseil du Val d'Oise n° 132283 inédite au recueil ; 19 juin 2002, Médecin conseil de l'échelon local d'Angers, n° 223062 aux T. sur un autre point⁵) ;

- en outre, votre jurisprudence F... ne vous a jamais empêché d'admettre, de façon asymétrique, les appels « *a minima* », se bornant à demander l'aggravation de la sanction (4 juin 1991, M..., n° 100064, Rec. p. 320).

Après la loi du 4 mars 2002, conférant à l'auteur de la plainte devant les juridictions ordinaires des professions médicales, de façon systématique, la qualité de partie à l'instance, il devient d'autant plus difficile, nous semble-t-il, de la comprendre – pour les raisons qu'invoquait déjà Serge Daël dans ses conclusions : il estimait ainsi « *qu'en déployant (...), en vue de corriger les effets d'une loi claire [celle conférant aux*

⁵ Sur ce point, voir les éclairantes conclusions de Gaëlle Dumortier sur la décision du 25 février 2015, D..., n° 361995, aux T.

vétérinaires qualité pour faire appel], des trésors de subtilité pour expliquer à M. F... que son appel n'était finalement qu'un tour de piste assez limité et que partie – mais à demi seulement – il a une qualité sans en avoir tous les droits et est sans intérêt à attaquer la décision qui a écarté l'essentiel de ses griefs, on ne donne un argument nouveau à ceux qui reprochent à la jurisprudence administrative son ésotérisme et surtout l'inégalité prétendument congénitale dans laquelle elle maintiendrait les personnes privées ».

2.3.3. Le seul élément qui peut prêter, nous semble-t-il à hésitation, est la question de l'appréciation de l'intérêt à se pourvoir en cassation au regard du dispositif de la décision juridictionnelle attaquée - puisque, encore une fois, les requérants souhaitent se pourvoir contre des décisions juridictionnelles qui ont prononcé des sanctions.

Pourtant, il nous semble qu'un requérant qui estime que la sanction prononcée ne reflète pas l'étendue des griefs qu'il a invoqués (soit que certains griefs aient été écartés par le juge d'appel, soit que le quantum lui paraisse trop faible eu égard aux manquements reprochés) a un intérêt à agir, dont vous pourriez considérer qu'il s'apprécie bien au regard du dispositif dès lors que celui-ci ne comporte pas la sanction jugée suffisante – ou, en quelque sorte, en tant que ce dispositif ne comporte pas une sanction plus appropriée. L'effort à faire pour admettre cet intérêt nous semble d'autant moins grand que vous admettez déjà, depuis longtemps, comme on l'a vu, le principe des appels *a minima*. Et cet effort ne percuterait pas vos jurisprudences précitées en matière de contentieux disciplinaire des fonctionnaires (*Mme L...*, *Consorts Bellanger*, *M...*) qui jugent que les tiers n'ont pas intérêt à agir contre la sanction elle-même – puisque l'auteur d'une plainte ordinaire n'est plus tiers, mais bien partie au litige disciplinaire ordinal.

En définitive, dès lors que le juge ordinal, saisi d'une plainte dénonçant certains faits potentiellement fautifs, a pour « *mission d'en établir la matérialité, d'en définir la*

qualification, avant le cas échéant de leur appliquer une sanction conforme au droit » (nous renvoyons là encore aux conclusions de S. Daël), nous voyons mal en quoi l’auteur de la plainte, qui est dorénavant, depuis la loi du 4 mars 2002, partie à l’instance tant en première instance qu’en appel, n’aurait pas intérêt à se pourvoir en cassation contre une sanction qu’il estimerait illégale – il a, finalement, intérêt à ce que justice soit rendue, en prononçant la sanction appropriée et en tenant compte du bon périmètre de griefs.

Si cela peut paraître d’autant plus net lorsque certains griefs ont été écartés par le juge d’appel, l’évolution de votre contrôle de cassation sur le quantum de la sanction nous paraît aussi aller dans ce sens : vous êtes en effet passés d’une absence complète de contrôle sur le choix de la sanction prononcée par les instances ordinales (20 mai 1981, W..., n° 24539, aux T. p. 887), à un contrôle de dénaturation (30 mai 2011, Mme O..., n° 339496, aux T. p. 1108), puis à la vérification de ce que la sanction retenue n’est pas hors de proportion au regard des faits reprochés (Ass., 30 déc. 2014, B..., n° 381245, au Rec. p. 443). Autrement dit, le choix de la sanction peut désormais être utilement contesté devant le juge de cassation. Ajoutons enfin que le CNOM, observateur dans les deux instances, plaide lui-même pour l’intérêt à agir de l’auteur de la plainte.

3. Si vous nous suivez pour admettre l’intérêt à se pourvoir en cassation des requérants, dans ces contentieux ordinaux de professions médicales, vous devrez examiner les litiges, qui illustrent deux configurations différentes, l’une dans laquelle est critiqué le caractère non proportionné de la sanction au regard des griefs retenus par la juridiction d’appel, l’autre invoquant un moyen d’erreur de droit de la chambre disciplinaire nationale à ne pas avoir retenu l’un des griefs invoqués.

3.1. Le pourvoi de Mme D... soutient ainsi que la sanction prononcée est, par son insuffisance, hors de proportion avec les fautes reprochées au praticien. La chambre

disciplinaire nationale a, en effet, tout comme la chambre disciplinaire de première instance, retenu, trois fautes disciplinaires : un manquement, par le praticien, à son devoir d'information pour ne pas avoir informé son patient de la gravité de l'affection dont il était atteint et de la nécessité d'un suivi régulier ; la méconnaissance de l'obligation d' « *assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents* » ; et enfin la méconnaissance de l'obligation de moralité figurant à l'article R. 4127-3 du code, en produisant pour sa défense devant les instances ordinales des documents manifestement falsifiés. Elle n'a pourtant, au regard de ces manquements, prononcé qu'une sanction d'interdiction d'exercice de la médecine pendant 3 mois – au lieu de la sanction de radiation du tableau initialement prononcée en première instance.

Le contrôle que vous portez dorénavant, depuis votre décision précitée d'Ass. du 30 décembre 2014, B..., n° 381245, sur l'appréciation par les juges du fond du caractère disproportionné de la sanction au regard de la gravité de la faute, vous permet bien sûr de vous prononcer sur une sanction retenue par les juges du fond, dont il est soutenu qu'elle est hors de proportion car trop sévère eu égard aux faits reprochés (voyez ainsi, en contentieux ordinal, 27 mars 2015, H..., n° 365550, aux T. p. 841-853 ; 18 janvier 2017, A..., n° 394562, aux T. p. 788 ; 20 mars 2017, R..., n° 390889, aux T. p. 782-787). Mais vous avez déjà, aussi, mobilisé ce contrôle dans le cas de figure inverse, d'une sanction dont l'auteur de la plainte soutient qu'elle est disproportionnée parce qu'insuffisante, en plein contentieux disciplinaire de l'enseignement supérieur : voyez ainsi 4/5, 6 avril 2016, Université Lumière Lyon 2, n° 389821, inéd. (ou, dans des configurations particulières de contentieux d'excès de pouvoir : 27 juillet 2015, EHPAD de Beuzeville, n° 370414, T. p. 841 ; 13 décembre 2017, Société la Poste, n° 400629, aux T. p. 654-773 ou encore 18 juillet 2018, Ministre de l'Education nationale, n° 401527-401629, à mentionner aux T.).

Rappelons que votre contrôle est en réalité, comme l'expliquait X. Domino dans ses conclusions sur la décision des 2/7 du 27 février 2015, *La Poste*, n°s 376598-381828, Rec. p. 64, une sorte de « *contrôle de l'erreur manifeste dans la qualification juridique des faits opérée par les juges du fond* », une « *marche 'à mi hauteur'* » entre un « *mini-contrôle de qualification* » et un « *super contrôle de dénaturation* ». En contentieux ordinal des professions médicales, l'échelle des peines applicables, définie à l'article L. 4124-6 du code de la santé publique, comprend 5 types de sanctions (avertissement ; blâme ; interdiction temporaire ou permanente d'exercer certaines missions de service public ; interdiction temporaire d'exercice, pour une durée maximale de 3 ans, avec ou sans sursis ; radiation du tableau), et permet un continuum de sanctions, ce qui rend votre tâche plus délicate que dans le contentieux de l'enseignement supérieur, où l'échelle des sanctions est plus nette et où il vous suffit d'apprécier si la sanction prononcée se situe dans le bon intervalle.

Toutefois, la comparaison avec d'autres sanctions prononcées en matière de contentieux ordinal est éclairante. Ainsi, des manquements tenant aux risques que le comportement du praticien a pu faire courir à ses patients ont pu récemment donner lieu à des sanctions substantiellement plus lourdes, dont vous avez jugé qu'elles n'étaient pas hors de proportion :

- il en va ainsi d'une interdiction d'exercice de 6 mois dont 3 mois avec sursis, infligée à un médecin qui, informé de ce que la grossesse de sa patiente présentait un tableau clinique atypique, avait omis de solliciter les concours appropriés et ainsi retardé l'intervention du bon diagnostic et d'une prise en charge adaptée (28 mars 2018, N...., 405077, 405472, à mentionner aux T.) ;
- même chose pour une interdiction d'exercer la profession pendant un an infligée à un médecin qui n'avait pas conduit les investigations approfondies qui auraient permis de poser dans un délai raisonnable le diagnostic de cancer du pancréas dont était atteinte sa patiente à qui elle avait prescrit un régime d'amaigrissement et qui usait de procédés publicitaires pour une méthode thérapeutique non éprouvée dont elle se portait garante

(21 octobre 2015, D..., n° 381754, au Recueil sur un autre point p. 351).

Enfin, les arguments du Dr N... selon lesquels les manquements qui lui sont reprochés n'ont pas eu pour effet d'aggraver l'état de santé de son patient ni occasionné de perte de chance d'éviter l'issue de sa maladie sont inopérants dans un contentieux disciplinaire où il s'agit de statuer sur l'existence de manquements déontologiques. Dans ces conditions, nous vous proposons de juger, dans cette affaire, que la chambre disciplinaire nationale en remplaçant la sanction de la radiation par une interdiction d'exercer la médecine pendant trois mois, a retenu une sanction qui, à supposer même, comme le soutient l'intéressé, qu'un suivi régulier du mélanome n'aurait pas évité l'issue létale de la maladie, est, par son insuffisance, hors de proportion avec les fautes commises.

Vous pourrez alors, si vous nous suivez, annuler la décision de la CDN et lui renvoyer l'affaire, et mettre à la charge de M. N... la somme de 3 000 euros que demande la requérante au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Tel est le sens de nos conclusions sur cette première affaire.

3.2. Quant au pourvoi de M. V..., il reproche à l'instance d'appel, sur le terrain de l'erreur de droit, d'avoir écarté l'un des griefs, en l'occurrence celui de la méconnaissance, par l'anesthésiste, du droit à l'information préalable du patient et du recueil de son consentement – obligations prévues aux articles L. 1111-2, R. 4127-35 et R. 4127-36 du CSP.

Le requérant fait valoir que son épouse, qui dans le cadre de la consultation pré-anesthésique antérieure à son entrée en clinique, avait reçu une information sur une péridurale dans la perspective d'un accouchement par voie basse, n'avait pas été informée des risques inhérents à une rachianesthésie, et n'avait pu, par conséquent, donner son consentement éclairé à cette intervention.

Les juges du fond n'ont pas tous porté la même appréciation, puisque la chambre disciplinaire de première instance a jugé qu'il y avait bien eu un manquement au devoir d'information préalable, tandis que la CDN, qui a statué après que les expertises rendues dans l'instance pénale ont été versées au dossier, a conclu à l'absence de manquement sur ce point. Elle a jugé que si l'intéressée avait seulement reçu une information sur la péridurale lors de la consultation pré-anesthésique, à une date où était envisagé un accouchement par voie basse, il résultait cependant du rapport d'expertise des Pr. R... et B..., ordonné par le TGI de Nancy, « que, en dépit de la différence entre les deux techniques anesthésiques, le risque de complication étant identique, l'information donnée dans le cadre d'une anesthésie péridurale était également valable dans le cadre d'une anesthésie rachidienne ». Il résulte également de l'instruction que le 20 juin dans les minutes précédant l'intervention, dans le contexte de très fort stress et de pleurs qu'a relevé le Dr C... dans son rapport (...), cette dernière a pris le temps et fait les gestes nécessaires et adaptés pour apaiser Mme P... qui ne peut être regardée comme ayant refusé ou ayant manifesté une absence de coopération à la technique de rachi-anesthésie susceptible d'être constitutives (...) de contre-indications absolues à l'anesthésie rachidienne ».

C'est nous semble-t-il au prix d'une lecture souple à la fois du droit à l'information et du recueil du consentement que les juges d'appel ont écarté ce grief. S'agissant du consentement, la cour s'est fondée sur une absence de refus formel de se soumettre au soin plutôt que sur le consentement de la patiente. Quant à l'obligation d'information préalable, elle s'est fondée sur l'identité (supposée) des risques entre les deux techniques, en considérant que l'information délivrée sur la péridurale lors d'une consultation où était envisagée un accouchement par voie basse étant, en quelque sorte, « transposable » pour l'autre technique d'anesthésie loco-régionale pratiquée en cas de césarienne. Il nous semble qu'en procédant ainsi, elle a été influencée par le raisonnement que vous menez dans le cadre des contentieux de responsabilité

hospitalière, où si le défaut d'information constitue toujours une faute, c'est seulement si ce défaut d'information a entraîné une perte de chance d'éviter le risque qui s'est produit qu'il y a lieu d'indemniser la victime. Il en va autrement, pensons-nous, en matière de contentieux disciplinaire ordinal, où c'est le manquement lui-même, et non ses conséquences, qui est envisagé.

La règle déontologique pré-existait d'ailleurs à l'article L. 1111-2 du code de la santé public, bien connu, introduit dans le code de la santé publique là encore par la loi du 4 mars 2002. Elle figurait en effet déjà dans les codes de déontologie des ordres des professions de santé, et comprend les deux volets, intrinsèquement liés, du droit à l'information et de la recherche du consentement du patient – consentement qui, pour être éclairé, doit avoir été précédé de l'information adéquate. L'article R. 4127-35 du code prévoit ainsi que « *le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose (...)* » ; donnant ainsi tout son sens à l'obligation de « *rechercher dans tous les cas* », le « consentement de la personne examinée ou soignée » posée par l'article R. 4127-36⁶.

Ici, le remplacement d'un acte par un autre, même si ce dernier comportait, supposément, les mêmes risques, ne nous paraît pas permettre de passer, en l'absence d'urgence, l'étape d'une nouvelle information préalable du patient. Il aurait fallu, a minima, que la parturiente ait été informée de l'équivalence des risques associés à ces deux actes, apparentés mais distincts. Aussi, nous vous proposons de juger que la décision de la chambre disciplinaire nationale, en écartant ce grief sur le terrain de l'identité des risques, sans avoir recherché si l'intéressée, pour exprimer son

⁶ A cet égard, on peut relever que la réalisation d'un acte sans le consentement du patient constitue toujours une faute disciplinaire (27 janvier 1982, *B...*, n° 10796, aux T. sur un autre point). Il s'agit en soi d'un manquement, même si aucun risque ne s'est matérialisé. Vous admettez d'ailleurs, en contentieux de la responsabilité, que ce manquement peut donner lieu à l'indemnisation d'un préjudice moral, qui lui est propre (17 février 1988, *Mme M... B...*, n° 76417, au Rec., confirmée récemment : 24 septembre 2012, *C...*, n° 336223 aux T. p. 984-990 ; 16 décembre 2016, *Mme B...*, n° 386998, inéd., aux concl. de Laurence Marion).

consentement, avait, à tout le moins, été informée de cette identité des risques encourus⁷, quelle que soit la technique utilisée, a entaché sa décision d'une erreur de droit, et de l'annuler pour ce motif.

PCMNC :

- à l'annulation de cette décision de la chambre disciplinaire nationale,
- à ce que, cette décision étant annulée, il n'y ait plus lieu de statuer sur le pourvoi de Mme C..., le médecin, contre cette même décision ;
- et vous pourrez, dans les circonstances particulières de l'espèce, rejeter les conclusions tendant au versement de frais irrépétibles.

⁷ Par ailleurs, la similarité des risques entre les deux techniques est discutée, et l'on peut s'interroger sur le passage du rapport d'expertise du 19 juillet 2015 qui signale, au sujet de l'accident survenu, « *très vraisemblablement en relation avec un passage vasculaire de la Marcaïne* », qu' « *Il s'agit là d'un accident rare mais connu de ce type d'anesthésie locorégionale* ».