CHAMBRE DISCIPLINAIRE DE PREMIERE INSTANCE
DE L'ORDRE DES MASSEURS KINESITHERAPEUTES D'ILE-DE-FRANCE

5, rue Francis de Pressensé - 93210 LA PLAINE-SAINT-DENIS

République Française
Au nom du peuple français

Affaire n°19/025
Procédure disciplinaire

Madame L.
Représentée par Maître Benjamin VILTART
Contre
Madame H.
Représentée par Maître Denis Latrémouille

Audience du 17 décembre 2020

Décision rendue publique par affichage le 19 février 2021

LA CHAMBRE DISCIPLINAIRE DE PREMIERE INSTANCE

Vu la plainte, enregistrée au greffe de la Chambre disciplinaire de première instance d'Ile de France le 28 mai 2019, déposée par Mme L., masseur-kinésithérapeute, inscrit au tableau de l'Ordre sous le n° (…), exerçant (…), représentée par Maître Viltart, avocat au barreau de Paris, exerçant 35, boulevard Malesherbes à Paris (75008), transmise sans s'y associer par le Conseil départemental de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Seine-Saint-Denis sis 11, allée de Bragance à Les Pavillons-sous-Bois (93320) à l'encontre de Mme H., masseur-kinésithérapeute, inscrit au tableau de l'Ordre sous le n° (…), exerçant (…), représentée par Maître Latrémouille, avocat au barreau de Paris, exerçant 4, avenue Sully Prudhomme à Paris (75007) et tendant à ce que soit infligé à cette dernière une sanction disciplinaire sans en préciser la nature ni le quantum ainsi qu'à sa condamnation à lui verser la somme de 2.500€ en application des dispositions de l'article 75 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique ;

Mme L. soutient que son contrat d'assistant-libéral, conclu le 28 août 2018 avec Mme H., prévoit qu'elle exercera son activité professionnelle au sein du cabinet de Mme H. mais qu'en pratique, elle a été amenée à exercer au sein de l'EHPAD (…) alors que la convention liant Mme H. à cet EHPAD était résiliée depuis le 19 novembre 2017 en violation des articles R. 4321-54 et R. 4321-99 du code de la santé publique relatifs aux principes de probité et de responsabilité et à la confraternité ; que Mme H. a rédigé des ordonnances pour des actes de kinésithérapie en méconnaissance des dispositions des articles R. 4321-54 et R. 4321-77 du code de la santé publique relatifs aux principes de probité et de responsabilité et à la fraude ; que Mme H. faisait travailler de nombreux assistants dans différents établissements en violation des dispositions de l'article R. 4321-67 du code de la santé publique relatif à l'interdiction de l'exercice de la masso-kinésithérapie comme un commerce ; que Mme H. faisait exploiter la patientèle de l'EHPAD (…) par les assistants-libéraux en dehors de sa présence régulière tout en demandant à percevoir une rétrocession en méconnaissance des dispositions de l'article R. 4321-129 du code de la santé publique relatif à la gérance ; que la clause de non-concurrence figurant dans leur contrat d'assistant-libéral est abusive puisqu'elle s'applique sur une durée de quatre ans et sur un rayon de 1 km autour du cabinet de Mme H. et autour de chaque domicile de tous les patients sans prévoir aucune

contrepartie à son application ; qu'en outre, Mme H. entend lui imposer une obligation contractuelle consistant à ne pas exercer son activité professionnelle au sein de l'EHPAD (…) alors que son lieu d'exercice contractuel se situe au cabinet de Mme H. en violation des dispositions des articles R. 4321-54 et R. 4321-99 du code de la santé publique relatifs aux principes de probité et à la confraternité ;

Vu le procès-verbal de non-conciliation du 29 mars 2019 ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 3 février 2020, présenté par Maître Latrémouille pour Mme H. et tendant au rejet de la plainte de Mme L. ainsi qu'à sa condamnation à lui verser la somme de 2.500€ en application des dispositions de l'article 75 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique ;

Mme H. fait valoir, sur le lieu d'exercice professionnel et la résiliation de la convention avec l'EHPAD, que si l'adresse de son cabinet demeure son lieu habituel d'exercice, cela ne faisait nullement obstacle à son intervention et à celle de Mme L. auprès des résident de l'EHPAD (…) dès lors qu'il s'apparente au domicile de ses patients ; qu'en effet, leur contrat d'assistant-libéral prévoit expressément aux articles 1 et 3 l'exercice de la masso-kinésithérapie auprès de Mme H. et de sa patientèle, en ce compris les patients à domicile ; qu'elle a également modifié le modèle de contrat-type proposé par l'Ordre afin d'y faire figurer le terme de « résidents » ; que Mme L. n'ignorait pas qu'elle allait apporter son concours auprès de la patientèle de l'EHPAD (…) ainsi qu'en attestent les échanges de correspondances précédant la conclusion de leur contrat ; que Mme L. reconnaît qu'elle n'a jamais procédé au versement de la rétrocession prévue par leur contrat au prétexte qu'elle juge cette redevance illégitime en violation des obligations contractuelles qui sont pourtant les siennes ; sur la rédaction litigieuse d'ordonnances, qu'elle conteste avoir pré-rempli, sans les signer, des ordonnances de renouvellement ; sur la pratique de la masso-kinésithérapie comme un commerce et sur la gérance illicite, que Mme L. ne fournit aucune preuve de ce qu'elle allègue lorsqu'elle affirme qu'elle pratiquerait la masso-kinésithérapie comme un commerce en faisant travailler de nombreux assistants dans différents établissements ; que Mme L. ne saurait lui reprocher d'exploiter la patientèle de l'EHPAD en dehors de sa présence puisqu'elle assurait et continue d'assurer, elle-même et de manière régulière, les soins de la masso-kinésithérapie à l'EHPAD ainsi qu'en justifient les attestations établies par plusieurs patients ; sur la rupture du contrat d'assistant-libéral, que l'article 15 de leur contrat prévoit un délai de trois mois de préavis s'imposant à Mme L., sauf à justifier d'un manquement grave ; que tel n'était pas le cas, de sorte que rien ne permettait à Mme L. d'écourter sa période de préavis ; que la clause de non concurrence prévue à l'article 17 du contrat répond aux exigences de la jurisprudence selon laquelle une telle clause doit être limitée dans le temps, dans l'espace et proportionnée aux intérêts légitimes à protéger, à savoir la protection de la patientèle et qu'il n'est nullement admis que devrait figurer une contrepartie financière comme le soutient à tort la plaignante ; que l'absence de mention de l'EHPAD (…) dans le contrat en litige est indifférente dès lors que les résidents de l'EHPAD sont assimilés comme appartenant à la patientèle à domicile pour laquelle la clause de non-concurrence trouve également à s'appliquer ; que Mme L. a d'ailleurs poursuivi son exercice au sein de l'EHPAD en intervenant auprès de la patientèle de Mme H. ; qu'enfin, Mme L. a manqué au code de déontologie en n'ayant jamais procédé au versement de la rétrocession prévue au contrat, en continuant encore aujourd'hui à exercer à l'EHPAD (…), notamment auprès de sa patientèle tout en la dénigrant auprès de l'ensemble du personnel de l'EHPAD et de ses confrères y intervenant ;

Vu enregistré, le 19 juin 2020, le mémoire en réplique présenté par Maître Viltart pour Mme L. qui maintient ses conclusions précédentes et fait valoir, en outre, sur le lieu d'exercice professionnel, que Mme H. indique que leur contrat d'assistant-libéral prévoyait en ses articles 1 et 3 l'exercice de la masso-kinésithérapie auprès de Mme H. et de sa patientèle, en ce compris les patients à domicile, or, cela est inexacte, le terme « patients à domicile » étant inexistant dans ces articles ; que Mme H. croit pouvoir juger de sa bonne foi en précisant qu'elle avait jugé utile de modifier le modèle de contrat-type de l'Ordre afin d'y ajouter le terme « résidents » ; que cela témoigne, au contraire, de sa particulière mauvaise foi, puisqu'elle démontre qu'elle savait, dès l'origine, qu'elle n'exercerait pas au sein du cabinet de Mme H. mais au sein de l'EHPAD (…) ; que pour autant, Mme H. n'a pas entendu en faire mention aux termes dudit contrat ; sur la résiliation de la convention avec l'EHPAD, que l'EPHAD (…) est actuellement en litige avec Mme H. et envisageait, au mois d'avril 2019, de réaliser un signalement auprès de l'Agence Régionale de Santé ; sur la rédaction litigieuse d'ordonnances, qu'aux terme d'un courriel du 22 février 2019, Mme H. reconnaît avoir rédigé des ordonnances préremplies pour les renouvellements d'ordonnances ; sur la pratique de la masso-kinésithérapie comme un commerce et sur la gérance, que le 14 mars 2019, Mme H. avait recours aux services de 24 assistants déclarés dans son logiciel de gestion ; que Mme H. croit pouvoir soutenir que leur contrat d'assistant-libéral a été établi pour assurer la continuité des soins à sa patientèle de l'EHPAD (…) seulement en raison de son état de grossesse qui allait, par la

suite, devenir pathologique ; que toutefois, ce contrat ne mentionne aucunement cette situation au sein de l'EHPAD et, d'autre part, ce contrat a été conclu pour une durée indéterminée et non pour la période couvrant le congé maternité de Mme H. ;

Vu les autres pièces produites et jointes au dossier ;

Vu l'avis d'audience pris le 3 novembre 2020 ;

Vu la clôture de l'instruction survenue trois jours francs avant l'audience ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la loi n°91 647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique et notamment son article 75 ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 17 décembre 2020 :

- Le rapport de M. Jean Riera ;
- Les explications de Mme L. ;
- Les observations de Me Viltart pour Mme L. ;
- Les explications de Mme H. ;
- Les observations de Me Latrémouille pour Mme H. ;

La défense ayant été invitée à reprendre la parole en dernier ;

APRES EN AVOIR DELIBERE

Sur le caractère abusif de la clause de non-concurrence :

1. Considérant que si Mme L. soutient, d'une part, que la clause de non-concurrence figurant dans le contrat d'assistant-libéral conclu avec Mme H. est abusive puisqu'elle n'est assortie d'aucune contrepartie financière, d'autre part, que la clause aurait un caractère excessif et non proportionné aux intérêts à protéger, il n'appartient pas au juge disciplinaire, saisi d'un litige relatif à la faute déontologique invoquée contre un professionnel de santé pour non-respect d'une stipulation contractuelle, de se prononcer sur la validité du contrat ou sur la validité des clause qu'il contient ; que dans ces conditions, les conclusions présentées par Mme L. en ce sens doivent être écartées ;

Sur le lieu d'exercice professionnel et la résiliation de la convention avec l'EHPAD :

2. Considérant qu'aux termes de l'article R. 4321-54 du code de la santé publique : *« Le masseur-kinésithérapeute respecte, en toutes circonstances, les principes de moralité, de probité et de responsabilité indispensables à l'exercice de la masso-kinésithérapie »* et qu'aux termes de l'article R. 4321-99 du même code : « *Les masseurs-kinésithérapeutes entretiennent entre eux des rapports de bonne confraternité. Il est interdit à un masseur-kinésithérapeute d'en calomnier un autre, de médire de lui ou de se faire l'écho de propos capables de lui nuire dans l'exercice de sa profession. Il est interdit de s'attribuer abusivement, notamment dans une publication, le mérite d'une découverte scientifique ainsi que de plagier, y compris dans le cadre d'une formation initiale et continue. / Le masseur-kinésithérapeute qui a un différend avec un confrère recherche une conciliation, au besoin par l'intermédiaire du conseil départemental de l'ordre* » ;

3. Considérant que Mme L., qui a conclu, le 28 août 2018, un contrat d'assistant-libéral avec Mme H., indique que leur contrat prévoit qu'elle exercera son activité au sein du cabinet de Mme H. alors qu'en pratique, elle a été amenée à exercer son activité professionnelle au sein de l'EHPAD (…) ; que Mme L. indique que la convention qui liait Mme H. à l'EHPAD (…) avait été résiliée le 19 novembre 2017 ; qu'en conséquence, Mme H. n'était plus habilitée à intervenir au sein de l'EHPAD mais a continué de faire travailler plusieurs assistants au sein de l'établissement ; que Mme L. reconnait avoir volontairement suspendu le versement des rétrocessions d'honoraires convenus dans leur contrat en raison des manquements de Mme H. ; que toutefois, il résulte de l'instruction et de l'examen des pièces du dossier que Mme L. ne pouvait ignorer qu'elle allait apporter son concours à Mme H. auprès de sa patientèle de l'EHPAD (…) ainsi qu'en attestent les échanges de correspondances antérieurs à la conclusion du contrat d'assistant-libéral ; que Mme H. a donc bien informé Mme L., antérieurement à la conclusion de leur contrat, qu'elle exercerait auprès de la patientèle de l'EHPAD ; que Mme L. n'a pas respecté les termes de son contrat d'assistanat libéral relatifs au versement des rétrocessions d'honoraires ; que les prétendus manquement de Mme H. ne la dispensaient pas de respecter ses obligations contractuelles et déontologiques ; qu'ainsi, il ne saurait être reproché à Mme H. d'avoir violé les principes de probité et de responsabilité indispensables à l'exercice de la masso-kinésithérapie ainsi que de ne pas avoir entretenu des rapports de bonne confraternité ; que le grief tiré de la violation des articles R.4321-54 et R.4321-99 du code de la santé publique ne peut qu'être écarté ;

Sur la rédaction d'ordonnances :

4. Considérant qu'aux termes de l'article L. 4321-1 du code de la santé publique : *« (…) Lorsqu'il agit dans un but thérapeutique, le masseur-kinésithérapeute pratique son art sur prescription médicale et peut adapter, sauf indication contraire du médecin, dans le cadre d'un renouvellement, les prescriptions médicales initiales d'actes de masso-kinésithérapie datant de moins d'un an, dans des conditions définies par décret. Il peut prescrire, sauf indication contraire du médecin, les dispositifs médicaux nécessaires à l'exercice de sa profession. La liste de ces dispositifs médicaux est fixée par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale, après avis de l'Académie nationale de médecine (…) »* ; qu'aux termes de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique : *« Exerce illégalement la médecine : / 1° Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou*

pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L. 4131-1 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin, ou sans être bénéficiaire des dispositions spéciales mentionnées aux articles L. 4111-2 à L. 4111-4, L. 4111-7, L. 4112-6, L. 4131-2 à L. 4131-5 ; (…) » et qu'aux termes de l'article R. 4321-113 du code de la santé publique : *« Tout masseur-kinésithérapeute est habilité à dispenser l'ensemble des actes réglementés. Mails il ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni prescrire dans des domaines qui dépassent ses compétences, ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose »* ;

5. Considérant que Mme L. reproche à Mme H. d'avoir rédigé elle-même des ordonnances médicales prescrivant des actes de kinésithérapie ; que cependant, il résulte de l'instruction et des pièces du dossier que Mme H. a établi des ordonnances préremplies pour les renouvellements d'ordonnances avec l'accord des médecins traitants afin de leur faciliter la tâche ; que les ordonnances étaient présentées aux médecins qui avaient le choix de les signer ou pas ; que Mme H. n'a donc pas prescrit des soins relevant de la prérogative du médecin ; qu'ainsi, le grief tiré de la rédaction irrégulière d'ordonnances médicales ne peut qu'être écarté ;

Sur la gérance et l'exercice de la profession comme un commerce :

6. Considérant qu'aux termes de l'article R.4321-67 du code de la santé publique *: « La masso-kinésithérapie ne doit pas être pratiquée comme un commerce. Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité, exception faite des cas prévus aux articles R. 4321-124 et R. 4321-125. En particulier, les vitrines doivent être occultées et ne porter aucune mention autre que celles autorisées par l'article R. 4321-123 » ;* qu'aux termes de l'article R. 4321-132 du même code *: « Il est interdit au masseur-kinésithérapeute de mettre en gérance son cabinet. Toutefois, le conseil départemental de l'ordre peut autoriser, pendant une période de six mois, éventuellement renouvelable une fois, la tenue par un masseur-kinésithérapeute du cabinet d'un confrère décédé ou en incapacité définitive d'exercer. Des dérogations exceptionnelles de délai peuvent être accordées par le conseil départemental » ;* que, dans son avis n°2019-01 des 20 et 21 mars 2019 relatif à la gestion du cabinet et abrogeant l'avis n°2017-03 du 28 septembre 2017, le Conseil national de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes indique sont susceptibles de relever d'une pratique commerciale interdite par le code de déontologie, le fait de *« profiter de l'activité d'un ou plusieurs assistants libéraux ou collaborateurs libéraux (…) pour dégager sur les redevances, des revenus excédants manifestement le paiement des charges dues à l'activité des assistants et collaborateurs libéraux (…) ; faire exploiter la patientèle d'un EHPAD par un assistant libéral ou un collaborateur libéral alors que le masseur-kinésithérapeute titulaire n'y intervient jamais lui-même et qu'il demande à percevoir une redevance pour mise à disposition d'une patientèle qu'il ne prend en réalité jamais en charge » ;*

7. Considérant que Mme L. reproche à Mme H. d'avoir fait travailler de nombreux assistants dans différents établissements et d'avoir fait exploiter la patientèle de l'EHPAD (…) par un assistant libéral en dehors de sa présence régulière et tout en demandant à percevoir une rétrocession ; que cependant, il résulte de l'instruction et des pièces du dossier que Mme L. ne fournit aucun élément probant de nature à établir la réalité des manquements qu'elle dénonce ; qu'il résulte des attestations établies par plusieurs patients de Mme H. résidents de l'EHPAD (…) que cette dernière assurait elle-même et de manière régulière, les soins de masso-kinésithérapie au sein de cet établissement ; qu'il suit de là que le grief relatif à la méconnaissance des dispositions des articles R. 4321-67 et R. 4321-132 du code de la santé publique ne peut être accueilli ;

Sur les frais irrépétibles et les dépens :

8. Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *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* » ;

9. Considérant que les dispositions précitées font obstacle à ce que soit fait droit aux conclusions de Mme L. présentées sur leur fondement contre Mme H. qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces mêmes dispositions et de condamner Mme L. à verser à Mme H. la somme de 1.000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

PAR CES MOTIFS

10. Considérant qu'il y a lieu de rejeter la plainte de Mme L. contre Mme H. ;

11. Considérant que les conclusions présentées par Mme L. au titre des irrépétibles doivent être rejetées ;

12. Considérant qu'il y a lieu de condamner Mme L. à verser à Mme H. la somme de 1.000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

13. Considérant que le surplus des conclusions de Mme H. présentées au titre des frais exposés doit être rejeté.

DECIDE

Article 1 : La plainte présentée par Mme L. à l'encontre de Mme H. est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par Mme L. au titre des irrépétibles sont rejetées ;

Article 3 : Mme L. versera à Mme H. la somme de 1.000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

Article 4 : Le surplus des conclusions de Mme H. présentées au titre des frais exposés est rejeté.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à Mme L., à Mme H., au Conseil départemental de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Hauts-de-Seine, au Conseil national de l'Ordre des masseurs-kinésithérapeutes, au Directeur général de l'Agence régionale de santé d'Ile de France, au Procureur de la République près le tribunal judiciaire de Nanterre et au ministre chargé de la Santé.

Copie pour information en sera adressée à Me Viltart et Me Latrémouille.

Ainsi fait et délibéré par M. Norbert Samson, Président de la Chambre disciplinaire ; M. Jérôme Cressiot, M. Christian Felumb, M. Jean-Charles Laporte, M. Jean-Pierre Lemaitre, Mme Lucienne Letellier, Mme Patricia Martin, M. Jean Riera, Mme Marie-Laure Trinquet, membres assesseurs de la Chambre.

La Plaine-Saint-Denis, le 19 février 2021

Le Président de la Chambre disciplinaire de première instance
Norbert Samson

La Greffière
Zakia Atma

La République mande et ordonne au Ministre chargé de la santé, en ce qui le concerne et à tout huissier en ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente décision.