

N° 392230

M. L...

4^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 7 décembre 2016

Lecture du 23 décembre 2016

CONCLUSIONS

M. Frédéric DIEU, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée met en cause des actes accomplis par un praticien hospitalier qui exerce également une activité libérale au sein de l'hôpital public et, plus précisément, elle met en cause des actes qui relèvent pour certains d'entre eux de la fonction publique de ce praticien et pour d'autres de son activité libérale.

Or, vous le savez, l'article L 4124-2 du code de la santé publique, en réservant les poursuites engagées contre les médecins chargés d'un service public à raison d'actes de leur fonction publique à un nombre limité d'autorités, fait interdiction aux patients de diriger leurs plaintes contre de tels actes. Ces derniers sont en revanche recevables à les diriger contre les actes accomplis par ces médecins dans le cadre de l'activité libérale qu'ils peuvent exercer à l'hôpital public sur le fondement de l'article L 6154-1 du code de la santé publique.

Aussi cette affaire vous donnera-t-elle l'occasion de confirmer qu'en présence d'un processus médical dirigé par un même médecin et incluant tant des actes de la fonction publique que des actes libéraux, les autorités disciplinaires ordinaires doivent, pour examiner la recevabilité de la plainte du patient, faire le départ entre ces actes.

Cette obligation, qui nous semble résulter tant de la lettre de l'article L 4124-2 du code de la santé publique que de la jurisprudence, fait donc obstacle à ce qu'une qualification unique, publique ou privée, soit donnée aux différents actes du processus.

Ayant retenu le principe d'une obligation de départ entre actes de la fonction publique et actes libéraux, il vous faudra déterminer dans quelle mesure et selon quel critère les griefs retenus en l'espèce par la chambre disciplinaire nationale pour infliger la sanction doivent être regardés comme se rapportant à l'une ou l'autre catégorie d'actes.

Avant d'examiner ces questions, il faut s'arrêter brièvement sur les données du litige qui vous est soumis.

M. L..., chirurgien de renommée mondiale (en particulier pour avoir réalisé en juin 2010 la première greffe totale du visage en France), est professeur des universités-praticien hospitalier de l'AP-HP. Il exerçait au CHU Henri Mondor de Créteil jusqu'au 31 décembre 2011. Depuis janvier 2012, il dirige le service de chirurgie reconstructrice à l'hôpital européen Georges Pompidou.

Dans le cadre du traitement d'un cancer du sein, Mme M... a fait l'objet d'une mastectomie bilatérale suivie d'une reconstruction mammaire immédiate par implant en décembre 2006 au CHU de Besançon. Estimant les résultats peu satisfaisants, elle a consulté dès 2007 le professeur L... à l'hôpital Henri Mondor de Créteil : cinq consultations préopératoires ont ainsi eu lieu dans le cadre de l'activité libérale exercée par ce dernier à l'hôpital.

Mme M... a subi une opération de reconstruction mammaire en deux étapes : une première opération a eu lieu le 7 mars 2010 et une seconde opération « correctrice » a eu lieu le 20 juin 2011. Ces deux opérations se sont déroulées (ce n'est pas contesté) dans le cadre du service public hospitalier. Il en est de même du suivi postopératoire.

Elles n'ont cependant pas davantage donné satisfaction à Mme M... sur le plan esthétique et celle-ci a, en outre, subi de graves désagréments par la suite (pneumonie après la première opération, mauvaise cicatrisation et affaissement de la paroi abdominale). Elle a en conséquence déposé plainte le 24 août 2011 auprès du conseil départemental de l'ordre des médecins (CDOM) du Val-de-Marne qui a transmis la plainte, sans s'y associer, à la chambre disciplinaire de première instance d'Île-de-France, laquelle l'a rejetée au motif que le CDOM du Val-de-Marne n'était plus compétent. Mme M... a adressé une nouvelle plainte, le 7 juillet 2012, au CDOM de la Ville de Paris qui a saisi la chambre disciplinaire de première instance (CDPI) d'Île-de-France le 11 janvier 2013 en s'y associant.

La CDPI a rejeté la plainte le 16 décembre 2013 au motif que les griefs n'étaient pas établis ou que les faits reprochés n'étaient pas de nature à caractériser une faute disciplinaire.

Toutefois, le 10 juillet 2015, statuant sur appel de Mme M..., la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins (CDNOM) a annulé la décision du 19 novembre 2013 et a prononcé contre le Pr L... la sanction d'interdiction d'exercer la médecine pour une durée de trois mois dont deux avec sursis, la partie ferme de la peine devant être exécutée du 1^{er} au 31 décembre 2015.

Pour prononcer cette sanction, la CDNOM, a retenu deux griefs :

- un premier grief est tiré de ce que les incertitudes quant à la question de savoir si l'intervention effectivement réalisée le 7 mars 2010 était bien celle qui avait été proposée à Mme M... « *ne permettent pas d'affirmer que Mme M... a donné un consentement éclairé à une intervention qui n'est pas celle qui lui avait été promise* » ; ce premier grief se rapporte donc à un défaut d'information avant l'intervention ;

- un second grief est tiré de ce qu'après cette intervention chirurgicale, M. L... n'a pas informé Mme M... qu'il avait, durant l'intervention, réalisé un « *curage axillaire gauche avec prélèvement de ganglions* » et procédé à des transfusions sanguines ; ce second grief se rapporte donc à un défaut d'information après l'intervention.

La CDNOM a en revanche écarté les griefs tirés de l'insuffisance d'information dans le cadre des consultations préopératoires ayant eu lieu dans un cadre libéral, de la méconnaissance des dispositions du code de la santé publique interdisant aux médecins l'usage de procédés de publicité et enfin de l'insuffisance du suivi postopératoire ayant fait suite à la seconde intervention du 20 juin 2011.

Par une décision du 18 novembre 2015 (n° 392241), vous avez, à la demande de M. L... qui vous a saisi d'un pourvoi dirigé contre elle, ordonné la suspension de l'exécution de la décision de la CDNOM.

M. L... vous demande d'annuler la décision de la CDNOM. Il soutient en particulier que la chambre a commis une erreur de droit en ne relevant pas d'office l'irrecevabilité de la plainte de Mme M... en ce qu'elle visait des actes accomplis par lui dans le cadre de ses fonctions publiques. Il nous semble que ce moyen est fondé et qu'il doit conduire à la cassation de l'ensemble de la décision de la chambre disciplinaire nationale.

Rappelons qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 4124-2 du code de la santé publique : « *Les médecins (...) chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'ordre ne peuvent être traduits devant la chambre disciplinaire de première instance, à l'occasion des actes de leur fonction publique, que par le ministre chargé de la santé, le représentant de l'Etat dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé, le procureur de la République, le conseil national ou le conseil départemental au tableau duquel le praticien est inscrit* ».

Il en résulte que, lorsque l'auteur de la plainte n'est pas au nombre des personnes limitativement énumérées par cet article, la plainte n'est pas recevable dans la mesure où elle met en cause des actes accomplis par un praticien chargé d'un service public à l'occasion de sa fonction publique (4/5 SSR, 31 mars 2014, *M. B...*, n° 358821, aux Tables sur ce point). Il en est ainsi, en particulier, lorsque l'auteur de la plainte est un confrère du praticien visé ou l'un de ses patients.

Et vous jugez que la circonstance que le conseil départemental de l'ordre des médecins s'est, comme en l'espèce, associé à la plainte du patient, n'a pas pour effet de couvrir l'irrecevabilité de la plainte du patient dès lors que la plainte de l'autorité ordinaire est regardée comme une plainte qui lui est propre, distincte de celle du patient (4/5 SSR, 4 décembre 2013, *Mme L...*, n° 356479, aux Tables sur ce point ; idem, 31 mars 2014, *M. T...*, n° 358820, idem). Autrement dit, en l'espèce, si le CDOM de la Ville de Paris était recevable à mettre en cause les actes accomplis par M. L... dans le cadre de sa fonction publique, il n'en était pas de même de Mme M....

Ajoutons que le V de l'article L. 4122-3 du code de la santé publique, qui énumère la liste des personnes pouvant faire appel de la décision de la CDPI et mentionne à ce titre « l'auteur de la plainte », ne peut bien évidemment pas être interprété comme dérogeant à l'article L. 4124-2. Pour le dire autrement, l'auteur de la plainte n'est recevable à faire appel que s'il est recevable à porter plainte et a pu ainsi régulièrement saisir la juridiction disciplinaire de première instance (Section, 6 février 1981, *M. L...*, n° 14331, au Recueil sur ce point).

S'agissant d'actes d'un médecin accomplis dans le cadre de sa fonction publique, le patient, à la différence du CDOM, ne peut donc régulièrement être l'auteur de la plainte.

Lorsqu'un praticien hospitalier exerce également une activité libérale au sein de l'hôpital public, la plainte du patient (ou d'un autre médecin) n'est recevable qu'à l'égard des actes accomplis par celui-ci dans le cadre de son activité libérale et touchant à sa clientèle privée (cf. en ce qui concerne des plaintes de médecins : 10/7 SSR, 20 mai 1981, *M. W...*, n° 24539, aux Tables sur ce point ; décision du 31 mars 2014, *M. T...* n° 358820).

Le Tribunal des conflits juge à cet égard que « *les actes accomplis par les médecins, chirurgiens et spécialistes au profit des malades hospitalisés dans le service privé d'un hôpital public le sont en dehors de l'exercice des fonctions hospitalières [et] que les rapports qui*

s'établissent entre les malades admis dans ces conditions et les praticiens relèvent du droit privé » (31 mars 2008, *Mme G... c/ Docteur C... et Centre hospitalier universitaire de Voiron*, n° 3616).

A l'inverse, dès lors que les actes visés par la plainte se rapportent aux fonctions publiques du praticien, ni son patient ni, ce qui est beaucoup plus fréquent, ses confrères, ne sont recevables à porter plainte contre lui à raison de ces actes (plainte d'un patient : 4/1 SSR, 29 décembre 1997, *M. G...*, n° 133793, aux Tables sur ce point - plainte d'un confrère : idem, 5 novembre 1982, *M. E...*, n° 12135, idem ; 17 juin 1988, *M. H...*, n° 84537 ; 4/6 SSR, 30 décembre 2002, *M. M...*, n° 207957, aux Tables sur ce point ; 4/5 SSR, 22 mars 2010, *M. A...*, n° 323748, aux Tables sur d'autres points).

L'examen des décisions que nous venons de citer révèle que votre jurisprudence s'attache à raisonner acte par acte, en s'interrogeant chaque fois sur le point de savoir si le ou les actes objets de la plainte se rattachent à la fonction publique du praticien visé ou s'en détachent pour entrer dans le « droit commun des poursuites » et dans la compétence du juge ordinal.

La décision précitée *M. A...*, (n°323748 du 22 mars 2010) rattache ainsi à la fonction publique les propos tenus par un chef de service hospitalier et mettant en cause un confrère praticien hospitalier. De même, la décision précitée *M. M...*, (n°207957 en date du 30 décembre 2002), rattache à la fonction publique les propos tenus par un directeur de centre régional de lutte contre le cancer et mettant en cause la politique régionale de suivi des cancers par ses confrères médecins libéraux. La décision précitée *M. H...*, (n°84537 en date du 17 juin 1988), rattache à la fonction publique la diffusion, par un directeur de centre de planification et d'éducation familiale, d'une information sur les activités de ce centre.

La décision *M. G...* (n°133793, en date du 29 décembre 1997), rattache à la fonction publique l'expertise réalisée par un médecin à la demande de la commission consultative médicale prévue par le code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

Enfin, la décision précitée *M. B...* (n°358821 en date du 31 mars 2014) a rangé dans la catégorie des actes de la fonction publique une carence et une inertie du médecin dans l'exercice de ses fonctions de chef de service : cette décision confirme l'interprétation large et multiforme donnée à la notion d'acte de la fonction publique puisque des propos comme, dans cette affaire, une abstention, peuvent être qualifiés comme tels.

Cette jurisprudence, si elle fait de toute évidence obligation aux autorités disciplinaires ordinaires, lorsqu'elles examinent la recevabilité de la plainte, de faire le départ entre les actes du praticien relevant de sa fonction publique et ceux relevant de son activité libérale, ne règle cependant pas précisément la question de savoir si ce départ doit également être effectué lorsque l'on se trouve en présence d'un processus médical dirigé par un même médecin et incluant tant des actes de la fonction publique que des actes libéraux.

Les décisions que nous avons citées se rapportaient en effet à des actes extérieurs à l'art médical, en particulier à toute intervention chirurgicale, et manifestement en lien avec les fonctions publiques de l'intéressé. Pour le dire autrement, le lien des actes en cause avec la dimension institutionnelle et statutaire des fonctions publiques du praticien était essentiel et évident. Il était en bref reproché au praticien, généralement par l'un de ses confrères, d'avoir méconnu l'étendue de ses fonctions¹.

¹ Seule la décision précitée *M. Guillemin* concernait une plainte d'un patient remettant en cause le contenu d'une expertise médicale.

La question qui vous est posée et la situation à laquelle vous êtes confrontés dans la présente affaire sont un peu plus délicates puisqu'elles portent sur la possibilité d'appliquer la technique de la « détachabilité » ou de la « rattachabilité » aux actes particuliers que sont les informations délivrées par le praticien au patient, lorsque ces actes sont antérieurs ou postérieurs à l'acte médical, chirurgical en l'espèce, qui a été réalisé dans le cadre du service public hospitalier.

La question est d'autant plus délicate en l'espèce que les griefs retenus par la CDNOM se rapportent non à une information erronée que l'on pourrait temporellement situer et rattacher ainsi plus aisément à l'activité hospitalière ou à l'activité libérale du praticien visé mais à un défaut d'information qu'il est impossible de situer dans telle consultation assurée par M. L... en libéral ou dans telle autre assurée dans le cadre de sa fonction publique hospitalière.

Deux choses nous semblent cependant certaines.

La première est qu'il n'y a aucune raison de ne pas raisonner, ici comme dans les décisions précitées, acte par acte, en prenant le parti de rechercher systématiquement si l'acte visé par la plainte, qu'il soit extérieur à l'exercice concret de l'art médical ou qu'il lui soit intimement lié, constitue en lui-même un acte de la fonction publique ou est rattachable à un tel acte.

La seconde est qu'une carence du praticien hospitalier dans l'exercice de sa fonction publique, c'est-à-dire un comportement consistant à ne pas faire ce qui peut être légalement ou du moins normalement attendu de lui, peut être qualifiée d'acte de la fonction publique au sens de l'article L 4124-2 du code de la santé publique : l'acte peut ainsi résider dans l'inaction. Une absence d'information doit donc pouvoir, de même qu'une information erronée, être qualifiée d'acte de la fonction publique au sens de l'article L 4124-2 du code de la santé publique.

Par ailleurs, vous le savez, l'article L. 1111-2 du code de la santé publique dispose que : *« Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus (...) »*.

Et, dans le contentieux de la responsabilité hospitalière, vous jugez que le manquement des médecins à leur devoir d'information du patient sur les risques que comporte un acte médical, notamment une intervention, ouvre à ce dernier un droit à réparation du préjudice résultant de la perte de chance de refuser l'intervention ainsi que du préjudice dit d'impréparation (cf., pour le premier de ces deux préjudices : Section, 5 janvier 2000, Consorts T..., n° 181899, au Recueil sur ce point ; cf., pour le second préjudice : 5/4 SSR, 10 octobre 2012, M. B... et Mme L..., n° 350426, idem ; idem, 16 juin 2016, M. C..., n° 382479, aux Tables sur ce point).

Selon ces deux dernières décisions en effet, *« [...] indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a subis du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité »*.

Et vous jugez également « *qu'hors les cas d'urgence ou d'impossibilité de consentir, la réalisation d'une intervention à laquelle le patient n'a pas consenti oblige l'établissement responsable à réparer tant le préjudice moral subi de ce fait par l'intéressé que, le cas échéant, toute autre conséquence dommageable de l'intervention* » (idem, 24 septembre 2012, *M. Y...*, n° 336223, aux Tables sur ce point). Or, c'est bien une absence de « consentement éclairé » de la patiente à l'intervention réalisée le 7 mars 2010 qui est en l'espèce reprochée à M. L... par la CDNOM.

Le défaut de délivrance de l'information relative à une intervention médicale ou chirurgicale est donc fautif et cette faute engage la responsabilité du service public hospitalier à raison de la perte de chance de refuser l'intervention et de l'impréparation aux dommages survenus à sa suite. La carence du service public hospitalier est ainsi rattachée à l'acte que constitue l'intervention réalisée dans le cadre de ce service public. Le lien entre le défaut d'information ou l'information insuffisante et l'intervention est donc évident, l'information étant en quelque sorte l'accessoire de l'intervention à laquelle elle se rapporte.

Nous en concluons, pour revenir au contentieux des poursuites disciplinaires, que lorsqu'une plainte d'un patient, dirigée contre un praticien hospitalier exerçant une activité libérale au sein de l'hôpital, comporte un grief tiré du défaut d'information du patient relativement aux risques et au déroulement d'une intervention médicale ou chirurgicale, la chambre disciplinaire doit, pour se prononcer sur le recevabilité de la plainte, examiner si cette intervention a eu lieu dans le cadre de l'activité hospitalière du praticien ou dans le cadre de son activité libérale.

Dans le premier cas, le défaut d'information doit être regardé comme rattachable à une intervention donc à un acte accompli par le praticien dans le cadre de sa fonction publique : ainsi, par ce rattachement, le défaut d'information constitue ultimement un acte de la fonction publique que le patient n'est pas recevable à invoquer à l'appui de sa plainte.

Dans le second cas, le défaut d'information est détachable de la fonction publique du praticien puisqu'il se rapporte à une intervention réalisée dans le cadre de son activité libérale : le patient est en conséquence recevable, dans le cadre d'un contentieux disciplinaire, à présenter des griefs tirés du défaut ou de l'insuffisance de l'information relative à cette intervention.

Ajoutons que le défaut d'information peut être aussi bien antérieur que postérieur à l'intervention : en effet, si le défaut d'information antérieur à l'intervention peut créer un préjudice de « non-soustraction à l'intervention » et d'impréparation, le défaut d'information postérieur à l'intervention, qui réside notamment dans l'absence ou l'insuffisance d'indications données au patient sur le déroulement de celle-ci, peut également créer un préjudice tenant à ce que le patient ne connaît ni les éventuelles séquelles de l'intervention ni les soins et traitements qu'il devra suivre pour en éviter les répercussions négatives.

Dans ces deux cas, l'information n'est pas détachable de ce sur quoi elle porte ou de ce sur quoi elle aurait dû porter mais n'a pas porté : cette information, si elle est relative à une intervention chirurgicale, doit être regardée comme se rapportant à des actes accomplis dans le même cadre, public ou libéral, que cette intervention.

Revenons maintenant au pourvoi de M. L... .

Il nous semble que les deux griefs retenus par la CDNOM pour lui infliger la sanction d'interdiction de la médecine pendant trois mois (dont deux avec sursis), qui tenaient à un défaut de consentement éclairé de Mme M... à l'intervention réalisée le 7 mars 2010 et à un défaut d'information sur le déroulement de cette intervention, en tant qu'ils se rattachaient à une intervention réalisée dans le cadre du service public hospitalier, visaient des actes de la fonction publique au sens de l'article L 4124-2 du code de la santé publique.

En tant qu'elle visait de tels actes, la plainte de Mme M... n'était pas recevable, ce que la CDNOM, qui n'était saisie que du seul appel de Mme M..., aurait dû relever d'office. Pour ne l'avoir pas fait et s'être fondée sur ces actes pour prononcer la sanction, la chambre disciplinaire nationale a commis une erreur de droit qui entraîne la cassation de l'ensemble de sa décision.

Les autres moyens du pourvoi ne nous paraissent pas fondés.

M. L... soutient d'abord que la CDNOM a commis une erreur de droit en jugeant, par un motif hypothétique, qu'il n'était pas établi de manière certaine que l'intervention réalisée l'avait été selon la technique dite « DIEP » proposée à Mme M... . Il estime qu'il en résulte une inversion, à son détriment, de la charge de la preuve puisqu'il lui est demandé d'apporter la preuve qu'il a bien procédé à l'intervention promise.

Toutefois, dès lors que ce grief mettait en cause le caractère suffisant de l'information délivrée à Mme M... sur les caractéristiques et les risques de l'intervention, la CDNOM se devait au contraire de faire peser sur M. L... la charge de la preuve, ainsi que le prévoit l'article L 1111-2 du code de la santé publique et que vous l'avez rappelé récemment (4/5 SSR, 18 mars 2015, *M. N...*, n° 363985, aux Tables sur ce point).

Par ailleurs, la CDNOM ne nous semble pas avoir dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'existait un doute sur la nature de l'intervention effectivement réalisée et que Mme M... n'avait pas été informée de la réalisation d'un curage ganglionnaire. Elle n'a pas non plus commis d'erreur de qualification juridique en relevant le caractère fautif du défaut d'information sur la réalisation de cet acte puisqu'elle a retenu sur ce point que Mme M... n'avait pu ainsi connaître les risques pouvant résulter ultérieurement de ce type d'acte.

De même, aucune dénaturation ne peut être reprochée à la CDNOM en ce qu'elle a imputé à M. L... un défaut d'information sur les transfusions sanguines réalisées pendant l'opération du 7 mars 2010 et un tel défaut d'information, dont la chambre a relevé notamment, qu'il empêchait Mme M... de signaler ces transfusions lors d'autres interventions chirurgicales, est également fautif.

Enfin, eu égard aux défauts d'information retenus par la chambre (un avant l'intervention et deux après), la sanction prononcée ne paraît pas hors de proportion avec les fautes commises.

Mais, comme nous vous l'avons dit, nous vous proposons de retenir le moyen d'erreur de droit tiré de l'irrecevabilité de la plainte de Mme M... et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de la décision de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins du 10 juillet 2015 ;
- au renvoi de l'affaire devant elle ;

- au rejet des conclusions de Mme M... présentées sur le fondement de l'article L 761-1 et au rejet, dans les circonstances de l'espèce, des conclusions présentées par M. L... sur le même fondement.