ORDRE NATIONAL DES MASSEURS-KINESITHERAPEUTES

CHAMBRE DISCIPLINAIRE NATIONALE

N°008-2016 Mme E. c. M. H.

Rapporteur : M. Nuno-Mickaël PIRES

Audience publique du 19 janvier 2017

Décision rendue publique par affichage le 3 mars 2017

Procédure contentieuse antérieure :

Mme E., masseur-kinésithérapeute, a porté plainte contre M. H. devant le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Pyrénées-Atlantiques. Après échec de la procédure de conciliation le conseil départemental a transmis cette plainte à la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Aquitaine sans s'y associer.

Par une décision n° CD 2015-11 du 16 février 2016, la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Aquitaine a rejeté la plainte de Mme E..

Procédure devant la chambre disciplinaire nationale :

Par une requête enregistrée au greffe de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes le 16 mars 2016, Mme E., exerçant (…), représentée par Me Sacha Zeidenberg de la Selarl Jurisconsultant, demande à la chambre disciplinaire nationale :

1°) de réformer la décision en date du 16 février 2016 de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Aquitaine ;

2°) de prononcer une sanction à l'encontre de M. H. ;

3°) de condamner celui-ci au versement d'une somme de 135 275 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice économique qu'elle a subi ;

Elle soutient que :

- en s'installant à (…), à moins de 17 kilomètres de (…), M. H., son ancien assistant, n'a pas respecté la clause de non-concurrence stipulée dans son contrat ;
- celui-ci n'a pas respecté l'échéance qu'il avait fixé pour son départ, initialement prévu au 20 janvier 2012, en restant dans ses locaux jusqu'au 31 janvier de la même année et s'est par la suite installé à l'intérieur du périmètre, délimité par un rayon de 17 kilomètres pendant la durée de 2 ans prévue après la fin du contrat d'assistant ce qui constitue une infraction à l'article 3 de ce dernier ;
- le contrat prévoyait que dans cette hypothèse M. H. devait verser une indemnité équivalant à une année de chiffre d'affaires ;
- elle a attendu, pour saisir la juridiction disciplinaire, que la procédure lancée à son encontre, par M. H., pour harcèlement moral soit rejetée, expliquant en cela le délai de trois ans entre les faits et la saisine ;

- M. H. dans la période de six mois entre le 1er février et le 13 juillet 2012 a signé un contrat d'une durée d'un mois et demi seulement ce qui laisse à penser qu'il a continué à exercer sans s'installer dans un cabinet ;
- durant cette même période il a utilisé des feuilles de soins comportant l'adresse du cabinet de Mme E. ;
- la chambre disciplinaire de première instance d'Aquitaine a mal interprété l'article 3 du contrat qui stipulait l'interdiction d'exercer dans ladite zone de non-concurrence et incluait en cela les patients à domicile ;
- M. H. exerce depuis le 13 juillet 2012 à (…) à une distance de 16.7 kilomètres à vol d'oiseau en violation de la clause de non-concurrence qui stipulait un rayon de 17 kilomètres ;
- le détournement de clientèle est à l'origine de la baisse du chiffre d'affaires de son cabinet entre 2011 et 2012 ;

Vu la décision attaquée ;

Par un mémoire en défense enregistré le 22 juin 2016, M. H., masseur-kinésithérapeute, exerçant (…), représenté par Me Alain Astabie de la SCP Astabie-Basterreix, conclut au rejet de la requête.

Il fait valoir que :
- la plaignante n'apporte pas la preuve des griefs énoncés contre lui ;
- la courte survivance du contrat de collaboration entre le 20 janvier et le 31 janvier 2012 est bien le fait d'un accord entre les parties ;
- Mme E. n'a jamais exposé son désaccord et l'acte notifié par huissier ne constitue pas une preuve de dénonciation de cette période mais exprime une mise en garde et un rappel stipulant qu'elle *« se réserve le droit de faire application de la clause de non-concurrence »*, cela au regard du fait que M. H. n'a pas voulu racheter sa clientèle ;
- à la suite de son refus de rachat, Mme E. est devenue de plus en plus agressive, le conduisant à porter plainte devant les instances ordinales ;
- durant la période comprise entre le 1er février et le 13 juillet 2012, il lui est effectivement arrivé de soigner occasionnellement des patients à domicile dans la zone décrite dans l'article 3 du contrat mais qu'il ne s'agit que de 10 patients et que seulement 5 ont été patients du cabinet de Mme E. et ne voulaient pas être soignés par elle ;
- cela ne saurait en rien enfreindre la clause de non-concurrence du fait qu'il n'a pas démarché, proposé ses services ni créé de confusion entre leurs cabinets respectifs;
- il n'a pas dénigré sa consœur et seulement respecté le libre choix du praticien par des patients lourdement handicapés en tenant compte de leur situation de détresse, ce libre choix ne pouvant être supplanté par une quelconque disposition contractuelle comme l'a jugé la chambre disciplinaire de première instance ;
- il y a lieu d'apprécier la distance en zone montagneuse par voie routière et non à vol d'oiseau selon les articles 1134, 1156 et 1162 du code civil et que par conséquent la distance porte à porte entre les deux cabinets est de 19 kilomètres respectant en cela la clause de non concurrence ;
- Mme E. se borne à laisser présumer un détournement de clientèle sans jamais apporter un commencement de preuve ;
- son installation à (…) l'ayant amené à s'adjoindre une assistante a été favorisée par des facteurs qui n'ont rien à voir avec Mme E. et sa clientèle ;

Par un mémoire enregistré le 10 août 2016, Mme E., représentée par Me Nadia Labazee de

la Selarl Jurisconsultant conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens.

Elle fait valoir en outre que :

- les patients qui ont continué à être traités par M. H., n'ont pas pu le faire sans un acte positif de sa part ;
- les dispositions du code du travail évoquées par M. H. ne s'appliquent pas au litige de la cause, les relations contractuelles entre les parties étant régies par les seuls articles du code civil, du code de la santé publique et par les règles régissant la profession de masseur-kinésithérapeute ;
- l'arrêt de la Cour d'appel, produit pour justifier le mode de calcul à vol d'oiseau entre les deux cabinets n'est pas contredit par la production d'un arrêt contraire de la Cour de cassation ou d'une autre Cour ;

Par un mémoire enregistré le 9 janvier 2017, Mme E., représentée par Me Nadia Labazee de la Selarl Jurisconsultant conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens.

Elle fait valoir en outre que :

- le contrat de collaboration prévoit une interdiction de concurrence dans un rayon de 17 kilomètres aux alentours du cabinet de Mme E. ; que le terme de « rayon » ne correspond pas à celui de distance « par la route » ; que le conseil de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes précise sur son site que si la clause de non concurrence *« n'apporte pas de précision spécifique, la distance s'entend comme un rayon »* ; que la distance à utiliser est donc celle du *« vol d'oiseau »* et non celle du trajet routier ;
- des relevés effectués par un géomètre-expert indique que la distance entre les deux cabinets est de 16,7 kilomètres ;

Par un mémoire enregistré le 16 janvier 2017 M. H., représenté par Me Astabie, conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens que son précédent mémoire ;

Vu enregistrée le 19 janvier 2017 la note en délibéré présentée par Me Astabie, pour M. H. ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de la santé publique ;

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 19 janvier 2017 :

- M. Pires en son rapport ;

- Les explications de Mme E. ;

- Les observations de Me Hussenot Desenorges pour M. H. et celui-ci en ses explications ;

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

M. H. ayant été invité à reprendre la parole en dernier ;

Après en avoir délibéré,

1- Considérant qu'aux termes de l'article 3 du contrat d'assistant-collaborateur conclu le 1er avril 2011 entre M. H. et Mme E. titulaire d'un cabinet de masso-kinésithérapie à (…) (Pyrénées-Atlantiques) : « *Lorsque M. H. cessera son activité avec Mme* E. *il s'interdira d'exercer sa profession pour son propre compte ou pour le compte d'autrui pendant une durée de deux années après la fin du contrat sur un rayon de 17 kilomètres*» ; qu'à l'appui de sa plainte devant le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Pyrénées-Atlantiques, Mme E. fait valoir qu'à la suite de sa démission, à compter du 20 janvier 2012, M. H. a continué selon différentes modalités à exercer sa profession pour son propre compte à l'intérieur du périmètre défini par le rayon de 17 kilomètres ; qu'elle interjette appel de la décision du 16 février 2016 par laquelle la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes d'Aquitaine a rejeté la plainte transmise par le conseil départemental de l'ordre sans s'y associer ;

2- Considérant qu'aux termes 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 »* ;

3- Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est pas contesté par l'intéressé que M. H. a, à compter du 21 janvier 2012, date de sa démission, prodigué des soins à d'anciens patients du cabinet, soit au sein même du cabinet de Mme E., du 21 janvier au 31 janvier 2012, soit à partir du 29 mars 2012 auprès d'une clientèle privée pendant une brève période et pour quelques patients ; que, ce faisant, le professionnel en cause a méconnu ses engagements contractuels et manqué à son devoir de confraternité ; qu'il y a lieu de retenir cette pratique comme fautive ; qu'en revanche l'ouverture par M. H. d'un cabinet sur la commune (…) située selon Mme E. à 16,7 kilomètres à vol d'oiseau de (…) ne saurait, eu égard au faible écart de distance avec la norme posée par le contrat, être retenue, dans les circonstances de l'espèce, comme constitutive d'une concurrence déloyale ; qu'ainsi les griefs de manquement au devoir de confraternité ne peuvent être retenus que pour la période du 21 janvier 2012 au 13 juillet 2012 ; que le détournement de patientèle au regard de la baisse du chiffre d'affaires, du cabinet de Mme E., n'est pas établi ;

4- Considérant qu'il sera fait une juste appréciation de la gravité de la faute commise en condamnant M. H. à la sanction de l'avertissement ;

<u>Sur les conclusions de Mme E. tendant à la condamnation de M. H. au paiement de dommages et intérêts</u>

5- Considérant qu'au nombre des sanctions qui peuvent être infligées par les chambres disciplinaires, en vertu de l'article L. 4124-6 du code de la santé publique, ne figurent pas de condamnations pécuniaires telles que celles sollicitées par Mme E. ; que, par suite, et en tout état de cause, les conclusions de la requérante tendant à la condamnation de M. H. à lui verser la somme de 135 275 euros correspondant à son chiffre d'affaires de l'année 2012 ne peuvent qu'être rejetées ;

DECIDE :

Article 1er :
Il est prononcé à l'encontre de M. H. la sanction de l'avertissement.

Article 2 :
La décision n° CD 2015-11 du 16 février 2016 de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Aquitaine est réformée en ce qu'elle a de contraire à la présente décision.

Article 3 :
Les conclusions tendant au versement de dommages et intérêts présentées par Mme E. sont rejetées.

Article 4 :
La présente décision sera notifiée à Mme E., à M. H., au conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Pyrénées-Atlantiques, au conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, au directeur général de l'Agence régionale de santé de la Nouvelle Aquitaine, à la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes d'Aquitaine, au procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Bayonne, et au ministre des affaires sociales et de la santé.

Copie pour information en sera délivrée à Me Astabie et à Me Labazee.

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