

N° 362492

M. J...

5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies

Séance du 14 mai 2014

Lecture du 4 juin 2014

CONCLUSIONS

Mme Fabienne LAMBOLEZ, rapporteur public

M. J..., masseur-kinésithérapeute, a été condamné à une interdiction d'exercice de trois ans dont deux ans et demi avec sursis par la chambre disciplinaire de première instance du conseil régional de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes de Rhône-Alpes, pour des faits d'abus sexuels commis sur une patiente au cours d'une séance.

La condamnation a été confirmée en appel par une décision du 2 juillet 2012 de la chambre disciplinaire nationale du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, dont M. J... vous demande l'annulation.

1. Le seul moyen délicat du pourvoi est tiré de l'irrégularité de la composition de la formation d'appel, faute qu'aient siégé les représentants des usagers prévus par l'article L. 4321-15 du code de la santé publique.

Cet article issu de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 - qui a recréé l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, qu'avait supprimé la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 - fixe la composition de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes. Il prévoit que celle-ci comprend en nombre égal des membres élus par le conseil national, d'une part en son sein, d'autre part parmi les membres et anciens membres des (autres) conseils de l'ordre. Son dernier alinéa dispose que « *Lorsque les litiges concernent les relations entre professionnels et usagers, la chambre disciplinaire s'adjoit deux représentants des usagers désignés par le ministre chargé de la santé* ». On peut noter que le législateur a prévu des dispositions analogues pour les pédicures-podologues (art. L. 4322-8 du code de la santé publique).

L'article L. 4321-20 a prévu l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat pour déterminer les modalités d'application des articles L. 4321-19 à L. 4321-20 - qui sont relatifs au conseil national et aux conseils régionaux et départementaux ou interdépartementaux de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes- et « *notamment la représentation des professionnels dans les instances ordinales en fonction du mode d'exercice et des usagers dans les chambres disciplinaires ainsi que l'organisation de la procédure disciplinaire préalable à la saisine des chambres disciplinaires*. Toutefois les dispositions réglementaires relatives à la représentation des usagers n'ont jamais été prises, ni par le décret n° 2006-270 du 7 mars 2006 (relatif à la composition et aux modalités d'élection des conseils de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes et des

1

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

conseils de l'ordre des pédicures-podologues et de leur chambres disciplinaires), ni par le décret n° 2007-434 du 25 mars 2007, qui a fixé le fonctionnement et la procédure disciplinaire des conseils des ordres des professions médicales et paramédicales, ni aucun autre décret.

La composition de la chambre disciplinaire nationale est ainsi fixée de la manière suivante par l'article R. 4321-39 du code de la santé publique : outre son président qui est un membre de la juridiction administrative, elle comporte douze membres titulaires et un nombre égal de suppléants répartis en deux collèges : 1° cinq membres représentant les masseurs-kinésithérapeutes libéraux et un représentant les salariés, élus par le conseil national parmi ses membres, 2° cinq représentants des libéraux et un représentant des salariés élus pour six ans par le conseil national parmi les membres et anciens membres des conseils de l'ordre. Ce deuxième collège est renouvelé par moitié tous les trois ans. Et il est précisé que la chambre siège en formation impaire d'au moins cinq membres. L'article est donc muet sur les représentants des usagers.

Par ailleurs, l'arrêté ministériel devant désigner ces représentants n'a pas été pris, comme l'a confirmé le ministre de la santé en réponse à une mesure d'instruction. En l'espèce ont pris part à la délibération de la chambre nationale de discipline six représentants des masseurs-kinésithérapeutes, et son président, conseiller d'Etat honoraire.

* Les parties débattent devant vous d'un seul point, qui est de savoir comment interpréter la notion, effectivement peu claire, de « *relations entre professionnels et usagers* » au sens de l'article L. 4321-15. Selon le conseil national de l'ordre et Mme H..., auteur de la plainte contre M. J..., seule est visée la manière dont le masseur-kinésithérapeute a exercé son art, c'est-à-dire la nature et la qualité des soins, l'information donnée au patient, les conditions de facturation des soins. Mais les actes totalement étrangers à l'exercice de la masso-kinésithérapie, en quelque sorte « détachables » de celle-ci, seraient hors du champ.

L'on peut regretter, spécialement s'agissant de la composition d'une juridiction, l'imprécision de ces dispositions législatives qui sont issues d'un amendement gouvernemental au projet de loi relatif à la politique de santé publique devenu la loi du 9 août 2004. Il est clair qu'elles excluent les litiges ne mettant en cause que des rapports entre professionnels, tels p. ex. un manquement à l'interdiction du compérage ou à l'interdiction de la publicité. Mais il est plus délicat de déterminer leur champ de manière positive. Visent-elles seulement les litiges relatifs à des actes de masso-kinésithérapie au sens strict ? Ou bien tous les litiges nés d'une plainte d'un patient à l'encontre d'un professionnel, qu'ils se rapportent ou non à de tels actes ? Faut-il inclure également les litiges nés d'une plainte de l'ordre dès lors qu'ils portent sur des actes pratiqués sur un ou des patients ?

Les travaux préparatoires de la loi ne sont d'aucun secours, les débats s'étant concentrés sur le principe de la création d'un ordre professionnel spécifique aux masseurs-kinésithérapeutes. S'il fallait prendre parti sur la portée exacte de la loi sur ce point, en l'absence de disposition réglementaire la précisant, l'on pourrait hésiter entre la deuxième et la troisième option, qui aurait notre préférence. Mais en tout état de

cause en l'espèce nous vous inviterions à écarter l'interprétation des défendeurs, qui nous paraît excessivement restrictive – et à admettre donc, que le présent litige, consécutif à la plainte d'une patiente, porte bien sur des « relations entre professionnels et usagers ».

* En amont de cette question, il convient toutefois de se demander si le dernier alinéa de l'article L. 4321-15 est entré en vigueur malgré l'absence des dispositions réglementaires prévues par l'article L. 4321-20.

Selon le critère dégagé par la jurisprudence (Ass. 10 mars 1961 *Union départementale des associations familiales de la Haute-Savoie* p. 172), cela dépend du point de savoir si l'application de la loi est ou non « *manifestement impossible* » en l'absence de mesures réglementaires d'application. Dès lors que les dispositions sont suffisamment précises pour recevoir application, elles entrent en vigueur immédiatement alors même que la loi aurait expressément prévu un décret d'application et que celui-ci n'aurait pas encore été pris ; au cas contraire l'entrée en vigueur de la loi est différée à l'intervention du décret (cf. p. ex. parmi une jurisprudence très abondante 31 juillet 1996 *Syndicat national de radiodiffusion et de télévision et autre* n° 142999 p. 320, 14 janvier 1998 *Syndicat intercommunal à vocation multiple d'Arthenes et Taux, Droizy, Launoy et Parcy-Tigny* n° 170105 aux T. p. 720).

Le législateur a certes fixé lui-même le mode de désignation des représentants des usagers - par le ministre chargé de la santé. Il est tentant d'en déduire que le dernier alinéa de l'article L. 4321-15 ne nécessite aucune mesure réglementaire d'application – liberté étant laissée au ministre, dans le silence des textes, de déterminer lui-même le « vivier » dans lequel seraient choisis les représentants des usagers.

Il nous a toutefois semblé, à la réflexion, que fait défaut dans l'état du droit un élément substantiel, qui est la fixation de la durée du mandat des juges représentant les usagers. L'article R. 4321-39 fixe d'ailleurs la durée du mandat des membres du deuxième collège de masseurs – elle est de six ans ; et s'il ne le fait pas lui-même pour les membres du premier collège, la durée de leur mandat est également limitée par l'article R. 4122-5, rendu applicable aux élections des membres de la chambre disciplinaire nationale par l'article R. 4321-40.

La compétence attribuée au ministre pour nommer les représentants des usagers ne lui permettrait pas, pensons-nous, de la fixer lui-même au cas par cas à l'occasion des actes de nomination : il s'agit d'un élément qui touche au statut des membres d'une juridiction et appelle une mesure réglementaire ne pouvant résulter que d'un décret.

Il est par ailleurs difficilement concevable d'admettre que le ministre aurait pu, le cas échéant, procéder à des nominations sans en fixer la durée. Il en résulterait en effet que le mandat de ces juges non professionnels serait à la discrétion du ministre, ce qui porterait atteinte à l'indépendance nécessaire pour exercer des fonctions juridictionnelles. De manière générale, il ne saurait y avoir de mandat sans durée, qu'elle soit expressément fixée par un texte ou qu'elle résulte de la survenance d'un événement mettant fin au mandat, telle la perte de la qualité au vu de laquelle la nomination est intervenue.

Nous sommes ainsi d'avis que l'application de la loi est « *manifestement impossible* » au sens de la jurisprudence, faute de dispositions réglementaires sur ce point.

On peut hésiter, si l'on nous suit, sur les conséquences à en tirer : deux solutions sont envisageables.

La plus radicale serait de considérer que la chambre disciplinaire nationale ne peut purement et simplement pas siéger lorsque sont en cause des litiges se rapportant à des relations entre professionnels et usagers. Elle aurait dû non pas siéger en formation incomplète, mais s'abstenir de juger tous ces litiges. Cette option présente l'inconvénient de jeter un doute rétrospectif sur la régularité de très nombreuses décisions rendues jusqu'à présent par la chambre disciplinaire nationale. Et elle suppose d'admettre que celle-ci aurait dû s'abstenir d'exercer sa mission juridictionnelle – ce qui serait pour le moins problématique au regard des exigences du procès équitable et du droit au recours effectif.

L'autre option, que nous vous invitons finalement à retenir après avoir beaucoup hésité, consiste à admettre que les dispositions qui prévoient la représentation des usagers sont divisibles des autres dispositions de l'article L. 4321-15. Afin de remplir sa mission, la chambre devait donc siéger dans la formation incomplète organisée par la loi et ses dispositions réglementaires d'application, sans que puisse utilement être invoquée la méconnaissance des dispositions du dernier alinéa, non entré en vigueur. Cette solution n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle revient à avaliser des décisions rendues dans une autre formation que celle voulue par le législateur, du seul fait de l'inertie du pouvoir réglementaire. Elle nous paraît tout de même préférable à l'alternative qui aboutit à une situation d'impasse totale.

Nous ne vous cachons pas que ce n'est pas, semble-t-il, l'opinion de l'administration : le ministre n'a pas pris expressément position sur cette question qui n'est pas évoquée par les parties, mais sa réponse à la mesure d'instruction effectuée par votre 5^{ème} sous-section laisse entendre qu'il considère implicitement qu'il n'était pas besoin de mesure d'application ; en effet il se borne à faire valoir qu'il a demandé en vain au président du « collectif interassociatif sur la santé » de lui proposer deux représentants d'associations agréées en application de l'article L. 1114-1.

Si vous nous suivez, vous écarterez donc le moyen tiré de la violation du dernier alinéa de l'article L. 4321-15 du code de la santé publique au motif que celui-ci n'est pas encore entré en vigueur.

Si vous ne nous suivez pas, vous serez conduits à annuler la décision juridictionnelle attaquée, alors même que la chambre de discipline est dans l'impossibilité de siéger dans une composition régulière à chaque fois que sont en cause les relations entre un professionnel et les usagers. Nous ne pensons pas en effet que la théorie de la formalité impossible, dégagée à propos des décisions administratives, puisse s'appliquer à une décision de nature juridictionnelle.

2. Les autres moyens du pourvoi sont moins délicats.

M. J... soutient que le principe d'impartialité aurait été méconnu, au motif que le président du conseil de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes de Rhône-Alpes a siégé à la chambre disciplinaire nationale, alors que c'est la chambre disciplinaire de ce même conseil qui avait rendu la décision en première instance. Cette circonstance suffit selon le pourvoi à rendre le président du conseil régional de l'ordre suspect de ne pas vouloir dédire la décision contestée en appel.

Le III de l'article L. 4122-3 du code de la santé publique, rendu applicable aux masseurs-kinésithérapeutes par l'article L. 4321-19, dispose qu' « *aucun membre de la chambre disciplinaire nationale ne peut siéger lorsqu'il a eu connaissance des faits de la cause à raison de l'exercice d'autres fonctions ordinaires* ». Cette interdiction vise notamment le cas où un membre du deuxième collège, celui des praticiens choisis par le conseil national de l'ordre parmi les membres des ordres départementaux ou régionaux, serait membre de la chambre disciplinaire de première instance. Elle n'a pas été méconnue en l'espèce, M. H... n'étant pas membre de la chambre disciplinaire de première instance – qui, rappelons-le, est en application de l'article L. 4321-17 présidée par un magistrat administratif.

Vous avez certes jugé que la participation du représentant de l'auteur de la plainte examinée par la juridiction méconnaît l'équité du procès et le principe d'impartialité (30 juillet 2003 *Mme C...* n° 248954 p. 365). Mais en l'espèce, la plainte émanait de Mme H..., pas du conseil régional de l'ordre.

Vous avez également jugé contraire au principe d'impartialité la présence dans une formation disciplinaire du président du conseil régional d'un ordre qui avait, en cette qualité, représenté l'ordre pour l'exercice de l'action civile dans une procédure engagée en parallèle devant le juge pénal à l'initiative du ministère public (3 décembre 2010 *S...* n° 326718 aux T. p. 961). Le présent litige ne rentre pas dans cette hypothèse. Et par cette même décision *S...*, vous avez écarté une approche trop extensive de l'impartialité objective, en admettant que les membres du conseil régional qui avaient pris part à la délibération sur l'engagement de l'action civile n'étaient pas *ipso facto* disqualifiés pour prendre part à l'instance disciplinaire. Il en résulte un a fortiori, pensons-nous, à l'égard d'un membre n'ayant jamais pris part à aucune délibération concernant de près ou de loin les mêmes faits, quand bien même il s'agit du président du conseil régional. Ce deuxième moyen ne nous paraît ainsi pas fondé.

3. Après ces deux questions de procédure, les deux derniers moyens font entrer dans le fond de l'affaire.

La chambre de discipline a relevé qu'il résultait de l'instruction que M. J... avait développé avec sa patiente des relations de confiance, qu'il connaissait sa fragilité psychologique et qu'il a abusé de l'autorité qui en résultait pour obtenir de sa patiente une relation sexuelle.

Contrairement à ce qui est soutenu cette motivation est suffisante, quand bien même elle ne fait pas écho à l'argumentation selon laquelle la relation aurait été librement consentie : la chambre a pris parti sur ce point et n'a pas omis de tenir compte de ces développements, qui figurent dans les visas de la décision.

Et l'appréciation portée sur les faits ne repose pas sur une dénaturation des pièces du dossier.

PCMNC :

- au rejet de la requête de M. J...,
- à ce qu'une somme de 3000 euros à verser à Madame H... soit mise à la charge de M. J... au titre de l'article L. 761-1 du CJA.
- au rejet des conclusions présentées au même titre par le Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, qui n'a pas la qualité de partie à la présente instance.