CHAMBRE DISCIPLINAIRE DE PREMIERE INSTANCE DE L'ORDRE DES MASSEURS-KINESITHERAPEUTES DE LA REGION NORD-PAS-DE-CALAIS

N° 2009-101

AMPLIATION

Madame Agathe D.
Conseil départemental de l'ordre
des masseurs-kinésithérapeutes du Nord
c/
Madame Marie M.

Audience du 9 octobre 2009
Décision rendue publique
par affichage le 16 octobre 2009

LA CHAMBRE DISCIPLINAIRE DE PREMIERE INSTANCE,

Vu, enregistrée au greffe de la chambre disciplinaire le 17 février 2009, sous le n° 2009-101, la plainte, en date du 19 novembre 2008, complétée le 21 janvier 2009, présentée par Madame Agathe D. exerçant la profession de masseur-kinésithérapeute ** rue **, 59*** R****, transmise, en s'y associant, par le Conseil Départemental de l'Ordre des Masseurs-Kinésithérapeutes du Nord dont le siège est 19 Boulevard Denis Papin, 59800 Lille, et le procès-verbal de la séance du 2 décembre 2008 dudit conseil ;

Mme Agathe D. demande à la chambre de prononcer une sanction à l'encontre de Mme Marie M., masseur-kinésithérapeute, demeurant **Chemin **, 59*** W**** ;

La plaignante soutient que son ancienne assistante refuse de lui rétrocéder des honoraires perçus sur son cabinet dans le cadre du contrat d'assistanat qu'elle avait signé en 1997 avec l'intéressée, laquelle s'est de plus réinstallée dans un rayon de 10 km de son cabinet sans apposer de plaque professionnelle ni créer une nouvelle ligne téléphonique;

Vu, enregistré comme ci-dessus le 16 avril 2009, le mémoire présenté pour Mme Agathe D. par Me Claude M., avocat au barreau de Lille, qui conclut au maintien de sa plainte et demande en outre à la chambre d'ordonner à Mme M. de communiquer tous ses relevés d'activité (SNIR), tous documents comptables et fiscaux, la liste des patients attachés à son cabinet , d'interdire d'utiliser le numéro de son téléphone portable actuel, de la sommer de mettre fin à la violation de la clause de non concurrence, et de lui accorder la rétrocession de 30 % des honoraires perçus, par les motifs, que s'agissant de la rétrocession des quotes-parts d'honoraires le contrat d'assistanat a été reconnu valide par le conseil de l'ordre le 22 juillet 2008 ; que la réforme de 2005 ne peut pas rétroagir sur les

contrats antérieurs ; que les rétrocessions reversées étaient ridicules au vu du chiffre d'affaires de Mme M. ; qu'une rétrocession de 30% apparait normale ; que le devoir de loyauté imposait à l'intéressée de ne pas s'installer à son propre compte et de développer sa propre clientèle pendant le contrat d'assistanat ; que Mme M. est dans l'incapacité totale de prouver que la patientèle pour laquelle elle prodiguait des soins lui appartenait ; qu'elle a toujours refusé de s'associer avec elle au motif qu'elle avait décidé d'arrêter sa profession à l'expiration du régime fiscal de la zone franche ; qu'elle n'était pas informée des renouvellements des prescriptions ; qu'elle reste en relation constante avec les patients grâce à son portable ; qu'elle lui a toujours caché qu'elle s'était constituée une patientèle personnelle ; que suite à cette dissimulation, une rétrocession d'honoraires sur une patientèle ignorée ne pouvait être réclamée ; que la nature du contrat d'assistanat justifie l'interdiction pour l'assistant d'avoir une clientèle personnelle ; qu'il est logique que le contrat du 10 mars ne prévoyait pas cette interdiction laquelle est d'évidence ; que cette patientèle lui appartenait puisque constituée dans le cadre de l'assistanat, d'où l'obligation de rétrocession ; que sa consœur avait gardé l'adresse fiscale du cabinet en zone franche ; que celle-ci a en outre bénéficié de sa renommée ; qu'elle a commis une faute en omettant de réserver la rétrocession des honoraires perçus frauduleusement à hauteur de 30 % ; que Mme M. a violé la clause de non concurrence de l'article 8 du contrat, complétée par l'article R. 4321-130 du code de la santé publique ; qu'elle ne pouvait s'installer pendant un délai d'un an à partir de la rupture du contrat dans un rayon de 10 km du cabinet ; que cette clause évitait le détournement de la patientèle ; que si Mme M. souhaite se placer sous la réglementation actuelle, elle ne s'oppose pas à appliquer les dispositions de l'article R. 4321-130 du code de déontologie ; que Mme M. s'est installée et exerce de façon clandestine sa profession à moins de 300 m de son cabinet , en violation de la clause de non concurrence ; qu'elle demande que cette clause soit respectée dans un délai d'un an à compter du jour où Mme M. s'y conformera et au plus tard à compter du jour de la décision définitive de la chambre ; que Mme M. a refusé de remettre la liste de ses patients attachés au cabinet, que l'article R. 4321-100 du code de déontologie sanctionne le détournement de clientèle ; qu'il a lieu de prononcer une radiation d'une à deux années et d'ordonner la publication de la décision dans des revues spécialisées ;

Vu, enregistré comme ci-dessus le 17 avril 2009, le mémoire présenté pour Mme Marie M., par Me Jean-François F., avocat au Barreau de Lille, qui conclut, à titre principal, à surseoir à statuer dans l'attente de la décision du tribunal de grande instance de Lille, et à titre subsidiaire, de rejeter la plainte de Mme D., par les motifs qu'une procédure est pendante devant ce tribunal, à son initiative, et la plainte dépend de l'interprétation d'un contrat soumise à cette juridiction ; que son activité a été résiduelle dans le cadre de l'exécution du contrat ; qu'elle n'a jamais eu accès au téléphone du cabinet de Mme D. qui ne sollicitait que des interventions très ponctuelles en sélectionnant les actes les moins rémunérateurs et à domicile ; qu'elle a donc été amenée à développer une patientèle sans utiliser les moyens matériels et fournitures du cabinet ; qu'il n'a jamais été question de rétrocéder des honoraires au titre de son activité personnelle ; que la loi du 2 août 2005 impose d'évoquer dans la convention de collaboration libérale la question du développement de la clientèle personnelle par le collaborateur ; que cette loi d'ordre public s'applique aux contrats en cours ; qu'elle était donc en droit de développer une clientèle personnelle, la convention ne prévoyant rien à ce sujet ; qu'il ne peut être dû aucune rétrocession d'honoraires ; que la clause restrictive de liberté d'exercice professionnel avait vocation à s'appliquer s'il était mis un terme avant le 10 juin 1997 ; que cette clause est claire et ne nécessite pas d'interprétation au regard de la mention manuscrite « pas d'installation » que le contrat comporte ; qu'à compter du 11 juin 1997 elle était libre de s'installer au bénéfice de sa patientèle ;

Vu le mémoire enregistré comme ci-dessus le 12 mai 2009, présenté pour Mme Agathe D. par Me Claude M. ; qui maintient ses précédentes conclusions par les mêmes moyens et qui expose en

outre que la loi de 2005 n'est pas d'application exclusive et les contrats d'assistanat peuvent encore subsister ; que cette loi ne peut rétroagir sur les contrats antérieurs ; que seule la volonté des parties aurait pu permettre l'application de cette loi en vertu du principe d'intangibilité du contrat ; que sur l'annuaire professionnel Mme M. n'a pas mentionné le numéro de sa nouvelle adresse professionnelle ; qu'il s'agit d'une adresse clandestine ; que la saisine du TGI constitue une manœuvre dilatoire ; qu'il est demandé de statuer en l'état ;

Vu le mémoire enregistré le 12 mai 2009 et présenté pour Mme Marie M. par Me Jean-François F., qui maintient ses précédentes observations par les mêmes motifs et expose en outre qu'elle n'a pas dès l'origine pris la décision de ne traiter des patients qu'à domicile mais seulement parce qu'elle était ainsi orientée par Mme D. ; qu'avant la mise en œuvre du contrat elle suivait des patients qu'elle a continués à soigner après sa régularisation ; que Mme D. ne peut revendiquer la « propriété » d'une clientèle préexistante développée par elle ; que le contrat d'assistanat s'est en fait traduit en une simple domiciliation professionnelle en parfaite connaissance de cause entre les parties ; qu'il n'a jamais été question de rétrocéder des honoraires au titre de son activité personnelle ; que la loi de 2005 doit s'appliquer aux contrats en cours à compter de sa promulgation ; que ce n'est pas l'existence d'une patientèle personnelle qui fait réagir la plaignante mais l'importance de celle-ci due à son travail personnel ; que Mme D. ne jouit d'aucune renommée en ce qui concerne la kinésithérapie respiratoire à domicile ; qu'elle a simplement bénéficié dans le cadre du contrat d'assistanat d'une domiciliation professionnelle au cabinet de Mme D.; que l'article R . 4321-130 n'a pas vocation à régir les rapports entre les parties à la suite d'un contrat rompu depuis plusieurs mois lorsqu'il est entré en vigueur par le décret du 3 novembre 2008 ; que l'on peut s'interroger s'il s'applique à la situation dès lors que l'assistanat n'est pas le remplacement ; qu'elle n'a pas cherché à dissimuler sa situation professionnelle et ses nouvelles coordonnées à Mme D. :

Vu enregistré le 4 juin 2009 le mémoire présenté par le Conseil Départemental de l'Ordre des Masseurs-Kinésithérapeutes qui demande que Mme M. soit sanctionnée pour faute pour avoir omis de reverser une partie des honoraires perçus et en s'installant dans un périmètre exclu du contrat ; qu'il n'y a pas lieu d'attendre la décision du TGI ; que le législateur n'a jamais défini la notion d'assistanat et il importe de se référer à la pratique et aux usages ; qu'il appartenait à Mme M. de rétrocéder ses honoraires sur l'ensemble des actes, à tout le moins jusqu'à la date de publication de la loi du 2 août 2005 ainsi que le prévoient les usages ; que le statut de collaborateur libéral n'a pas remplacé celui d'assistant ; qu'il s'agit de deux statuts distincts ; que l'exercice forain de la profession est interdit ; que la rétrocession d'honoraire doit porter sur l'ensemble de la patientèle y compris la clientèle personnelle ; que la mention « pas d'installation » dans le contrat implique qu'à l'issue du contrat, quelque soit sa durée, Mme M. s'engageait à ne pas s'installer dans un rayon de 10 km pendant un an ;

Vu enregistré le 9 juin 2009 le mémoire présenté pour Mme D. qui maintient ses précédentes observations par les même moyens ; qu'elle expose en outre qu'elle n'a jamais accepté que Mme M. développe une patientèle personnelle ; ce qui ne lui était pas permis ; que la patientèle est réputée être celle du professionnel dont Mme M. est l'assistant ; que ce n'est qu'après s'être renseignée qu'elle a été instruite de la fraude opérée ; que le contrat d'assistanat ne permet pas de développer sa propre clientèle ; que Mme M. la met dans l'impossibilité de connaitre le montant des rétrocessions d'honoraires qui lui revient ; que Mme M. a gardé l'adresse fiscale du cabinet et a profité du bénéfice de la zone franche ; que le contrat contient une erreur de plume en ce qui concerne la clause de non réinstallation au terme d'un délai de 3 mois ;

Vu enregistré le 17 juillet 2009 le mémoire présenté pour Mme Marie M. tendant aux mêmes fins par les mêmes moyens ; qu'elle expose en outre que le statut d'assistanat a été remplacé par celui de collaborateur prévu par la loi de 2005 ; qu'il ne s'agit pas de deux statuts distincts ;

Vu la lettre en date du 30 juin 2009 par laquelle le président de la formation disciplinaire a notifié aux parties un moyen d'ordre public, relatif à la non rétroactivité des dispositions du code déontologie des masseurs-kinésithérapeutes prévues par le décret du n° 2008-1335 du 3 novembre 2008 ;

Vu les autres pièces produites et jointes au dossier ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958, notamment son Préambule qui renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu le code civil, notamment l'article 1er dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs ; complétée par le décret n° 2004-1532 du 31 décembre 2004 ;

Vu la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, notamment son article 18 ;

Vu le décret n°2007-434 du 25 mars 2007 relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des pharmaciens, des masseurs-kinésithérapeutes et des pédicures podologues et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires) ;

Vu le décret n°2008-1135 du 3 novembre 2008 portant code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes, complétant le code de la santé publique aux articles R. 4321-51 à R. 4321-145 ;

Vu le code de justice administrative ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 9 octobre 2009 :

- Le rapport de M. Lionel JOURDON ;

- Les observations de Me Claude M., avocat, représentant de Mme Agathe D. et celle-ci en ses explications;

- Les observations, de Me Stéphane B., avocat, pour le Conseil Départemental de l'Ordre des Masseurs- Kinésithérapeutes du Nord ; et de M. José B., représentant ledit conseil départemental ;

- Les observations de Me Jean-François F., avocat, représentant Mme Marie M., celle-ci en ses explications, et ayant été invitée à reprendre la parole en dernier;

Après en avoir délibéré,

I – SUR LA DEMANDE DE SANCTION DISCIPLINAIRE :

SUR LE GRIEF REPROCHE A Mme M. DE REVERSEMENTS INSUFFISANTS D'HONORAIRES :

Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 visée par le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée. » ; que ce principe général du droit, par ailleurs constitutionnel, prescrivant la non rétroactivité des lois répressives trouve à s'appliquer tant en matière de peines pénales que de sanctions disciplinaires, sous réserve des lois modificatives plus favorables qui sont d'application immédiate même à l'égard de faits anciens ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1er du code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2004-164 du 20 février 2004 : « Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures. En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels. » ;

Considérant que Mme D. et le Conseil Départemental de l'Ordre des Masseurs-Kinésithérapeutes du Nord demandent à la présente chambre disciplinaire de sanctionner disciplinairement Mme M. pour avoir notamment refusé de reverser des honoraires qui seraient dus en application du contrat d'assistanat que les deux intéressées avaient signé en 1997 ; que ce contrat a pris fin à la demande de Mme M. le 1er octobre 2008 ; que les faits reprochés concernent donc la période du 10 mars 1997 au 1er octobre 2008 ;

Considérant que le code de déontologie applicable aux masseurs-kinésithérapeutes résulte des dispositions du décret n° 2008-1135 du 3 novembre 2008, publiées au Journal officiel du 5 novembre 2008 ; qu'avant cette publication la profession de masseur-kinésithérapeute n'était régie par aucun texte déontologique semblable, notamment au cours d'une période antérieure au 6 novembre 2008 où ont été commis certains des faits reprochés à Mme M. ; que ces nouvelles dispositions réglementaires n'ayant pas une portée rétroactive ne sont entrées en vigueur que le lendemain de leur publication au Journal officiel et ne permettent pas ainsi de sanctionner un praticien pour des manquements professionnels antérieurs au 6 novembre 2008 ; que dès lors, et quelle que soit la nature et l'importance des fautes éventuellement commises avant cette date par Mme M., celle-ci ne peut faire l'objet de l'une des sanctions disciplinaires prévues à l'article L. 4124-6 du Code la santé publique ; que, par suite, en application du principe général du droit susmentionné de non rétroactivité des lois et des règlements de nature répressive, la partie de la plainte relative au non reversement d'honoraires pour la période du 10 mars 1997 au 1er octobre 2008 est irrecevable pour la présente chambre et doit donc être rejetée ;

SUR LES AUTRES GRIEFS REPROCHES A Mme M. :

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article R.4321-99 du code de la santé publique: « Les masseurs-kinésithérapeutes entretiennent entre eux des rapports de bonne confraternité. Le masseur-kinésithérapeute qui a un différend avec un confrère recherche une conciliation, au besoin par l'intermédiaire du Conseil départemental de l'ordre. » ; et qu'aux termes de l'article R.4321-100 du même code : « Le détournement ou la tentative de détournement de clientèle sont interdits. » ;

Considérant que d'autres griefs reprochés à Mme M. par la plaignante et le Conseil départemental sont relatifs à des faits postérieurs ou qui perdurent après le 6 novembre 2008, date d'entrée en vigueur du décret du 3 novembre 2008 portant Code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes ; que ces faits, s'ils sont reconnus fautifs, peuvent donc être sanctionnés en application dudit-code ;

Considérant, en premier lieu, que l'usage abusif d'un téléphone portable reproché à Mme M. n'est pas établi dès lors que Mme D. ne justifie ni qu'elle serait signataire du contrat avec un opérateur pour l'usage de ce téléphone et qu'elle en supporterait les facturations des communications, ni que le numéro de ce téléphone serait celui de son propre cabinet ;

Considérant, en deuxième lieu, que Madame D. expose qu'elle a sollicité, par deux courriers des 29 avril et 29 mai 2008, adressés à Mme M. des justifications sur le montant des honoraires rétrocédés par cette dernière pour les années 1997 à 2007 en application du contrat d'assistanat qu'elles avaient signé le 10 mars 1997 ; que Mme M. a alors refusé de produire ces justificatifs et a mis fin au contrat par lettre du 26 juin 2008 avec effet du 1er octobre 2008 ; que si en cours d'instance Mme M. a produit ses relevés annuels de la sécurité sociale,(relevés SNIR) ces documents ne comportent pas la liste des clients qui ont consulté Mme M.et sont donc inexploitables ; que cette attitude de refus de justifier le détail des montants des honoraires reversés, notamment en ne produisant pas en cours d'instance la liste nominative de ses clients qui lui était réclamée par sa cocontractante, conduit la chambre à constater que Mme M. a ainsi fait preuve par ce refus de se justifier d'un manque de confraternité certain qui perdure jusqu'au jour de l'audience; et, compte tenu de cette attitude dissimulatrice, les allégations de détournement de la clientèle de Mme D doivent être tenues pour établies pour la période postérieure au 6 novembre 2008; sans qu'il soit besoin de rechercher si Mme M.était en droit de se constituer une patientèle personnelle soit en application des clauses du contrat d'assistanat, soit en vertu de l'article 18 de la loi du 2 août 2005 relative au contrat de collaboration ; dès lors que, dans ces deux situations contractuelles, il reste toujours interdit à un praticien de détourner la clientèle de son ancien confrère- cocontractant en vertu des dispositions générales susmentionnées de l'article R. 4321-100 du Code de la santé publique;

Considérant, en dernier lieu, que la plaignant reproche en outre à Mme M. de s'être installée clandestinement à Roubaix sans apposer de plaque professionnelle; que cette installation discrète, connue seulement de la plaignante au cours du mois d'octobre 2008, à une adresse située à près de 300 m du cabinet de son ancienne cocontractante, révèle une intention délibérée de continuer à gérer et détourner une partie de la clientèle de Mme D. après la fin du contrat et encore à la date de la présente audience;

Considérant qu'à l'exclusion de l'usage prétendu fautif d'un téléphone portable, les autres faits retenus ci-dessus à l'encontre de Mme M. après le 6 novembre 2008 révèlent de sa part un manquement au devoir de confraternité prévu à l'article R. 4321-99 susmentionné, ainsi qu'un détournement de clientèle interdit par l'article R. 4321-100 précité ; qu'il sera fait une juste appréciation de la gravité des fautes commises par Mme M. en lui infligeant la sanction d'un an d'interdiction d'exercer la profession de masseur-kinésithérapeute, dont six mois avec sursis ; sans qu'il soit besoin d'ordonner les suppléments d'instruction réclamés par la plaignante ;

II- SUR LE SURPLUS DES CONCLUSIONS DES PARTIES :

Considérant que les attributions de la présente chambre ne lui permettent ni d'ordonner de faire respecter une clause contractuelle portant sur la réinstallation en fin de contrat, ni d'interdire l'usage d'un numéro de téléphone portable ; qu'en outre, il n'y a pas lieu de sursoir à statuer dans l'attente du jugement du tribunal de grande instance saisi par Mme M. du litige contractuel ;

DECIDE

Article 1er: La sanction d'un an d'interdiction d'exercer la profession de masseur-kinésithérapeute, dont six mois avec sursis, est prononcée à l'encontre de Mme Marie M..

Article 2 : Mme Marie M. exécutera la partie ferme de la peine d'interdiction d'exercer la profession de masseur-kinésithérapeute prononcée à son encontre du 1er décembre 2009 inclus au 31 mai 2010 à minuit.

Article 3: Le surplus des conclusions présentées par Mme D., Mme M. et le Conseil Départemental de l'Ordre des Masseurs-Kinésithérapeutes du Nord est rejeté.

Article 4: La présente décision sera notifiée à Mme Agathe D., à Mme Marie M., au Conseil Départemental de l'Ordre des Masseurs-Kinésithérapeutes du département du Nord, au Préfet de région, Préfet du département du Nord (DRASS et DDASS), au directeur de l'Agence régionale de santé de la région Nord-Pas-de-Calais, au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Roubaix, au Conseil National de l'Ordre des Masseurs-Kinésithérapeutes, et au Ministre chargé de la santé; copie en sera adressée à Me Claude M., Me Jean-François F.et Me Stéphane B. , avocats.

Ainsi fait et délibéré par : M. Bernard JEAN-ANTOINE, président honoraire du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, président;
Mme Bernadette MASQUELIER, MM. Michel BAUDELET, Jean-Marie CHARLET, Bernard FROISSART et Lionel JOURDON, membres de la chambre disciplinaire, assesseurs.

Le président honoraire du corps des tribunaux
administratifs et des cours administratives d'appel,

Président de la chambre disciplinaire

Bernard JEAN-ANTOINE

Le greffier,

Anny FOUBERT