

ORDRE NATIONAL DES MASSEURS-KINESITHERAPEUTES

CHAMBRE DISCIPLINAIRE NATIONALE

N°038-2013 CNOMK c° M. L.

N°040-2013 M. L. c. CDOMK 75 et CDOMK 92

Rapporteur : M. François DUCROS

Audience publique du 05 novembre 2014

Décision rendue publique par affichage le 23 décembre 2014

Vu, 1° Sous le n°038-2013, , la requête, enregistrée le 27 décembre 2013 au greffe de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, présentée pour le Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, dont le siège est 120-122 rue réaumur à Paris (75002), par Me Cayol ; il demande que soit réformée la décision du 29 novembre 2013 de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Ile-de-France et de la Réunion infligeant à M. L. la sanction d'interdiction temporaire du droit d'exercer la profession de masseur-kinésithérapeute pendant une durée de douze mois dont neuf mois assortis du sursis et au paiement des frais de l'instance ;

Il soutient que son appel est recevable ; M. L. doit être sanctionné pour avoir omis de déclarer son cabinet secondaire de Clichy ; qu'il a de même omis de produire au conseil départemental les contrats l'unissant aux EHPAD au sein desquels il exerce ; qu'il a reconnu ne pas exercer effectivement sa profession dans tous les cabinets qu'il a ouverts ce qui est constitutif de gérance prohibée ; qu'aucune disposition applicable aux masseurs-kinésithérapeutes ne fixe de limite quant au nombre de collaborateurs libéraux susceptibles d'être employés par un professionnel ; qu'en requalifiant les contrats d'assistantat collaboration comme des contrats de collaboration libérale la chambre disciplinaire de première instance a excédé ses pouvoirs ; que l'existence de plusieurs contrats de collaboration libérale ne suffit pas à démontrer que M. L. a exercé sa profession comme un commerce ; que la sanction a un caractère disproportionné ;

Vu la décision attaquée ;

Vu le mémoire enregistré le 28 février 2014, présenté pour le conseil départemental des Hauts-de-Seine dont le siège est 29 rue Jules Ferry à Courbevoie (92400), qui tend au rejet de l'appel du conseil national et à la confirmation de la décision de la chambre disciplinaire de première instance et conclut à ce que soit mis à la charge du conseil national la somme de 1560 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que le conseil national n'a pas qualité pour faire appel ; que la circonstance que le directeur juridique du conseil national soit le greffier de la chambre disciplinaire nationale introduit une rupture d'équité ; qu'il résulte de la jurisprudence de la cour de cassation qu'il n'existe qu'une alternative pour employer quelqu'un soit le contrat de travail salarié soit la collaboration libérale créée par la loi du 2 août 2005 ; que les règles générales applicables en matière de profession de santé conduisent à ne retenir que la possibilité d'employer qu'un seul collaborateur libéral ;

Vu le mémoire enregistré le 22 avril 2014, présenté pour le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, par Me Cayol, qui reprend les mêmes conclusions et les mêmes moyens que sa requête ; il soutient en outre que les dispositions citées par le conseil départemental des Hauts-de-Seine à l'appui de son argumentation relative à l'irrecevabilité de l'appel du conseil national sont inopérantes ; qu'aucun texte n'interdit au greffier de la chambre disciplinaire nationale d'exercer parallèlement des fonctions au sein du conseil national ;

Vu le mémoire enregistré le 27 octobre 2014, présenté pour M. L., par Me Wenger, tendant à l'infirmer de la décision rendue par la chambre disciplinaire de première instance du 29 novembre 2013 et au rejet de la plainte déposée par le conseil départemental de l'ordre des Hauts-de-Seine et du conseil départemental de la Ville de Paris ; il soutient que l'appel du conseil national est recevable ; qu'il ne saurait être objecté que la communication au conseil départemental du contrat des collaborateurs serait tardive, celle-ci étant intervenue à la date d'entrée en fonction de ces personnes ; que l'intervention en établissements ne saurait être assimilée à l'ouverture d'un cabinet secondaire ainsi qu'en témoigne les contrats avec ces établissements qu'il verse au dossier ; qu'il souscrit à l'argumentation du conseil national selon laquelle aucun texte n'interdit l'existence de plusieurs contrats de collaboration libérale ; que contrairement à ce qui a été jugé en première instance les redevances qu'il a perçu sont inférieures aux frais de fonctionnement du cabinet ainsi qu'en témoigne la production de l'attestation du comptable de la société civile de moyens (SCM) selon laquelle les rétrocessions des assistants ne couvrent que 38 % des charges du cabinet ; que la sanction est disproportionnée ;

Vu, 2° Sous le n°040-2013, la requête, enregistrée le 27 décembre 2013 au greffe de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, présentée pour M. L., exerçant (...), par Me Wenger ; il demande que soit annulée la décision du 29 novembre 2013 de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Ile-de-France et de la Réunion lui infligeant la sanction d'interdiction temporaire du droit d'exercer la profession de masseur-kinésithérapeute pendant une durée de douze mois dont neuf mois assortis du sursis et au paiement des frais de l'instance ; Il soutient qu'en omettant d'informer le conseil départemental de l'ordre de l'existence de son cabinet secondaire à Clichy il n'a pas entendu dissimuler son activité dès lors qu'il a signé plusieurs contrats de collaboration mentionnant tous ses lieux d'exercice et qu'il a confirmé lors de la réunion de conciliation l'existence de son cabinet secondaire ; que cette omission constitue donc une simple négligence ; que l'exercice en EHPAD n'est pas assimilable à l'ouverture d'un cabinet secondaire au sens de l'article R. 4321-129 du code de la santé publique ; que la décision attaquée ne pouvait retenir qu'il faisait gérer irrégulièrement son cabinet secondaire ; que c'est à tort que celle-ci retient qu'il n'exerçait jamais dans son cabinet secondaire ; qu'il n'est pas le seul titulaire des cabinets au sein desquels il exerce ; que l'affirmation selon laquelle les redevances perçues des collaborateurs excéderaient les frais de fonctionnement de la SCM ne repose sur aucune donnée chiffrée ; que les contrats d'assistant collaboration n'impliquent aucun lien de subordination ; que la circonstance que le titulaire d'un cabinet ne soit que peu présent et que les patients soient pris en charge essentiellement par des collaborateurs ne suffit pas à caractériser une gérance ; qu'il ne résulte pas des textes applicables aux masseurs-kinésithérapeutes qu'il soit interdit à un masseur-kinésithérapeute titulaire d'un cabinet de conclure plusieurs contrats avec des collaborateurs ; que la rédaction retenue pour les articles déontologiques dans le code de la santé publique à la suite d'un avis du conseil de la concurrence ne retient pas cette limitation ; que la décision du 11 octobre 2010

du Conseil d'Etat citée par la décision attaquée n'est applicable qu'aux professions médicales ; que ces contrats ont d'ailleurs été validés par le conseil départemental de l'ordre ; que la pratique de regroupement de cabinets comportant plusieurs collaborateurs est fréquente dans la profession ;

Vu la décision attaquée ;

Vu le mémoire, enregistré le 11 février 2014, présenté par le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Paris dont le siège est 82-84 boulevard Jourdan à Paris (75014) qui tend à la réformation partielle de la décision attaquée en ce qu'elle juge qu'un masseur-kinésithérapeute ne peut recourir aux services que d'un seul collaborateurs libéral et au maintien d'une sanction réduite à l'encontre du professionnel pour les autres faits qui lui sont reprochés ;

Il soutient qu'il y a lieu de confirmer la décision attaquée en ce qu'elle a relevé que M.L. avait omis de déclarer son cabinet secondaire, qu'il ne disposait pas d'un contrat écrit avec les EPHAD avec lesquels il travaillait et qu'il faisait exploiter sa clientèle en dehors de sa présence par un ou plusieurs collaborateurs dans des conditions qui s'assimilent à une gérance ; qu'il y a lieu en revanche de réformer cette décision en ce qu'elle décide que le nombre de collaborateurs doit être limité à un seul ;

Vu le mémoire, enregistré le 12 février 2014, présenté par le conseil départemental de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes des Hauts-de-Seine qui conclut à la confirmation de la décision attaquée ; il soutient qu'en ne déclarant pas ses changements d'adresse professionnelle, en plaçant des assistants collaborateurs dans des établissements dans lesquels il ne travaille pas, en dépassant le nombre de cabinets autorisés et en ne produisant pas ses contrats, M. L. a adopté sciemment une démarche tendant à masquer ses activités de gérance et ses cabinets multiples ne permettant pas à l'ordre de remplir sa mission de contrôle ; que contrairement à ce qu'affirme le professionnel l'envoi à l'ordre des contrats de collaboration ne suffit pas à prouver l'absence de dissimulation ; qu'en raison du caractère habituel des consultations, de la pluralité des patients et de la dissimulation des relations avec l'EHPAD l'exercice dans ce cadre doit être considéré comme un exercice en cabinet secondaire ; que le mode de fonctionnement de ce professionnel témoigne du caractère commercial assimilable à une gérance ;

Vu le mémoire enregistré le 24 octobre 2014 présenté par le conseil départemental des Hauts-de-Seine qui conclut au rejet de l'appel ; il soutient que la jurisprudence retient le seul critère d'exercice auprès d'une clientèle distincte pour caractériser le cabinet secondaire ;

Vu le mémoire enregistré le 27 octobre 2014, présenté pour M. L. par Me Wenger, qui conclut dans le même sens que son appel par les mêmes moyens ; il soutient en outre que le conseil national tient du V de l'article L. 4122-3 du code de la santé publique qualité pour faire appel de la décision ; que la communication au conseil départemental des contrats des collaborateurs valait information sur l'ouverture du cabinet secondaire ; que ces contrats ont été communiqués dans les délais ; qu'au regard des critères définis par le conseil national de l'ordre l'activité au sein d'un EHPAD ne saurait constituer l'ouverture d'un cabinet secondaire ; qu'aucun texte ne prévoit la limitation à un seul collaborateur libéral ; qu'il n'a pas méconnu les dispositions de l'article R. 4321-132 du code de la santé publique prohibant la gérance ; qu'aucun élément du dossier ne permet d'affirmer que les redevances étaient supérieures aux frais de fonctionnement du cabinet ; que la sanction est disproportionnée ;

Vu le mémoire enregistré le 31 octobre 2014 présenté par le conseil départemental de l'ordre de Paris qui tend au rejet partiel de l'appel ; il soutient qu'il n'existe pas de différences entre les différents conseils départementaux quant à la limitation de contrats de collaboration libérale ; que seul le critère de clientèle distincte est de nature à caractériser le cabinet secondaire ; qu'un masseur-kinésithérapeute qui intervient au sein d'un EHPAD n'effectue pas un exercice sur une clientèle distincte ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu l'article 75-I de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 05 novembre 2014 :

- M. François Ducros en son rapport ;
- Les observations de Me Cayol pour le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes ;
- Les observations de Me Wenger pour M. L. et celui-ci en ses explications ;
- Les observations de M. Ludwig SERRE pour le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Paris ;
- Les observations de M. Jean-Marc MOREAU pour le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Hauts-de-Seine ;

M. L. ayant été invité à reprendre la parole en dernier ;

Après en avoir délibéré,

Sur la jonction des deux appels :

1- Considérant que les requêtes n° 038-2013 et 040-2013 sont dirigées contre une même décision ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur la recevabilité de l'appel du Conseil national de l'ordre :

2- Considérant qu'aux termes du V de l'article L.4122-3 du code de la santé publique rendu applicable aux masseurs-kinésithérapeutes par l'article L.4321-19 du même code : « *Peuvent faire appel, outre l'auteur de la plainte et le professionnel sanctionné, 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 départemental et le conseil national de l'ordre intéressé* » ; qu'il résulte de cette disposition, seule applicable en l'espèce, que le conseil national de l'ordre est recevable à faire appel nonobstant la circonstance qu'il n'ait pas été partie

en première instance ; qu'il suit de là que l'exception d'irrecevabilité soulevée par le conseil départemental de l'ordre des Hauts-de-Seine ne peut qu'être écartée ;

Sur les faits reprochés à M. L. :

En ce qui concerne l'ouverture de cabinets secondaires :

3- Considérant qu'aux termes de l'article R. 4321-129 du code de la santé publique : « *Le lieu habituel d'exercice du masseur-kinésithérapeute est celui de la résidence professionnelle au titre de laquelle, conformément à l'article L. 4321-10, il est inscrit sur le tableau du conseil départemental de l'ordre./ Un masseur-kinésithérapeute ne peut avoir plus d'un cabinet secondaire, dont la déclaration au conseil départemental de l'ordre est obligatoire. / Toutefois, le conseil départemental de l'ordre dans le ressort duquel se situe l'activité envisagée peut accorder, lorsqu'il existe dans un secteur géographique donné une carence ou une insuffisance de l'offre de soins, préjudiciable aux besoins des patients ou à la permanence des soins, une autorisation d'ouverture d'un ou plusieurs lieux d'exercice supplémentaires. La demande est accompagnée de toutes informations utiles sur les conditions d'exercice. Si celles-ci sont insuffisantes, le conseil départemental de l'ordre demande des précisions complémentaires* » ; et de l'article R. 4321-127 du même code : « *conformément aux dispositions de l'article L. 4113-9, l'exercice habituel de la masso-kinésithérapie, sous quelque forme que ce soit, au sein d'une entreprise, d'une collectivité, d'une organisation de soins ou d'une institution de droit privé fait, dans tous les cas, l'objet d'un contrat écrit. / Ce contrat définit les obligations respectives des parties et précise les moyens permettant aux masseurs-kinésithérapeutes de respecter les dispositions du présent code de déontologie. Le projet de contrat est communiqué au conseil départemental de l'ordre, qui fait connaître ses observations dans le délai d'un mois. Passé ce délai, son avis est réputé rendu. / Une convention ou le renouvellement d'une convention avec un des organismes mentionnés au premier alinéa en vue de l'exercice de la masso-kinésithérapie est communiqué au conseil départemental de l'ordre intéressé, de même que les avenants et règlements intérieurs lorsque le contrat y fait référence. Celui-ci vérifie sa conformité avec les dispositions du présent code de déontologie ainsi que, s'il en existe, avec les clauses essentielles des contrats types établis soit par un accord entre le conseil national de l'ordre et les organismes ou institutions intéressés, soit conformément aux dispositions législatives ou réglementaires. / Le masseur-kinésithérapeute signe et remet au conseil départemental de l'ordre une déclaration aux termes de laquelle il affirme sur l'honneur qu'il n'a passé aucune contre-lettre, ni aucun avenant relatifs au contrat soumis à l'examen du conseil départemental* ».

4- Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des pièces du dossier, et qu'il est d'ailleurs constant, que M. L. qui exerce dans son cabinet principal de Paris (...), a également ouvert un cabinet secondaire à Clichy dans les Hauts-de-Seine ; qu'en omettant de déclarer, même par négligence, ce cabinet secondaire au conseil départemental au tableau duquel il est inscrit ; M. L. a commis une faute ; que la circonstance qu'il ait adressé pour approbation des instances ordinales divers contrats de collaboration ne saurait en tout état de cause tenir lieu de la déclaration prévue par l'article R. 4321-129 précité ;

5- Considérant, en second lieu, qu'il n'est pas contesté par M. L. qu'il donne habituellement des soins au sein de plusieurs établissements pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) ; qu'eu égard aux modalités de cet exercice telles qu'elles ressortent des contrats l'unissant à ces

établissements, notamment l'absence d'exclusivité, l'absence de versement de toute rétrocession d'honoraires à l'établissement, d'apposition de plaque professionnelle ou de publication dans un annuaire à usage du public et dans le respect des principes du libre choix du patient et d'indépendance professionnelle, ce mode d'exercice, d'ailleurs défini par des contrats types adoptés par voie réglementaire, ne s'assimile pas à l'existence d'un cabinet secondaire exigeant l'autorisation du conseil départemental ; qu'en revanche il était tenu en application de l'article R. 4321-127 précité de transmettre ces contrats au conseil départemental, ce qu'il ne conteste pas avoir omis de faire ;

En ce qui concerne les modalités de l'exercice professionnel de M. L. :

6- Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 18 de la loi du 2 août 2005 : « I. - *Les membres des professions libérales soumises à statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, à l'exception des professions d'officiers publics ou ministériels, des commissaires aux comptes et des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises, peuvent exercer leur activité en qualité de collaborateur libéral. / II. - A la qualité de collaborateur libéral le membre non salarié d'une profession mentionnée au I qui, dans le cadre d'un contrat de collaboration libérale, exerce auprès d'un autre professionnel, personne physique ou personne morale, la même profession. / Le collaborateur libéral exerce son activité professionnelle en toute indépendance, sans lien de subordination. Il peut compléter sa formation et peut se constituer une clientèle personnelle. / III. - Le contrat de collaboration libérale doit être conclu dans le respect des règles régissant la profession (...)* » ; qu'il ne résulte d'aucun principe ni d'aucun texte applicable à la profession qu'un masseur-kinésithérapeute ne peut s'attacher le concours que d'un seul collaborateur libéral dans les conditions prévues par l'article 18 précité ou d'un seul masseur-kinésithérapeute collaborateur salarié ou non ; qu'il suit de là que le grief tiré de ce que M. L. aurait irrégulièrement fait appel à plusieurs collaborateurs doit être écarté ;

7- Considérant, en deuxième lieu, que selon l'article R. 4321-132 du code de la santé publique : « *Il est interdit au masseur-kinésithérapeute de mettre en gérance son cabinet* » ; qu'il résulte de cette disposition découlant du principe de l'exercice personnel de la pratique rappelé à l'article R. 4321-112 et de l'interdiction posée à l'article R. 4321-67 de pratiquer la masso-kinésithérapie comme un commerce qu'un professionnel autorisé à ouvrir un cabinet secondaire est tenu au sein de celui-ci aux mêmes exigences que celles qui s'imposent à lui dans son cabinet principal ; qu'il doit en particulier exercer effectivement et pour une partie significative de son temps au sein du cabinet secondaire et ne saurait déléguer à d'autres professionnels les tâches d'organisation administratives et de gestion fonctionnelle du cabinet ; qu'en l'espèce si les pièces du dossier et les explications données en séance par M. L. témoignent de ce que celui-ci consacrait une part importante de son activité à sa patientèle extérieure, notamment en maisons de retraite, cette seule circonstance ne suffit pas à établir que ce professionnel aurait délégué à ses collaborateurs l'ensemble des responsabilités lui incombant en tant que titulaire du cabinet secondaire ni que l'organisation de ce cabinet conduirait nécessairement à une mise en gérance de ce dernier ; que les données financières attestent que les différents collaborateurs exerçant dans le cabinet se bornent à verser une redevance égale à 25 % des honoraires encaissés destinée à couvrir le loyer, les frais de fonctionnement du cabinet, l'utilisation du matériel et la mise à disposition de la patientèle par le titulaire, dont le cumul représente 38% des charges professionnelles du cabinet ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'écarter le grief de mise en gérance du cabinet secondaire et d'exercice commercial de la profession ;

8- Considérant que les faits ci-dessus relevés à l'encontre de M. L. et reconnus comme fautifs le rendent passibles de l'une des sanctions énumérées à l'article L. 4124-6 du code de la santé publique ; qu'il sera fait une juste appréciation de leur gravité en condamnant M. L. à la sanction de l'interdiction temporaire d'exercer la profession de masseur-kinésithérapeute pendant une durée de deux mois assortie du sursis pour sa totalité ;

Sur les dépens

9- Considérant qu'aux termes de l'article L. 4126-3 du code de la santé publique : « *Les dépens sont mis à la charge de toute partie perdante sauf si les circonstances de l'affaire justifient qu'ils soient partagés entre les parties* » ; que, dans les circonstances de l'affaire, il y a lieu de mettre les dépens d'un montant de 35 euros à la charge de M. L. ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L.761-1 du code de justice administrative

10- Considérant qu'aux termes de l'article 75-1 de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991, applicable en l'espèce fautive, pour les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative d'avoir été étendues aux masseurs-kinésithérapeutes : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation (...)* » ;

11- Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes le versement de la somme de 1560 euros que demande le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Hauts-de-Seine au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1 :

Il est infligé à l'encontre de M. L. la sanction d'interdiction d'exercer la profession de masseur-kinésithérapeute pendant une durée de deux mois assortie du sursis pour sa totalité.

Article 2 :

Les dépens d'un montant de 35 euros sont mis à la charge de M. L..

Article 3 :

Les conclusions du conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Hauts-de-Seine tendant à l'application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 :

La décision de la chambre disciplinaire de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Ile-de-France et de la Réunion, en date du 29 novembre 2013, est réformée en ce qu'elle a de contraire à la présente décision.

Article 5 :

La présente décision sera notifiée à M. L., au conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, au conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Hauts-de-Seine, au conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Paris, au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre, au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris, au directeur général de l'Agence régionale de santé d'Ile-de-France, à la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Ile-de-France et de la Réunion et au Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes

Copie pour information en sera adressée à Me Wenger et à Me Cayol.

Ainsi fait et délibéré par M. BARDOU, Conseiller d'Etat honoraire, Président et Mme TURBAN, MM. DUCROS, BÉGUIN, DEBIARD, COUTANCEAU, membres assesseurs de la chambre disciplinaire nationale.

Gilles BARDOU
Conseiller d'Etat honoraire
Président

Aurélie VIEIRA
Greffière

La République mande et ordonne au ministre chargé de la santé en ce qui le concerne, ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision