ORDRE NATIONAL DES MASSEURS-KINESITHERAPEUTES

CHAMBRE DISCIPLINAIRE NATIONALE

N° 002-2012 Mme B. c. SELARL … et M. M.

Rapporteur : madame Magalie Turban

Audience publique du 28 juin 2013

Décision rendue publique par affichage le 05 juillet 2013

Vu la requête, enregistrée le 9 février 2012 au greffe de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes présentée pour Mme B., masseur-kinésithérapeute, demeurant …, représentée par Me Lionel Fourgeau, cabinet éLegilus, 23 rue de l'étang à Anglet (64600) ;
Elle demande l'annulation de la décision de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Aquitaine du 10 janvier 2012 ; que soit infligée une sanction disciplinaire à M. M. ; de condamner M. M. et la société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL) … à payer une amende de 3 000 euros pour recours abusif sur le fondement de l'article R. 741-12 du code de justice administrative ; de condamner solidairement M. M. et la société … à payer à Mme B. une indemnité de 6 000 euros en réparation du préjudice subi en raison de la procédure engagée à son encontre ; de condamner solidairement M. M. et la société … à payer à Mme B. une indemnité de 4 000 euros sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;
Elle soutient que la procédure disciplinaire engagée par M. M. agissant en son nom propre alors qu'il n'est qu'un tiers sans lien juridique avec les parties contractantes, est irrégulière ; que la plainte de la société … a été présentée directement devant la chambre disciplinaire de première instance sans que la commission de conciliation ait été saisie ; que la chambre disciplinaire de première instance n'était pas compétente pour trancher la contestation sur la qualification et la nature juridique du contrat de collaborateur libéral contenant une clause de non-concurrence excessive et dépourvue de contrepartie financière ; que contrairement à ce que soutient M. M., aucun projet de contrat de collaborateur libéral n'a été validé en amont par le conseil départemental de l'ordre ; que le contrat litigieux est en tout état de cause inapplicable car dépourvu de la mention « lu et approuvé » avant la signature de Mme B. ; que la clause de non-concurrence du contrat est léonine et excessive ;

Vu la décision attaquée ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 12 mars 2012, présenté pour la société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL) …, … et pour M. M., associé majoritaire et co-gérant, représentés par Me Françoise Larralde, 21 rue Chauvin Dragon à St Jean-de-Luz (64500) ;
Ils concluent, à titre principal, au rejet de la requête d'appel, au rejet des autres prétentions de Mme B. et à une aggravation de la sanction disciplinaire à l'encontre de celle-ci pouvant aller jusqu'à la suspension d'exercice et en outre à une condamnation à verser cinq mille euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ainsi qu'à cinquante mille euros à titre de réparation du préjudice du non-respect de la clause de non-concurrence;

Ils soutiennent que la saisine du conseil départemental des Pyrénées-Atlantiques par M. M. est régulière car celui-ci l'a effectuée au nom et pour le compte de la société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL) … ; que la chambre disciplinaire de première instance est compétente puisque la plainte porte sur le comportement non déontologique de Mme B. ; que le contrat de collaborateur libéral du 30 juin 2007, régularisé avant la date d'entrée en vigueur du code de déontologie de la profession, a été transmis dans le délai de deux ans au conseil départemental de l'ordre, comme le prouve l'existence du courrier du conseil départemental du 23 février 2010 ; que le défaut de la mention « lu et approuvé » sur le contrat effectivement signé par Mme B. qui a été admise au cabinet parce qu'elle parle parfaitement bien le français, ne conduit pas à la nullité du contrat ; que Mme B. a méconnu ses obligations déontologiques en participant aux manœuvres de détournement de clientèle en s'installant, avec l'ancien associé de la SELARL …, à proximité de son ancien lieu d'exercice ; que le contrat de Mme B. n'est pas un contrat de travail et qu'il ne devait pas fixer une contrepartie financière pour que la clause de non-concurrence soit applicable ;

Vu le mémoire complémentaire enregistré le 14 mars 2012, présenté pour Mme B. qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ; en outre, elle conclut sur un sursis à statuer dans l'attente de la décision rendue par la juridiction sociale sur la qualification du contrat ;

Vu le nouveau mémoire en défense enregistré le 24 avril 2013 présenté pour la SELARL … et pour M. M., associé majoritaire et co-gérant qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ; ils soutiennent en outre que la demande de sursis à statuer de Mme B. est devenue sans objet du fait de la décision de radiation de l'affaire introduite par l'intéressée, prise par le tribunal de prud'hommes de Bayonne en date du 7 décembre 2012 ; que le statut d'assistant-collaborateur subsiste, nonobstant la création du statut de collaborateur libéral par la loi du 2 août 2005 et qu'il peut être conclu sans que soit prévue une rémunération de la clause de non-concurrence ;

Vu le mémoire récapitulatif d'appel enregistré le 25 avril 2013, présenté pour Mme B. qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ; en outre elle soutient que la SELARL … était tenue de ne pas interdire à Mme B. de se constituer une clientèle personnelle et que le contrat de collaborateur qui la lie à la SELARL ne stipule aucune clause selon laquelle Mme B. aurait renoncé à se constituer une clientèle personnelle, que la situation du chiffre d'affaires des deux sociétés dont M. M. est le principal actionnaire infirme les allégations de détournement de clientèle et de désorganisation de leur activité ;

Vu les mémoires complémentaires enregistrés les 31 mai 2013 et 7 juin 2013, présenté pour Mme B. qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ; et soutient en outre qu'elle a à nouveau saisi le conseil des prud'hommes de Bayonne afin d'obtenir la requalification de son contrat en contrat salarié ;

Vu le nouveau mémoire en défense, enregistré le 17 juin 2013, présenté pour la SELARL … et pour M. M., associé majoritaire et co-gérant qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ; ils soutiennent en outre que la nouvelle saisine du tribunal des prud'hommes par Mme B. le 31 mai 2013, n'a pas davantage de raison de prospérer que la précédente ; que le montant des rétrocessions perçues par Mme B. montre que cette rémunération n'est pas un salaire ;

Vu le mémoire enregistré le 25 juin 2013, présenté pour Mme B., après la clôture de l'instruction ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu 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 28 juin 2013 :

- Mme Turban, en son rapport,
- Maître Fourgeau, pour Mme B.,
- Maître Larralde, pour M. M. et la SELARL …,
- M. M.,
- Mme B., entendue en dernier ;

Après en avoir délibéré,

Sur la demande de sursis à statuer :

Considérant que la demande de sursis à statuer demandée par Mme B. en raison de l'engagement par l'appelante d'une procédure devant la juridiction prud'homale de Bayonne pour requalification du contrat d'assistant collaborateur du 30 juin 2007 en contrat salarié a abouti à une décision de radiation de l'affaire, prise par le tribunal de prud'homme en date du 7 décembre 2012, pour défaut de diligence de la partie demanderesse ; que cette première demande est, de ce fait, sans objet ; qu'une nouvelle procédure engagée devant la même juridiction n'implique pas qu'il soit sursis à statuer à raison de l'incompétence de la chambre disciplinaire nationale pour connaître du litige sur la qualification du contrat du 30 juin 2007 ;

Sur les conclusions de M. M. et de la SELARL … tendant à l'aggravation de la sanction infligée à Mme B. :

Considérant que M. M. et la SELARL … n'ont pas fait appel de la décision attaquée ; que dès lors leurs conclusions en défense à l'appel de Mme B. tendant à ce que la sanction infligée en première instance à celle-ci soit aggravée sont irrecevables ;

Sur la compétence de la juridiction disciplinaire de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes :

Considérant que le fondement de la plainte de M. M. contre Mme B. en raison du non-respect allégué de la clause de non-concurrence figurant au contrat d'assistant collaborateur

signé le 30 juin 2007 entre l'appelante et la SCP …, devenue la SELARL …, est tiré de l'application des dispositions de l'article R. 4321-100 du code de la santé publique régissant notamment les devoirs entre confrères masseurs-kinésithérapeutes et aux termes desquelles : « Le détournement ou la tentative de détournement de clientèle sont interdits » ; que s'il appartient au seul juge judiciaire de se prononcer sur la licéité des stipulations du contrat d'assistant collaborateur en question concernant tant les clauses de non-concurrence excessives que de leur contrepartie financière , en revanche, la mise en cause du comportement déontologique de Mme B. dans l'application de ces clauses relève de la compétence des instances disciplinaires de la profession ; que par suite, le moyen tiré de l'incompétence en l'espèce de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Aquitaine ne peut être qu'écarté ;

Sur la recevabilité de la plainte:

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que si le contrat d'assistant collaborateur a été conclu entre Mme B. et la SCP …, devenue la SELARL …, M. M. en tant que co-gérant et associé majoritaire, disposant de 90 % des parts de capital, a qualité pour introduire, en son nom propre et pour le compte de la société, une plainte contre un collaborateur de son cabinet dont le comportement est susceptible de lui porter préjudice et lui paraît être contraire aux prescriptions du code de déontologie, notamment à l'article R. 4321-100 du code de la santé publique ; qu'ainsi le moyen tiré de l'irrecevabilité de la plainte de M. M. opposée par Mme B. doit être écarté ; que, par voie de conséquence, doit être également écarté le moyen tiré de l'irrégularité de procédure selon laquelle la plainte de la société … a été présentée directement devant la chambre disciplinaire de première instance sans que la commission de conciliation ait été saisie ;

Au fond :

Considérant qu'il résulte de l'instruction, que l'article 5 du contrat d'assistant collaborateur conclu le 30 juin 2007, entre B. et la SCP …, devenue la SELARL …, prévoyait en cas de résiliation par le collaborateur dans un délai de trois ans depuis la signature du contrat, une clause de non-concurrence d'une durée de trois ans visant à interdire l'exercice de la profession à titre libéral ou salarié dans un rayon de vingt kilomètres du cabinet pour des interventions effectuées sur le poignet et la main ; que Mme B. a résilié le dit contrat à compter du 31 décembre 2010 ; qu'elle ne conteste pas exercer depuis cette date son activité de masseur-kinésithérapeute spécialisée dans la rééducation du poignet et de la main, d'abord dans un cabinet situé … puis, … , soit, dans les deux cas, à quelque six kilomètres de son ancien lieu d'exercice à la SELARL …, situé à … ;

Considérant que le contrat en cause, transmis au conseil départemental de l'ordre dans le délai de deux ans prévu par l'article 2 du décret du 3 novembre 2011 qui a instauré le code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes, a ainsi été regardé comme conforme à ce code par le conseil départemental de l'ordre ; que si ce dernier, saisi par Mme B. pour connaître la portée de certaines stipulations du contrat, a pu lui répondre par lettre en date du 23 février 2010 que dans le cadre d'une « réflexion [qui] n'est en aucun cas un jugement […], la clause de non installation à 20 kilomètres nous semble excessive », il n'en résulte pas que l'installation à six kilomètres de l'ancien lieu d'exercice serait excessive ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble des éléments ci-dessus mentionnés, qu'en résiliant le contrat du 30 juin 2007 qu'elle avait pu librement discuter et signer, sans que le défaut de la mention « lu et approuvé », n'entache de surprise son adhésion au document, Mme B. a méconnu un engagement contractuel qu'elle ne pouvait pas ne pas connaître ; que son comportement laisse présumer une tentative de détournement de clientèle, interdite par l'article R. 4321-100 du code de la santé publique ; que l'évolution du chiffre d'affaires des sociétés dont M. M. est actionnaire est sans effet sur l'appréciation du comportement de Mme B. ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, d'une part, que Mme B. n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par la décision attaquée, la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Aquitaine lui a infligé la sanction du blâme ; que d'autre part, dans les circonstances de l'espèce les demandes de condamnation en indemnisation, au demeurant injustifiées, émises par la SELARL … et M. M. à l'encontre de Mme B. doivent être rejetées ;

<u>Sur les conclusions portant sur l'application de l'article 75-I de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 :</u>

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, les demandes des parties tendant à l'application de l'article 75-I de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 doivent être rejetées ;

DECIDE :

Article 1er :
La requête de Mme B. est rejetée.

Article 2 :
Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 3 :
La présente décision sera notifiée à M. M., à la SELARL …, à Mme B., à Me Lionel Fourgeau, à Me Larralde, au Conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Pyrénées-Atlantiques, au directeur général de l'Agence régionale de santé d'Aquitaine, à la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Aquitaine, au conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, au Ministre chargé de la santé.

Ainsi fait et délibéré par M. RICHARD, Conseiller d'Etat, Président et Mme TURBAN, MM. DUCROS, HERRMANN, PAPP, RABEJAC, assesseurs.

Jacky Richard
Conseiller d'Etat
Président

Gérald ORS
Greffier en chef