ORDRE NATIONAL DES MASSEURS-KINESITHERAPEUTES

CHAMBRE DISCIPLINAIRE NATIONALE

N°026-2013 M. B. c. M. D.

Rapporteur : M. Marc LEVEQUE

Audience publique du 23 octobre 2015

Décision rendue publique par affichage le 04 novembre 2015

Vu la procédure suivante

M. D. a porté plainte contre M. B. devant la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Bretagne. Après échec de la procédure de conciliation le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Finistère a transmis cette plainte à l'instance disciplinaire sans s'y associer. Par une décision n° 2013-01 du 2 juillet 2013, la chambre disciplinaire de première instance a infligé la sanction du blâme à M. B. ;

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés les 7 août et 16 décembre 2013, pour M. B., masseur-kinésithérapeute, exerçant (…), par Me Gaël Cuiec de la Selarl Xavier Moal et associés, M. B. demande à la chambre disciplinaire nationale :

- d'annuler la décision n°2013-01 de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Bretagne du 2 juillet 2013 ;
- de rejeter la plainte présentée par M. D. devant le conseil de l'ordre ;
- de mettre à la charge de M. D. la somme de 5000 euros sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;
- de condamner M. D. aux dépens;

Il soutient que :

- la décision des premiers juges a été rendue en violation du principe du contradictoire et en méconnaissance de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour avoir omis de prendre en considération son mémoire du 6 juin 2013 au motif que celui-ci serait parvenu au-delà de la clôture d'instruction ;
- cette décision est en tout état de cause insuffisamment motivée pour avoir omis de répondre à l'ensemble de ses moyens ;
- la clause de non concurrence dans une zone de 20 kilomètres dont se prévaut M. D. figure dans une convention d'exercice en commun devenue caduque ;
- subsidiairement, cette clause constituerait une atteinte disproportionnée à ses intérêts légitimes et une restriction au principe de liberté d'entreprendre et d'installation ;
- la parution dans la presse locale d'une information ponctuelle sur son lieu d'exercice et la signalétique de son cabinet sont conformes aux exigences du code de la santé publique ;

- les griefs énoncés à son encontre par M. D. ont le caractère de dénonciations abusives ;

Vu la décision attaquée ;

Vu les observations, enregistrées le 11 octobre 2013, présentées par le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Finistère qui indique s'agissant d'un litige à caractère personnel les motifs pour lesquels il ne s'est pas associé à la plainte ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 16 septembre 2015, présenté pour M. D., masseur-kinésithérapeute, exerçant (…), par Me Pierre-Hector Rustique, il conclut au rejet de la requête d'appel de M. B. et à ce que soit mis à la charge de ce dernier une somme de 5000 euros sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

- le contrat d'exercice en commun n'ayant jamais fait l'objet d'une dénonciation de la part de M. B., celui-ci était toujours en vigueur au moment de son départ ;
- il n'a pas respecté la clause de non réinstallation prévu à l'article 14 de ce contrat ;
- il entretient une confusion entre les activités de soins et une activité commerciale ;
- ces pratiques sont constitutives d'une publicité indirecte pour son cabinet ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 16 octobre 2015, présenté pour M. B., par Me Bertrand Audren de la Selarl Xavier Moal et associés, qui reprend les mêmes conclusions et les mêmes moyens que sa requête ; il fait valoir en outre qu'il résulte de la jurisprudence de la cour de cassation qu'une clause de non réinstallation ne peut figurer dans un contrat de société civile de moyen (SCM) et que le tribunal d'instance de Brest, dans son jugement en date du 04 février 2014, a débouté M. D. de toutes ses plaintes à son encontre ;

Vu le mémoire, enregistré le 19 octobre 2015, présenté pour M. D., par Me Rustique, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu le code de justice administrative ;

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 23 octobre 2015 :

- M. Lévêque en son rapport ;

- Les observations de Me Audren pour M. B. et M. B. en ses explications ;

- Les observations de Me Rustique pour M. D. et M. D. en ses explications ;

- Le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Finistère, dûment averti, n'étant ni présent, ni représenté ;

Me Audren ayant été invité à reprendre la parole en dernier ;

Après en avoir délibéré,

Sur la régularité de la décision attaquée

1- Considérant que la circonstance que la mention de la date de clôture de l'instruction trois jours francs avant la date de l'audience ne figure pas en méconnaissance de l'article R. 613-2 du code de justice administrative dans l'avis d'audience adressé aux parties a pour effet, non d'entacher la décision rendue à la suite de cette convocation d'un vice de nature à en entrainer l'annulation, mais seulement de rendre cette date de clôture inopposable aux parties ; qu'il suit de là que M. B. n'est pas fondé à se prévaloir de ce que la date de clôture de l'instruction ne lui ait pas été notifiée conformément aux dispositions du code de justice administrative pour demander l'annulation de la décision attaquée de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Bretagne en date du 2 juillet 2013 ; qu'il résulte en outre des mentions de la décision attaquée que le mémoire qu'il a produit le 6 juin 2013 a été pris en compte par les premiers juges avant de rendre leur décision ; qu'ainsi la circonstance invoquée n'affecte pas le respect du caractère contradictoire de la procédure à son égard et ne méconnait pas l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Sur la plainte déposée par M. D. devant le conseil départemental de l'ordre à l'encontre de M. B.

2- Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'examen des pièces du dossier que M. D. et M. B. ont signé le 2 janvier 1999 un contrat d'exercice en commun de leur activité de masseurs-kinésithérapeutes ; que l'article 14 de ce document stipule que *« (...) le confrère qui, par le libre exercice de son droit de dénonciation ou par l'effet d'une mesure pénale ou administrative ou encore par suite d'une suspension d'activité à caractère médical prolongée, aura quitté l'association, ne pourra exercer la profession à titre libéral pendant les deux années suivantes dans un rayon de vingt kilomètres autour d'(...) (...) »* ; que selon l'article 16 de ce même contrat : *« En cas de difficultés soulevées soit par l'exercice ou l'interruption du présent contrat, soit pour la liquidation de l'association, les parties s'engagent préalablement à toute action contentieuse, à soumettre leur différent à deux membres du conseil d'administration du Syndicat Départemental du S.N.K.G ou de la F.F.M.K.R (...) »* ;

3- Considérant, d'une part, que si l'article 16 du contrat d'exercice en commun subordonne la saisine du juge à la mise en œuvre préalable d'une procédure de règlement des différends contractuels, cette obligation ne concerne selon les termes mêmes de cette stipulation que l'application du contrat en cours d'exécution ou les modalités de sa liquidation ; qu'un litige portant sur l'installation d'un professionnel ultérieurement à la

dissolution de l'association n'entre ainsi pas dans le cadre de ce dispositif ; que dès lors l'exception d'irrecevabilité soulevée par M. B. ne peut qu'être écartée ;

4- Considérant, d'autre part, que si le contrat d'exercice en commun liant les professionnels en cause a été rompu par lettre du 16 juillet 2011 de M. B. acceptée par lettre du 22 juillet 2011 de M. D., cette résiliation ne rendait pas sans effet la clause de non concurrence précitée ; qu'il suit de là que l'installation de M. B. dans une commune située à moins de vingt kilomètres du lieu d'exercice en commun constituait une violation des engagements contractuels constitutive d'un manquement à la confraternité ; que c'est donc à bon droit que les premiers juges ont retenu ce premier grief ;

5- Considérant, en second lieu, que s'il ne peut être fait grief à un masseur-kinésithérapeute de pratiquer à titre commercial une activité distincte de sa pratique paramédicale, c'est à la condition d'une part que cette activité n'empiète pas sur l'exercice de la profession paramédicale, et notamment qu'elle s'exerce dans des locaux distincts, d'autre part, qu'elle ne soit pas susceptible de créer une confusion entre les deux activités ; que, dans les circonstances de l'espèce, s'il peut être admis que l'exploitation d'une piscine dans un bâtiment attenant au cabinet paramédical mais comportant une entrée autonome ne méconnait pas la première de ces conditions, il résulte de l'instruction que l'indication commune sous la forme d'un « totem » du cabinet paramédical et de la piscine est de nature à créer un risque de confusion entre les deux activités ; qu'en particulier, ainsi que l'ont relevé les premiers juges, cette présentation a pour effet que la publicité pour l'activité commerciale bénéficie indirectement à l'activité paramédicale ; que, dans ces conditions, M. D. est fondé à soutenir que M. B. a méconnu les dispositions de l'article R. 4321-67 du code de la santé publique qui prohibent tout procédé de publicité directe ou indirecte de l'activité de masso-kinésithérapie ;

6- Considérant que les faits ainsi relevés sont constitutifs de manquements aux obligations déontologiques applicables aux masseurs-kinésithérapeutes ; que les premiers juges n'ont pas fait une inexacte appréciation de la faute commise en infligeant à M. B. la sanction du blâme ; qu'il suit de là que l'appel de ce dernier doit être rejeté ;

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

7- Considérant qu'aux termes de l'article 75-1 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 applicable en l'espèce faute, 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 condamner 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 (...) ;*

8- Considérant que ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de M. D. qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; que dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de M. B. la somme que M. D. demande au même titre ;

DECIDE

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

Article 2 :
Les conclusions de M. D. présentées au titre des dispositions de l'article 75-1 de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 sont rejetées.

Article 3 :
La présente décision sera notifiée à M. B., à M. D., au conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Finistère, au conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Brest, au directeur général de l'Agence régionale de santé de Bretagne, à la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Bretagne et au Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes.

Copie pour information en sera adressée à Me Audren et à Me Rustique.

Ainsi fait et délibéré par M. BARDOU, Conseiller d'Etat honoraire, Président et MM. DUBUS, GACHET, LEVEQUE, PIRES, RUSTICONI, 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.