

N° 357 896

Mme V.

5<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> sous-sections réunies

Séance du 27 février 2013

Lecture du 20 mars 2013

## CONCLUSIONS

### M. Nicolas POLGE, rapporteur public

Mme V., masseur-kinésithérapeute ayant obtenu le diplôme de cadre de santé en juin 2010, a été nommée cadre de santé au centre hospitalier universitaire de Nice, où elle a pris ses fonctions en juin 2011. Le conseil départemental, le conseil interrégional et le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes ont toutefois refusé de la radier du tableau de l'ordre. Elle vous saisit d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision du conseil national de l'ordre. Il relève bien de votre compétence en premier et dernier ressort, non en vertu du code de justice administrative, mais, ainsi que vous l'avez jugé à propos des médecins (23 mars 2011, n°339086, *SELARL des docteurs C..., L... et M...*, mentionnée aux tables), en vertu d'une règle de compétence spéciale figurant à l'article R 4112-5-1 du code de la santé publique rendu applicable aux masseurs-kinésithérapeutes par l'article R4323-1.

L'inscription au tableau d'un ordre professionnel est bien une décision de nature administrative et non juridictionnelle (CE assemblée, 12 décembre 1953, *de Bayo*, Lebon p.544). Par une décision de section du 13 mai 1970, *conseil départemental de l'Ordre des médecins de l'Eure*, 75198, p. 333) vous avez assimilé dans une même catégorie toutes les décisions prises par les conseils départementaux de l'ordre des médecins en matière d'inscription au tableau : tous les recours présentés dans cette matière, qu'ils soient relatifs à une demande d'inscription ou à une décision de maintien, de rétablissement ou de retrait d'une inscription précédemment obtenue (dans l'espèce de la décision de section, il s'agissait d'une radiation pour motif non disciplinaire) suivent donc les mêmes procédures.

S'agissant des masseurs-kinésithérapeutes, l'article L4321-18 du code de la santé publique prévoit que le conseil départemental statue sur les inscriptions aux tableaux. Les règles de procédure fixées aux articles R.4112-4 à R.4112-5-1, applicables aux masseurs-kinésithérapeutes, organisent un recours obligatoire contre la décision du conseil départemental devant le conseil interrégional et de la décision de celui-ci devant le conseil national. Dans la présente affaire, la décision du conseil national s'est donc substituée aux précédentes, c'est la seule qui subsiste, et Mme V. a raison de ne contester que celle-ci.

Dans la mesure où votre jurisprudence ne connaît guère de recours dirigé contre les refus de radiation qu'à l'initiative des tiers, on peut s'interroger un instant sur l'intérêt de Mme V. à agir. Celui-ci ne fait cependant pas de doute en réalité, dans la mesure où non seulement des droits, mais également des obligations s'attachent à l'inscription au tableau : l'article L.4321-14 du code de la santé publique donne à l'ordre un pouvoir disciplinaire sur ses membres, alors qu'il y a identité entre l'appartenance à l'ordre et l'inscription au tableau, et l'art L.4321-16 impose une cotisation obligatoire à chaque personne physique ou morale inscrite au tableau.

Par les motifs de la décision attaquée, le conseil national a retenu, au vu du statut des cadres de santé, que ceux-ci exercent des fonctions correspondant à leur qualification, notamment des fonctions d'encadrement et de formation de personnels paramédicaux. Or l'encadrement et la formation figurent au nombre des actes professionnels que les masseurs-kinésithérapeutes sont autorisés à pratiquer par le code de la santé publique. Il en a déduit que Mme V., cadre de santé masseur-kinésithérapeute, continuait à exercer la masso-kinésithérapie au sens de ces dispositions et devait donc rester inscrite au tableau de l'ordre.

Deux moyens d'erreur de fait, sur la question de savoir si Mme V. avait contesté exercer des activités de formation, et de violation du principe d'égalité entre cadres de santé, selon qu'ils sont issus ou non d'une profession organisée en ordre, ne devraient pas vous retenir. Pour apprécier le bien-fondé des moyens d'erreur de droit et d'erreur de qualification juridique soulevés par ailleurs, un détour par l'analyse des dispositions législatives et réglementaires applicables s'impose.

De la lecture des dispositions applicables, on doit tout d'abord tirer des enseignements généraux relatifs aux conditions d'exercice de la profession de masseur kinésithérapeute :

1) L'article L. 4112-5 du code de la santé publique, applicable aux masseurs-kinésithérapeutes dispose : « *L'inscription à un tableau de l'ordre rend licite l'exercice de la profession sur tout le territoire national* ». De même, l'article L. 4321-10 prévoit : « *Un masseur-kinésithérapeute ne peut exercer sa profession, à l'exception de ceux qui relèvent du service de santé des armées, que : (...) 2° S'il est inscrit sur le tableau tenu par l'ordre* ». Par ailleurs, aux termes de l'article L. 4321-13 du même code : « *L'ordre des masseurs-kinésithérapeutes regroupe obligatoirement tous les masseurs-kinésithérapeutes habilités à exercer leur profession en France, à l'exception des masseurs-kinésithérapeutes relevant du service de santé des armées* ». L'article R. 4112-3, rendu applicable aux masseurs-kinésithérapeutes par l'article R. 4323-1 tire en ces termes les conséquences de ces règles législatives, s'agissant de la cessation de l'exercice de la profession : « *Le praticien qui cesse d'exercer sur le territoire national demande sa radiation du tableau au conseil départemental. Celle-ci prend effet à la date de cessation d'exercice ou, à défaut d'indication, à la date de réception de la demande* ».

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que l'inscription au tableau de l'ordre n'est obligatoire qu'aussi longtemps que la profession est effectivement exercée : l'inscription est un préalable indispensable à l'exercice effectif de la profession, elle

n'est pas la conséquence nécessaire de la détention du titre habilitant en principe, sous réserve de l'inscription, à l'exercer. La thèse contraire présentée devant vous par le conseil national de l'ordre pour les besoins de la cause, et selon laquelle la seule détention d'un diplôme d'Etat suffit à rendre obligatoire l'inscription à l'ordre, s'appuie sur une lecture isolée, et ainsi erronée, de l'article L.4321-13. Elle est d'autant plus étonnante qu'elle ne correspond pas aux informations diffusées dans le public, notamment sur son site internet – mais cette dernière circonstance est bien sûr étrangère au litige et à votre appréciation.

2) La profession de masseur-kinésithérapeute est définie à l'article L.4321-1 : elle consiste à « *pratiquer habituellement le massage et la gymnastique médicale* ». Cette définition est précisée par les dispositions issues du décret en conseil d'Etat auquel renvoie l'article. A ce titre, l'article R.4321-1 dispose. « *La masso-kinésithérapie consiste en des actes réalisés de façon manuelle ou instrumentale, notamment à des fins de rééducation, qui ont pour but de prévenir l'altération des capacités fonctionnelles, de concourir à leur maintien et, lorsqu'elles sont altérées, de les rétablir ou d'y suppléer* ».

L'article R.4321-13 ajoute : « Selon les secteurs d'activité où il exerce et les besoins rencontrés, le masseur-kinésithérapeute participe à différentes actions d'éducation, de prévention, de dépistage, de formation et d'encadrement... ». Mais cet article ne précise pas la définition de la profession. Il ne porte que sur les activités accessoires à cette profession, notamment les activités de formation et d'encadrement, et vaut autorisation de les exercer.

De la combinaison de ces deux règles – l'inscription au tableau n'est obligatoire que pour pouvoir exercer la profession de masseur-kinésithérapeute ; la profession de masseur-kinésithérapeute consiste à pratiquer habituellement des actes de massage et de gymnastique médicale qui ont pour but de prévenir l'altération des capacités fonctionnelles, ou de les maintenir ou rétablir – se déduit celle selon laquelle ce n'est que dans le cas où la pratique habituelle d'actes de massage et gymnastique médicale s'attache aux fonctions effectives de l'intéressé que l'inscription au tableau de l'ordre est requise de sa part.

Cela ne signifie pas que l'absence d'actes correspondant à l'exercice de la profession contraindrait à radier un masseur-kinésithérapeute du tableau : toute personne habilitée peut être inscrite au tableau, même si elle ne pratique pas les actes de la profession ; toute personne exerçant la profession, c'est à dire pratiquant habituellement les actes de la profession, doit être inscrite.

Par ailleurs, il paraît bien résulter de l'article R.4323-1 que l'ordre n'est pas tenu par une demande de radiation mais doit vérifier que la condition de non inscription est remplie : l'intéressé doit cesser d'exercer sur le territoire national

Pour l'application de ces principes à l'espèce qui vous est soumise, la situation de Mme V. conduit à s'interroger sur les règles plus particulières aux cadres de santé.

L'article 1er du décret du 18 août 1995 *portant création d'un diplôme de cadre de santé* prévoit que ce diplôme « porte mention de la profession de son titulaire », et

qu'il est notamment délivré « aux personnes titulaires d'un diplôme, certificat ou autre titre leur permettant d'exercer la profession de (...) masseur-kinésithérapeute (...) qui ont suivi la formation prévue par l'arrêté mentionné à l'article 3 du présent décret... » . De même, l'article 1er du décret du 31 décembre 2001 *portant statut particulier du corps des cadres de santé de la fonction publique hospitalière* classe les cadres de santé dans des filières en fonction de leur formation d'origine : « *Le corps de cadres de santé comprend selon leur formation : (...) 2° Dans la filière de rééducation : (...) / - des masseurs-kinésithérapeutes cadres de santé* ». La définition de l'activité des cadres de santé conserve elle-même un lien avec la formation d'origine, dans la mesure où, aux termes de l'article 4 du même décret : « *Les agents du grade de cadre de santé exercent : 1° Des fonctions correspondant à leur qualification (...)* ». Pour autant en vertu du même article, ces fonctions « *correspondant à leur qualification* », sont des fonctions « *consistant à encadrer des équipes dans les unités fonctionnelles, services, départements ou fédérations des établissements ;* » et « *3° Des fonctions d'encadrement correspondant à leur qualification dans les instituts de formation et écoles relevant d'établissements publics de santé qui préparent aux différentes branches des professions infirmières, de rééducation et médico-techniques* »

On voit, à la lecture de ces textes, que la définition du diplôme de cadre de santé et le statut du corps des cadres de santé de la fonction publique hospitalière n'impliquent pas nécessairement qu'un cadre de santé –masseur kinésithérapeute soit conduit, dans l'exercice de ses fonctions, à accomplir des actes de massage et de gymnastique médicale. Les cadres de santé, quelle que soit leur qualification, quelle que soit leur filière de classification, assurent essentiellement l'encadrement d'équipes.

C'est bien ce qui vous a conduit à considérer, à propos d'un litige relatif à l'attribution de la nouvelle bonification indiciaire à un cadre de santé (16 mai 2012, 344 283, *centre hospitalier pôle de santé du golfe de Saint-Tropez*, mentionnée aux tables), que la combinaison d'une qualification particulière et de l'appartenance au corps des cadres de santé n'impliquait pas nécessairement l'exercice de fonctions correspondant à cette qualification. Vous avez même précisé que la circonstance que l'intéressé « *aurait effectué de manière occasionnelle des actes tels que des ponctions ou des actes en matière de cathétérisme veineux ou artériel n'est pas à elle seule de nature à faire regarder l'emploi qu'elle occupait comme correspondant à sa qualification d'infirmier anesthésiste* ». Il s'agissait d'apprécier la notion d'emploi, au sens de la réglementation de la NBI, et non de se pencher sur la définition de la profession et ses conditions d'exercice, au sens du code de la santé publique, mais l'approche concrète, au cas par cas, qui a été adoptée peut être transposée, par analogie, pour l'appréciation de l'exercice de la profession.

En pratique, dans la présente espèce, il ressort des pièces du dossier que les fonctions de Mme V. sont des fonctions d'encadrement d'équipes pluridisciplinaires, dans le cadre desquelles il ne lui est pas demandé d'accomplir elle-même des actes relevant du massage ou de la gymnastique médicale. Pour l'établir, Mme V. produit d'assez nombreuses attestations émanant de masseurs-kinésithérapeutes du centre hospitalier universitaire de Nice, soit en fonction, soit en formation dans cet établissement. Aucun indice en sens contraire n'apparaît au dossier. Il n'y a donc pas de raison de remettre en doute ces témoignages, bien qu'on puisse partager le regret du

conseil national de l'ordre quant à l'absence d'une attestation qui émanerait de la hiérarchie de Mme V..

La décision du conseil national de l'ordre doit donc être annulée pour l'erreur de qualification juridique invoquée par la requête : c'est à tort que le conseil national a considéré que Mme V. continuait à exercer la profession de masseur-kinésithérapeute. Elle pourrait également l'être pour l'erreur de droit consistant à avoir considéré que les cadres de santé masseurs-kinésithérapeutes continuaient nécessairement, du fait de l'exercice des fonctions relevant de ce corps, à exercer la profession de masseurs-kinésithérapeutes. Mais vous videriez moins le litige, alors que le dossier vous donne la possibilité de l'épuiser.

Les conclusions de Mme V. tendant à ce que vous prononciez sa radiation du tableau peuvent être lues comme tendant à ce que vous enjoigniez au conseil national de l'ordre de le faire, sur le fondement de l'article L.911-1 du code de justice administrative. Or, l'annulation du refus de la radier pour la méprise dont cette décision est entachée quant à la réalité de l'exercice supposé de la profession de masseur-kinésithérapeute implique nécessairement que le conseil national prenne une décision de radiation. Vous le lui enjoindrez donc.

Vous pourrez accorder à Mme V. la somme de 2 500 euros qu'elle demande au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

PCM :

- annulation de la décision du 1<sup>er</sup> février 2012 du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes
- injonction au conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de faire droit à la demande de radiation dans un délai de deux mois à compter de la notification de votre décision
- 2 500 euros à la charge du conseil national de l'ordre, au bénéfice de Mme V., au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative
- rejet des conclusions présentées sur le même fondement par le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes.