ORDRE NATIONAL DES MASSEURS-KINESITHERAPEUTES

CHAMBRE DISCIPLINAIRE NATIONALE

N°025-2015 Mme D. c. MM. R. et le Conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord

Rapporteur : M. Nuno-Mickaël PIRES

Audience publique du 14 octobre 2016

Décision rendue publique par affichage le 29 novembre 2016

Procédure contentieuse antérieure :

M. R. , masseur-kinésithérapeute, exerçant, à l'époque des faits, au (…), a porté plainte le 21 décembre 2010, contre Mme D. , devant le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord. Cette plainte a été transmise en s'y associant par le conseil départemental le 15 avril 2014 à la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord-Pas-de-Calais en même temps qu'une autre plainte, dirigée contre la même professionnelle mais ayant un objet différent, présentée le 25 février 2014, par M. R. , masseur-kinésithérapeute, exerçant au (…), celui-ci ayant racheté les parts sociales du cabinet après le départ en retraite de son père ;

Par une décision n° 2014-005 et 2014-006 du 19 mai 2015, la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord-Pas-de Calais a infligé à Mme D. la sanction de l'interdiction d'exercer la profession de masseur-kinésithérapeute pendant une durée de neuf mois et l'a condamnée à verser à M. R. la somme de 1500 euros chacun au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

Procédure devant la chambre disciplinaire nationale :

Par une requête enregistrée le 19 juin 2015 au greffe de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, Mme D. , masseur-kinésithérapeute, exerçant (…), représentée par Me Marc Desurmont, demande à la chambre disciplinaire nationale :

1°) d'annuler la décision du 19 mai 2015 de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord-Pas-de-Calais ;

2°) de rejeter les plaintes présentées par M. R. à son encontre ;

Elle soutient que :

- M. R. a reconnu avoir apposé une fausse date sur son contrat d'engagement et ne justifie pas lui en avoir remis un exemplaire ;
- elle dément avoir porté des accusations calomnieuses à l'occasion de l'instance ordinale ;
- elle ignorait l'existence d'une clause lui interdisant de s'installer dans un périmètre de sept kilomètres ;
- les patients qui l'ont suivie constituaient la patientèle personnelle qu'elle s'était

progressivement créée et elle s'est abstenue de tout détournement de patientèle, le témoignage de Mme S. procédant d'une confusion ;
- M. R. n'établit pas une perte de chiffre d'affaires ;

Par un mémoire enregistré le 11 septembre 2015, M. R., masseurs-kinésithérapeutes, représentés par Me Robert Lepoutre concluent au rejet de la requête et à la confirmation de la décision attaquée. Ils demandent en outre à ce que soit mise à la charge de Mme D. une somme de 3000 euros au titre des frais exposés à l'occasion de la procédure d'appel et non compris dans les dépens.

Ils font valoir que :

- les plaintes déposées les 25 février 2014 par M. R.et par M. R. à la suite du jugement du tribunal de grande instance de Lille ont un objet différent de celles qu'ils avaient respectivement déposé les 23 août 2011 et 21 décembre 2010, ce qui en assure la recevabilité ;
- ainsi que l'ont jugé les premiers juges le délai de six mois à compter de la saisine de la juridiction imparti aux premiers juges par l'article L. 4124-1 du code de la santé publique n'est pas prévu à peine de nullité de la plainte, ce qu'il y aura lieu de confirmer ;
- les propos calomnieux proférés par Mme D. dépassent la sphère de la procédure juridictionnelle puisqu'ils ont eu des effets sur la réputation de M. R. et sur la fréquentation de son cabinet ;
- Mme D. ne pouvait ignorer dans ses relations avec M. R. l'existence d'une clause de non concurrence dont le tribunal de grande instance de Lille a reconnu la validité
- le détournement de patientèle réalisé par Mme D. est établi par l'installation de son cabinet à proximité immédiate de celui de M. R. , par une tentative d'intrusion le 17 mars 2011 sur son précédent lieu d'exercice, par le caractère erroné des informations données à ses patients, ainsi qu'en atteste le témoignage d'une patiente produit à l'instance et par le fait que le cabinet de M. R. a connu une importante baisse du chiffre d'affaires à la suite du départ de Mme D. , celle-ci soignant à ce jour 47 patients qui ont fait partie de la clientèle du cabinet R. ;
- ce détournement de clientèle a un caractère prémédité et intentionnel ce qui caractérise un manquement à la probité contraire à l'article R. 4321-54 ;
- le non respect par Mme D. des règles relatives aux rétrocessions d'honoraires tel que relevé par le jugement du tribunal de grande instance de Lille constitue lui-même un manquement au devoir de probité, les sommes dues n'ayant d'ailleurs été réglées qu'après sommation de payer ;
- l'attitude de Mme D. tout au long de la procédure tant judiciaire qu'ordinale se caractérise par une volonté dilatoire dans le but que les décisions ne soient prononcées qu'après l'expiration de la période de non concurrence ;

Par un mémoire enregistré le 30 septembre 2016, Mme D. , représentée par Me Valérie Schmierer-Lebrun conclut dans le même sens que sa requête à l'annulation de la décision attaquée et au rejet des plaintes présentées à son encontre ou, à titre subsidiaire, à la diminution de la sanction infligée par les premiers juges, laquelle a un caractère disproportionné.

Elle soutient en outre que :

- il y a lieu de donner acte de ce que la plainte déposée le 23 août 2011 par M. R. ayant fait l'objet d'une conciliation est irrecevable ;
- elle déclare abandonner le moyen tiré de la caducité de la procédure en raison de l'inobservation du délai prévu à l'article L. 4124-1 du code de la santé publique ;

- c'est à tort que les premiers juges ont retenu comme diffamatoires et méconnaissant le devoir de confraternité mentionné à l'article R. 4321-99 du code de la santé publique des propos tenus à l'audience par le conseil de Mme D. , la notion de délit d'audience étant contraire aux principes généraux du droit et ces propos étant en outre prêtés à un tiers ;
- contrairement à ce qui a été jugé en première instance il n'est démontré aucune tentative de détournement de clientèle, le tribunal de grande instance de Lille ayant jugé que M. R. n'apportait pas la preuve que les patients qui ont suivi Mme D. , qui avait pu se constituer une clientèle personnelle, étaient des patients de M. R. ;
- l'existence d'arriérés de rétrocessions portant sur les années 2010 et 2011, d'ailleurs demandés pour la première fois dans le cadre de l'instance judiciaire ne saurait à elle seule justifier la qualification de non respect des principes de moralité et de probité mentionnés à l'article R. 4321-54 du code de la santé publique, ces sommes ayant en outre été réglées dès l'intervention du jugement du tribunal de grande instance ;

Par un mémoire enregistré le 10 octobre 2016, M. R. , représentés par Me Robert Lepoutre concluent au rejet de la requête et à la confirmation de la décision attaquée par les mêmes moyens et arguments que leur précédent mémoire.

Ils soutiennent en outre que :

- Mme D. ne tenait pas de son contrat d'assistant collaborateur la possibilité de développer une clientèle personnelle ;
- la question des rétrocessions n'est apparue que dans le cadre de l'instance judiciaire ;

Par un mémoire enregistré le 11 octobre 2016 présenté par le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord, représenté par Me Christian Delbe, parvenu au-delà de la date de clôture d'instruction fixée à l'article R. 613-2 du code de justice administrative ; date dont les parties ont été dûment informées ;

Vu les autres pièces du dossier ;

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 14 octobre 2016 :

- M. Pires en son rapport ;

- Les observations de Me Schmierer-Lebrun pour Mme D. et celle-ci en ses explications ;

- Les observations de Me Lepoutre pour M. R. et ceux-ci en leurs explications ;

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

Mme D. ayant été invitée à reprendre la parole en dernier ;

Après en avoir délibéré,

1- Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que Mme D. , masseur- kinésithérapeute, exerçait en qualité d'assistante collaboratrice depuis le 1er juillet 1997 au sein du cabinet de M. R. situé à (...) ; qu'au mois de décembre 2010 elle a décidé, à l'issue d'un congé de maternité, de s'installer à son compte personnel ; qu'elle a, à cette fin acquis un local situé à faible distance de son précédent lieu d'exercice ; que le 21 décembre 2010, M. R. a déposé plainte contre Mme D. devant le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord en arguant de la violation par cette dernière de la clause de non réinstallation « *pendant une durée de trois ans après la fin du contrat sur un rayon de 7 kilomètres* » figurant dans le contrat d'assistant collaborateur signé en mars 2003 pour remplacer un précédent contrat en date du 1er juillet 1997 ; qu'une réunion de conciliation organisée le 16 mars 2011 n'a pas permis de parvenir à un accord ; que, toutefois, le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord n'a pas cru, à cette date, devoir saisir la juridiction disciplinaire en raison d'assignations portées par Mme D. devant le tribunal de grande instance de Lille pour contester la validité du contrat invoqué et par M. R. pour obtenir le paiement de rétrocessions demeurées impayées ; que, par un jugement du 12 septembre 2013, le tribunal a jugé applicable la clause de non concurrence prévue au contrat de 2003 et a condamné à ce titre Mme D. à verser la somme de 8000 euros pour implantation fautive de son cabinet à proximité de celui de son confrère ainsi qu'un montant de 7888,61 euros au titre des rétrocessions non payées ; qu'à l'issue de cette procédure M. R. a demandé le 25 février 2014 au conseil de l'ordre de donner suite à sa plainte non conciliée déposée le 21 décembre 2010 ; qu'à la suite de plusieurs concertations infructueuses, le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes a alors saisi le 15 avril 2014 la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord-Pas-de-Calais de la plainte de M. R. en s'y associant ; que, parallèlement à cette procédure, M. R. ayant racheté les parts sociales du cabinet le 27 décembre 2010 à la suite du départ en retraite de son père, M. R. , a lui-même formé le 25 février 2014, une plainte contre Mme D. pour détournement de clientèle, une précédente plainte en date du 23 août 2011 pour des faits différents ayant été conciliée ; que le conseil départemental de l'ordre a également porté devant la juridiction la plainte du 25 février 2014 de M. R. en s'y associant ;

2- Considérant que Mme D. fait appel devant la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de la décision du 19 mai 2015 par laquelle la chambre disciplinaire de première instance, après avoir joint les deux saisines, lui a infligé la sanction de l'interdiction temporaire d'exercer la profession de masseur-kinésithérapeute pour une durée de neuf mois et a mis à sa charge le versement à M. R. d'une somme de 1500 euros chacun au titre des frais irrépétibles ;

3- Considérant que les juridictions disciplinaires qui connaissent de l'ensemble du comportement professionnel d'un masseur-kinésithérapeute ne sont pas tenues de limiter leur examen aux seuls faits dénoncés par une plainte déterminée et peuvent user de la faculté, lorsqu'elles sont saisies de plusieurs plaintes dirigées contre un même membre de l'ordre, de joindre les affaires dont elles se trouvent ainsi saisies et de statuer par une même décision ; que toutefois cette jonction n'a pas pour effet de provoquer la fusion des instances ; qu'ainsi les plaintes présentées devant le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord le 21 décembre 2010, par M. R. et le 23 août 2011 par M. R. à l'encontre de Mme D. doivent être examinées distinctement, la jonction ne pouvant avoir d'influence sur le sens des décisions à prendre sur chacun des recours ;

<u>En ce qui concerne la plainte présentée le 23 août 2011 par M. R.</u>

4- Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, notamment du procès-verbal de conciliation établi le 12 septembre 2011 par la commission de conciliation du conseil départemental

de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord, qu'un accord non conditionnel est intervenu entre Mme D. et M. R. s'agissant de faits présumés d'intrusion dans le cabinet et d'utilisation sans autorisation du matériel informatique figurant dans la plainte présentée le 23 août 2011 par ce dernier ; que, dans ces conditions il n'y a pas lieu de statuer sur cette plainte ;

En ce qui concerne la plainte présentée le 21 décembre 2010 par M. R.

Sur la recevabilité de la plainte

5- Considérant que si l'article L. 4123-2 du code de la santé publique impartit un délai de trois mois au conseil départemental de l'ordre pour transmettre une plainte à la juridiction disciplinaire, cette disposition a pour seul effet de permettre au plaignant de saisir le président du conseil national, et non de rendre irrecevable une plainte transmise par le conseil départemental au-delà de ce délai ; que, dans ces conditions, la circonstance que le conseil départemental du Nord n'a transmis la plainte présentée par M. R. que plusieurs années après son dépôt n'a pas eu pour effet de rendre cette plainte irrecevable ; que l'exception d'irrecevabilité soulevée en ce sens par Mme D. doit être écartée ;

Sur les griefs de la plainte

6- Considérant en premier lieu que si M. R. reproche à Mme D. ou à son conseil d'avoir tenu dans les mémoires et au cours de l'audience publique des propos qu'il estime injurieux et diffamatoires, le libre exercice du droit d'agir et de se défendre en justice fait obstacle à ce qu'un justiciable puisse faire l'objet, au titre de propos tenus ou d'écrits produits par lui dans le cadre d'une instance juridictionnelle de poursuites disciplinaires fondées sur le caractère diffamatoire allégué de ces propos ou écrits ; que ce moyen ne peut, en tout état de cause, qu'être écarté ;

7- Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 3 du contrat d'assistant collaborateur, signé en mars 2003 pour remplacer un précédent contrat en date du 1er juillet 1997, liant Mme D. au cabinet de M. R. , et dont la rédaction s'impose aux parties en application du jugement du 12 septembre 2013 du tribunal de grande instance de Lille saisi en qualité de juge du contrat : « *Lorsque Mme D. cessera son activité avec M. R. , elle s'interdira d'exercer sa profession pour son propre compte ou pour le compte d'autrui pendant une durée de 3 années après la fin du contrat sur un rayon de 7 kms* » ; que cette obligation était applicable pendant trois ans à Mme D. à compter du 17 mars 2011, date de la rupture de son contrat ; qu'il est constant qu'en s'installant à compter de cette date dans un cabinet situé à 800 mètres du lieu d'exercice de M. R., Mme D. a méconnu ses obligations déontologiques liées au respect de son contrat d'assistant collaborateur ; qu'il y a lieu par suite de relever comme fautif son comportement ainsi que l'ont décidé les premiers juges ;

8- Considérant, en troisième lieu, que si Mme D. a fait l'objet par le jugement précité du tribunal de grande instance de Lille d'une condamnation à verser la somme de 7888,61 euros à M. R. au titre des rétrocessions d'honoraires inexactement déclarées pour les années 2006 à 2010 ; cette circonstance dont les pièces du dossier n'établissent pas qu'elle a revêtu un caractère intentionnel de la part de Mme D. ne caractérise pas à elle seule un manquement déontologique dont la responsabilité incomberait à cette dernière ; qu'ainsi le grief de manquement au devoir de probité doit être écarté ;

En ce qui concerne la plainte présentée le 25 février 2014 par M. R.

9- Considérant que la plainte présentée par M. R. le 25 février 2014 est fondée sur l'existence de la part de Mme D. d'une volonté de détourner la patientèle du cabinet R. ,

détournement attesté par la baisse du chiffre d'affaires de ce cabinet consécutive au départ de Mme D. et à son remplacement par une autre professionnelle ; que, si, par le jugement précité en date du 12 septembre 2013, le tribunal de grande instance de Lille a écarté les conclusions d'indemnisation présentées par M. R. au titre du détournement de clientèle, il résulte de l'instruction qu'en installant son cabinet à proximité immédiate de son précédent lieu d'exercice - installation fautive pour laquelle M. R. a reçu une indemnisation de 8000 euros en application de la décision judiciaire précitée -, fût-ce par ignorance de la clause de non concurrence et en prenant contact avec la société gestionnaire du fichier des patients du cabinet R. afin d'en obtenir les coordonnées, Mme D. a créé les conditions d'un tel détournement ; que cette conduite doit être considérée comme fautive ;

10- Considérant que la chambre disciplinaire de première instance a retenu la sanction de l'interdiction temporaire d'exercer de neuf mois sans sursis ; que si les faits relevés à l'encontre de Mme D. doivent être sanctionnés, la sanction prononcée par la chambre disciplinaire de première instance apparaît excessive au regard de la gravité des faits en cause ; qu'il convient d'y substituer la sanction d'interdiction d'exercer de six mois assortie du sursis de quatre mois ; que l'exécution de cette sanction pour la partie non assortie du sursis prononcée à l'encontre de Mme D. prendra effet le 1er mars 2017 à 0 heure et cessera de porter effet le 30 avril 2017 à minuit ; que la décision de la chambre disciplinaire de première instance du Nord-Pas-de-Calais en date du 19 mai 2015 est réformée en ce qu'elle a de contraire à la présente décision ;

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

11- 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 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 » ;*

12- Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de Mme D. la somme que demande M. R. au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er :
Il est prononcé à l'encontre de Mme D. la sanction de l'interdiction d'exercer la masso-kinésithérapie pendant une durée de six mois dont quatre mois avec sursis.

Article 2 :
L'exécution de cette sanction pour la partie non assortie du sursis prononcée à l'encontre de Mme D. prendra effet le 1er mars 2017 à 0 heure et cessera de porter effet le 30 avril 2017 à minuit

Article 3 :
La décision n°2014-005 et 2014-006 de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord-Pas-de-Calais en date du 19 mai 2015 est réformée en ce qu'elle a de contraire à la présente décision.

Article 4 :
Les conclusions de M. R. tendant à l'application des dispositions de l'article 75-1 de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 sont rejetées.

Article 5 :
La présente décision sera notifiée à Mme D. , à M.. R., à M. R. , au conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord, au conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, au directeur général de l'Agence régionale de santé des Hauts-de-France, à la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Nord-Pas-de-Calais, au procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Lille, et au ministre des affaires sociales et de la santé.

Copie pour information en sera délivrée à Me Schmierer-Lebrun, à Me Lepoutre et à Me Delbe.

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