CHAMBRE DISCIPLINAIRE NATIONALE

DE L'ORDRE DES MASSEURS-KINESITHERAPEUTES

91bis rue du Cherche-Midi -75006-Paris

N°026-2022 Mme B. c. Mme D.

Audience publique du 05 octobre 2022

Décision rendue publique par affichage le 04 novembre 2022

La chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes,

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

Mme B. a formé une plainte le 24 septembre 2020 contre sa collègue Mme D. devant le conseil départemental de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Bouches-du-Rhône qui l'a transmise à la chambre disciplinaire de première instance de Provence-Alpes-Côte d'Azur et Corse en s'y associant.

Par une décision n° 32/2020, n° 33/2020 du 25 février 2022, la chambre disciplinaire de première instance a rejeté les plaintes.

Procédure devant la chambre disciplinaire nationale :

Par requête enregistrée le 14 mars 2022 au greffe de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, Mme B. représentée par Me Pascal Consolin demande à la chambre :

1°) d'annuler cette décision ;

2°) de faire droit aux conclusions de sa plainte ;

3°) de mettre à la charge de Mme D. le versement d'une somme de 3000 euros au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- Le code de justice administrative ;
- Le code de la santé publique ;
- L'article 75-I de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991.

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 05 octobre 2022 :

- M. Philippe Coutanceau en son rapport ;
- Les observations de Me Lola Seghboyan substituant Me Pascal Consolin, pour Mme B. ;
- Les observations de Me Dominique Houel-Tanguy, pour Mme D. et celle-ci en ses explications
- Le conseil départemental de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Bouches-du-Rhône, dûment averti, n'étant ni présent ni représenté.

Me Dominique Houel-Tanguy et Mme D. ayant été invités à prendre la parole en dernier.

Après en avoir délibéré,

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier que Mme B., titulaire d'un cabinet de masso-kinésithérapie, situé à (…), a signé le 9 janvier 2018 un contrat d'assistant libéral avec Mme D., ce contrat étant exclusif de tout développement d'une clientèle personnelle par l'assistant et comportant une clause de non-concurrence ainsi libellée : *« En cas de cessation des relations contractuelles, l'assistant libéral s'interdira d'exercer sa profession à titre libéral ou salarié, pendant une durée de deux ans, sur (...) »*. Il résulte de l'instruction que ce contrat a été rompu le 10 juin 2020 à l'initiative de Mme B., avec un préavis de trois mois se terminant le 10 septembre 2020. Mme B. a porté plainte le 24 septembre 2020 devant le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes (CDO) des Bouches-du-Rhône contre sa consœur Mme D. en l'accusant principalement d'avoir utilisé la période de préavis pour tenter de détourner sa clientèle. Elle fait également grief à celle-ci de refuser de lui céder son conventionnement avec l'assurance maladie, lui interdisant, de fait, de procéder à son remplacement en zone « sur dotée ». Après conciliation partielle intervenue le 23 octobre 2020, le CDO a transmis la plainte à la chambre disciplinaire de première instance de Provence-Alpes-Côte d'Azur et Corse en s'y associant. Par décision en date du 25 février 2022 cette juridiction a rejeté ces plaintes. Mme B. fait appel de cette décision.

Sur la régularité de la décision attaquée :

2. Mme B. soutient, en premier lieu, que la chambre disciplinaire de première instance a méconnu le caractère contradictoire de la procédure en ne tenant pas compte de sa note en délibéré produite le 12 janvier 2022 postérieurement à la clôture de l'instruction.

3. Lorsque le juge administratif est saisi, postérieurement à la clôture de l'instruction d'une note en délibéré émanant d'une des parties à l'instance, il lui appartient dans tous les cas d'en prendre connaissance avant la séance au cours de laquelle sera rendue la décision. S'il a toujours la faculté, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de rouvrir l'instruction et de soumettre au débat contradictoire les éléments contenus dans la note en délibéré, il n'est tenu de le faire à peine d'irrégularité de sa décision que si cette note contient soit l'exposé d'une circonstance de fait dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction et que le juge ne pourrait ignorer sans fonder sa décision sur des faits matériellement inexacts, soit d'une circonstance de droit nouvelle ou que le juge devrait relever d'office. En l'espèce, la note en délibéré que Mme B. a produite avant la séance publique mais après la clôture de l'instruction, a été enregistrée au greffe de la chambre et versée au dossier. En estimant que cette note ne justifiait pas la réouverture de l'instruction et en se bornant à la mentionner dans les visas sans prendre en compte son contenu pour rendre sa décision, la chambre disciplinaire de première instance n'a pas méconnu le principe du contradictoire.

4. En revanche, les pièces de l'instruction établissent, ainsi que le soutient Me Consolin, que la convocation à l'audience ne lui a pas été communiquée. Dans ces conditions, Mme B. qui n'était ni présente ni représentée à l'instance, est fondée à soutenir que la décision du 25 février 2022 de la chambre disciplinaire de première instance des régions Provence-Alpes-Côte d'Azur et Corse a été rendue dans des conditions irrégulières. Celle-ci doit par suite être annulée.

5. L'affaire étant en l'état, il y a lieu pour la chambre disciplinaire nationale, après évocation, de statuer sur les plaintes formées par Mme B. et le conseil départemental de l'ordre devant la juridiction disciplinaire.

Sur les griefs de la plainte :

En ce qui concerne le détournement de clientèle :

6. Il résulte de l'instruction que Mme B. fait grief à Mme D. d'avoir, après la fin de leur collaboration, tenté d'orienter ses patients vers son mari, lui-même masseur-kinésithérapeute exerçant sur la commune de (…), en dénigrant la professionnelle choisie par le cabinet pour lui succéder. Si elle produit en ce sens un témoignage de cette dernière, Mme K., celui-ci, exprimé en termes généraux et ne citant les noms d'aucun patient ne suffit pas à établir que Mme D. aurait fait une démarche systématique de nature à caractériser une tentative de détournement de clientèle. Il en va de même des témoignages de deux infirmiers produits sous la forme de simples messages de type *« Short Message Service »* (SMS) sortis de leur contexte et ne précisant pas les patients auprès desquels l'accusation d'une tentative de détournement de clientèle aurait été recueillie. Quant au témoignage de Mme L., s'il émane d'une patiente, il comporte deux versions manuscrites d'une écriture différente et doit à ce titre être écarté. Enfin, les témoignages produits par Mme T. et MM. X., et Y., exerçant ou ayant exercé des fonctions

d’assistants au sein du cabinet de Mme B. se bornent à faire état des excellentes relations avec cette dernière et sont sans lien avec la présente espèce. Il suit de là que Mme B. n’est pas fondée à soutenir que Mme D. aurait tenté d’influencer ses anciens patients, ceux-ci conservant, en tout état de cause, conformément à l’article R. 4321-57 du code de la santé publique le libre choix de leur kinésithérapeute.

En ce qui concerne le comportement non-confraternel de Mme D. :

7. A supposer que la plainte de Mme B. doive être interprétée comme faisant grief à son ancienne assistante de s’être abusivement plainte d’un harcèlement de la part de la titulaire du cabinet, il ne résulte pas de l’instruction que les faits invoqués aient un caractère diffamatoire ou excèderaient par leur gravité le comportement habituel au sein d’un cabinet en période de rupture de contrat. Ainsi, contrairement à ce que soutient Mme B., Mme D. n’était pas tenue de se trouver un successeur. Quant à la volonté exprimée par Mme D. d’accéder au logiciel du cabinet pour établir les facturations en retard, elle a finalement fait l’objet d’un accord entre les parties dans le cadre de la séance de conciliation. Enfin il n’est pas contesté que Mme B. a demandé à Mme D. de lui céder son conventionnement.

En ce qui concerne la cession du conventionnement :

8. Aux termes du point 1.2.1 de l'avenant n° 5 à la convention nationale des masseurs-kinésithérapeutes du 3 avril 2007 publié au journal officiel du 8 février 2008, instituant un régime de régulation du conventionnement dans les "zones sur dotées" au regard de l'offre de soins de masso-kinésithérapie : "*Le conventionnement ne peut être accordé par un organisme d'assurance maladie à un masseur-kinésithérapeute dans une "zone sur dotée" que si un autre masseur-kinésithérapeute a préalablement mis fin à son activité conventionnée dans cette même zone*". Aux termes du point 1.2.2 du même document : " *Si le masseur-kinésithérapeute reprend l'activité d'un confrère, qui le désigne nommément comme son successeur, le demandeur produit une attestation rédigée par ce collègue*". Les autres dispositions de l'avenant ainsi que celles de l'avenant n°6 publié au Journal Officiel du 2 juillet 2019 définissent notamment les modalités des demandes de conventionnement et de décision du directeur de la caisse primaire d'assurance maladie après avis d'une commission paritaire départementale.

9. Il résulte de ces dispositions qu’un professionnel ayant exercé dans un secteur déclaré « sur doté » conserve l’usage de son droit à conventionnement dont il lui appartient, sous le contrôle de l’autorité de régulation, de décider à l’occasion d’un changement de lieu d’exercice, s’il compte le céder à un autre professionnel ou le conserver pour exercer lui-même dans un autre cadre dans le même secteur. Mme B. n’était donc pas fondée à soutenir que le conventionnement individuellement détenu par Mme D. appartenait au cabinet et devait nécessairement être cédé à la personne qu’elle désignait pour remplacer Mme D. Elle n’est donc pas fondée à soutenir que celle-ci aurait commis une faute en refusant de céder ce droit à Mme K. désignée par Mme B. pour remplacer Mme D. au sein du cabinet.

10. Il résulte de tout ce qui précède que les plaintes présentées par Mme B. et le conseil départemental de l’ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Bouches-du-Rhône à l’encontre de Mme D. doivent être rejetées.

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article 75-1 de la loi du 10 juillet 1991 :

11. Ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise sur ce fondement à la charge de Mme D. qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance. Il y a lieu en revanche de mettre à la charge de Mme B. la somme de 1500 euros à ce titre.

DECIDE

Article 1er : La décision en date du 25 février 2022 de la chambre disciplinaire de première instance des régions Provence-Alpes-Côte d'Azur et Corse est annulée.

Article 2 : Les plaintes présentées par Mme B. et le conseil départemental de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Bouches-du-Rhône sont rejetées.

Article 3 : Mme B. versera à Mme D. la somme de 1500 euros sur le fondement de l'article 75-1 de la loi du 10 juillet 1991.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à Mme B., à Mme D., au conseil départemental de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Bouches-du-Rhône, à la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes des régions Provence-Alpes-Côte d'Azur et Corse, au directeur de l'agence régionale de santé Provence-Alpes-Côte d'Azur, au procureur de la République près le tribunal judiciaire de Marseille, au Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes et au ministre chargé de la santé et de la prévention.

Copie pour information en sera adressée à Me Pascal Consolin et Me Dominique Houel-Tanguy.

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

Le conseiller d'Etat honoraire,

Président de la Chambre disciplinaire nationale

Gilles BARDOU

Anthony PEYROTTES

Greffier

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.