

N° 394756
Conseil départemental de
l'ordre des masseurs-
kinésithérapeutes du Gard

5^{ème} et 4^{ème} chambres réunies
Séance du 23 janvier 2017
Lecture du 10 février 2017

Décision à mentionner au recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

Selon l'article L. 4321-10 du code de la santé publique, un masseur-kinésithérapeute ne peut exercer sa profession que s'il est inscrit sur le tableau tenu par l'ordre. C'est le conseil départemental ou interdépartemental de l'ordre qui statue sur l'inscription au tableau, conformément au deuxième alinéa de l'article L. 4321-18. La demande doit être adressée au président du conseil de l'ordre du département dans lequel il veut établir sa résidence professionnelle, en vertu de l'article R. 4112-1 rendu applicable aux masseurs-kinésithérapeutes par l'article R. 4323-1. En cas de refus d'inscription, un recours, dit « appel », peut être formé par le masseur-kinésithérapeute devant le conseil régional de l'ordre, ainsi que le prévoit l'article L. 4112-4 rendu applicable aux masseurs-kinésithérapeutes par l'article L. 4321-19. Un recours contre la décision dite d'appel peut encore être porté devant le conseil national, dans les conditions fixées à l'article R. 4112-5, rendu applicable aux masseurs-kinésithérapeutes, puis un recours contre cette dernière décision porté devant le Conseil d'Etat, ainsi qu'en dispose l'article R. 4112-5-1, également applicable. Vous avez jugé que ce dernier recours a le caractère d'un recours pour excès de pouvoir (en dernier lieu : 23 mars 2011, *SELARL des docteurs C...*, 339086, T. 853, 1125).

En l'espèce, M. B... était inscrit au tableau de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Seine-Saint-Denis depuis 2006. Sur sa demande, il a été radié du tableau dans ce département en avril 2011 et il a en décembre 2011 demandé son inscription au tableau de l'ordre dans le Gard. Par décision du 6 mars 2012, le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Gard a refusé de l'inscrire. L'intéressé a saisi le conseil régional de l'ordre, qui par une décision du 15 mai 2012 a annulé la décision du conseil départemental et procédé à l'inscription sollicitée. Le conseil départemental a formé un recours devant le conseil national de l'ordre seulement trois ans plus tard, le 11 août 2015, mais cette possibilité lui avait été conservée par l'absence de notification des voies et délais de recours. Par la décision du 23 septembre 2015 attaquée devant vous, le conseil national a estimé qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur ce recours, au motif que M. B... avait entre-temps obtenu, le 12 juillet 2012, sa réinscription au tableau en Seine-Saint-Denis et de ce fait n'était plus inscrit au tableau dans le Gard.

Le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Gard soutient que le conseil national a commis ce faisant une erreur de droit. Il ne conteste pas la prémisse du

raisonnement du conseil national selon laquelle l'inscription au tableau dans un département met fin par elle-même à une précédente inscription au tableau dans un autre département. Le point ne va pas tout à fait de soi, dans la mesure où l'article L. 4112-1 du code de la santé publique, dont le sixième alinéa dispose qu'un médecin, un chirurgien-dentiste ou une sage-femme ne peut être inscrit que sur un seul tableau qui est celui du département où se trouve sa résidence professionnelle, n'est pas applicable aux masseurs-kinésithérapeutes. Cependant, c'est le même principe qui inspire assez manifestement les dispositions propres aux masseurs-kinésithérapeutes ou qui leur sont étendues. Ainsi, l'article L. 4112-5, rendu applicable, dispose que « *L'inscription à un tableau de l'ordre rend licite l'exercice de la profession sur tout le territoire national. / En cas de transfert de la résidence professionnelle hors du département ou de la collectivité territoriale où il est inscrit, l'intéressé doit, au moment de ce transfert, demander son inscription au tableau de l'ordre du département ou de la collectivité territoriale de la nouvelle résidence* », tandis que l'article R. 4112-3, rendu applicable par l'article R. 4323-1, précise qu'en « *cas de transfert de sa résidence professionnelle hors du département, le praticien est tenu de demander, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, sa radiation du tableau de l'ordre du département où il exerçait* ». L'article R. 4321-129 du code de la santé publique ajoute que « *le lieu habituel d'exercice du masseur-kinésithérapeute est celui de la résidence professionnelle au titre de laquelle, conformément à l'article L. 4321-10, il est inscrit sur le tableau du conseil départemental de l'ordre* », et si cet article permet à tout masseur-kinésithérapeute d'ouvrir un cabinet secondaire, voire un ou plusieurs lieux d'exercice supplémentaires s'il y est autorisé afin de pallier une carence ou une insuffisance de l'offre de soins dans un secteur géographique donné, l'article précise que « *lorsque la demande concerne un secteur situé dans un autre département, le conseil départemental de l'ordre au tableau duquel le masseur-kinésithérapeute est inscrit en est informé* ».

En résumé, les textes applicables aux masseurs-kinésithérapeutes donnent une portée nationale à l'inscription au tableau de l'ordre dans un département, imposent une désinscription – réinscription du tableau de l'ordre en cas de transfert de la résidence professionnelle d'un département à un autre et n'envisagent qu'un seul tableau départemental d'inscription en cas d'ouverture d'un ou plusieurs lieux d'exercice supplémentaires. Ces éléments chassent tout doute possible quant au caractère unique de l'inscription au tableau de l'ordre. Ajoutons que le caractère unique de l'inscription est le seul à même de conserver sa pleine portée à la sanction de la radiation du tableau de l'ordre prévue à l'article L. 4124-6, rendu applicable aux masseurs-kinésithérapeutes, qui précise que le professionnel radié ne peut se faire inscrire à un autre tableau de l'ordre et qui prévoit, afin d'assurer l'effectivité de cette interdiction, que « *la décision qui l'a frappé est portée à la connaissance des autres conseils départementaux et de la chambre disciplinaire nationale dès qu'elle est devenue définitive* ». A vrai dire, dans tout cet ensemble de disposition, la disposition déterminante est celle qui donne à l'inscription à un tableau de l'ordre une portée nationale : puisque « *l'inscription à un tableau de l'ordre rend licite l'exercice de la profession sur tout le territoire national* », on ne voit pas où serait la logique à permettre une pluralité d'inscriptions sur plusieurs tableaux.

Certes, comme nous l'avons vu, la protection du caractère unique de l'inscription repose d'abord sur le professionnel lui-même, puisque l'article R. 4112-3 lui impose de demander sa radiation du tableau sur lequel il était inscrit s'il transfère sa résidence professionnelle dans un autre département, où il doit demander sa réinscription. Mais il ne serait pas raisonnable d'abandonner en dernier recours l'effectivité de sa mise en œuvre aux diligences du professionnel. Ce principe d'unicité de l'inscription ne peut être complètement garanti que si, comme l'a estimé le conseil national de l'ordre dans cette affaire, l'inscription à un tableau de l'ordre entraîne de plein droit radiation d'un autre tableau de l'ordre ou vaut abrogation de la précédente décision d'inscription.

Et en effet, vous avez déjà jugé que puisqu'un médecin ne peut avoir sa résidence professionnelle que dans un seul département, l'inscription d'un médecin au tableau du conseil de l'ordre dans un département doit conduire à regarder comme abrogée une autorisation d'exercer précédemment obtenue dans un autre département (10 juillet 1995, *P...*, n° 120040, T. 1013). Autrement dit, l'unicité de la résidence professionnelle et de l'inscription au tableau de l'ordre donne à toute nouvelle inscription au tableau d'un département un effet abrogatif implicite à l'égard des actes qui donnaient au médecin une résidence professionnelle dans un autre département et le rattachaient au tableau de l'ordre dans ce département.

C'est donc à juste titre que le conseil national de l'ordre a estimé qu'à la date à laquelle il a statué sur le recours du conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Gard, M. B... n'était plus inscrit sur le tableau de l'ordre dans ce département puisqu'il avait entre-temps été inscrit sur le tableau de l'ordre dans le département de Seine-Saint-Denis.

Le conseil départemental de l'ordre du Gard ne conteste pas cette analyse, mais reproche au conseil national une erreur de droit pour en avoir déduit qu'il n'avait pas à se prononcer sur un recours tendant à contester la réinscription à laquelle avait procédé le conseil régional de l'ordre. Il soutient que le conseil national de l'ordre ne devait pas se prononcer en fonction de la situation de droit et de fait à la date de sa décision, mais bien se prononcer sur le bien fondé, en sa propre date, de la décision du conseil régional, qui avait eu au moins temporairement des effets.

A l'appui de son moyen, le conseil départemental rappelle que si le retrait en cours d'instance d'une décision individuelle entraîne, lorsqu'il est devenu définitif, un non-lieu sur le recours juridictionnel dirigé contre cette décision, quand bien même elle aurait reçu exécution (19 avril 2000, *O...*, n° 207469, p. 157, ab. jur. 6 juillet 1992, *S...*, n° 122874, T. 1125), tel n'est pas le cas lorsque la décision individuelle n'est pas retirée mais seulement abrogée (*Ass.*, 22 décembre 1978, *ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit*, n° 11604, p. 524).

Mais les termes d'appel et de non-lieu employés dans la procédure interne à l'ordre des masseurs-kinésithérapeute ne doivent pas induire en erreur. Les décisions des instances de l'ordre en matière d'inscription des professionnels au tableau n'ont pas de caractère juridictionnel mais un caractère purement administratif.

Sur ce second plan, le conseil départemental invoque une de vos décisions (16 mars 1962, *Conseil national de l'ordre des chirurgiens dentistes*, n° 47985, T. 1090) selon laquelle la circonstance qu'un chirurgien-dentiste qui a fait appel de décisions du conseil départemental puis du conseil régional rejetant sa demande d'inscription au tableau d'un département obtient ultérieurement son inscription au tableau de l'ordre dans un autre département ne crée pas une situation de droit équivalant à celle qu'aurait entraînée le retrait des décisions de refus et ne rend pas sans objet les appels formés contre ces décisions.

Mais cette décision se rapporte à une situation inverse de celle du présent litige. Dans l'affaire de 1962, la décision contestée par le professionnel conservait à son égard des effets, puisqu'elle l'empêchait de relever de la compétence du conseil de l'ordre dans lequel il avait demandé son inscription, le contraignant à se faire inscrire ailleurs.

La décision contestée dans le cadre du présent litige par le conseil départemental de l'ordre du Gard était la décision du conseil régional du 15 mai 2012 ayant décidé l'inscription de M. B...

sur le tableau de l'ordre dans le Gard. Cette décision a produit des effets jusqu'à l'inscription de M. B... sur le tableau de l'ordre dans un autre département, le 12 juillet 2012, mais plus ensuite.

Lorsqu'une décision administrative donne lieu à un recours gracieux ou hiérarchique de droit commun, c'est-à-dire facultatif, l'incidence d'une évolution entre-temps de la situation de droit ou de fait dépend de la portée de la décision contestée. C'est ce qu'ont mis en lumière vos deux décisions de section du 6 juillet 1990, *Clinique les Martinets*, n°77546, p. 202, et *ministre du travail c/ M... et Sté EDI 7*, n° 100489, p. 205 : si la décision contestée est une décision créatrice de droits, l'autorité de recours doit statuer en fonction de la situation de droit et de fait qui valait à la date de cette décision ; si, en revanche, la décision n'est pas créatrice de droits, l'autorité de recours statue en fonction des éléments à la date de sa décision, selon le droit commun des décisions administratives.

Lorsque l'autorité de recours statue dans le cadre d'un recours administratif préalable obligatoire, c'est la seconde branche de l'alternative qui vaut. Vous avez clarifié ce point par une décision du 13 novembre 1991, *G...*, n°119095, p. 392 : le conseil national de l'ordre des médecins, saisi d'un recours obligatoire contre une décision administrative d'un conseil régional prise sur appel d'une décision d'un conseil départemental, doit se placer, pour apprécier les droits en cause, à la date à laquelle il statue lui-même et non à celle à laquelle a statué le conseil départemental. Cette solution paraît trouver sa source dans la décision d'assemblée du 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, n. 64180, p. 214, par laquelle vous avez jugé qu'en matière d'autorisation administrative de licenciement, le mécanisme du recours préalable obligatoire permet au ministre saisi de ce recours d'annuler ou de réformer la décision de l'inspecteur du travail non seulement pour des motifs de légalité mais également pour des motifs d'opportunité et réserve donc au ministre seul « le pouvoir d'arrêter définitivement, sous le contrôle du juge, la position de l'administration par une décision (...) créatrice de droits au profit des intéressés ». Parce que le recours administratif préalable obligatoire met l'autorité de recours seule en situation d'arrêter définitivement la position de l'administration, cette décision doit être prise au regard de l'ensemble des circonstances de fait et de droit présentes à sa propre date, et elle se substitue à la décision initiale.

Or la succession des recours organisée par les articles L. 4112-4, R. 4122-5 et R. 4122-5-1 du code de la santé publique crée un mécanisme de recours administratif préalable obligatoire qui doit être exercé avant que le juge administratif puisse être saisi, ainsi que vous l'avez jugé par la même décision *G...*, sous l'empire des textes antérieurs mais dans le cadre d'un dispositif à l'architecture d'ensemble inchangée, à propos précisément d'une décision relative à l'inscription d'un médecin sur un tableau départemental de l'ordre. Et vous en avez déjà déduit que le conseil national de l'ordre des médecins avait pu décider qu'était devenu sans objet un recours dirigé contre l'autorisation d'exercer accordée à un médecin dans les Pyrénées-Orientales alors que l'intéressé avait été entretemps inscrit au tableau de l'ordre dans l'Aude, de sorte que l'autorisation initiale devait être regardée comme abrogée (10 juillet 1995, *P...*, n° 120040 déjà mentionnée).

Bref, vous avez en réalité déjà jugé il y a vingt à vingt-cinq ans à propos des médecins toutes les questions que donne à juger le recours pour excès de pouvoir du conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Gard, dans un sens défavorable à ce recours. Ni l'évolution des textes, depuis lors, relativement superficielle pour ces questions, ni les différences mineures, sur ces mêmes questions, entre les dispositions applicables aux médecins et les dispositions applicables aux masseurs-kinésithérapeutes ne justifieraient de leur apporter des réponses aujourd'hui différentes pour les masseurs-kinésithérapeute.

La circonstance que M. B... a engagé un contentieux indemnitaire en réparation du préjudice subi du fait de la décision ayant initialement refusé son inscription au tableau de l'ordre dans le département du Gard et que ce contentieux était pendant à la date de la décision du conseil national de l'ordre est sans incidence : le juge de la responsabilité appréciera la légalité de cette décision sans qu'il y ait besoin pour le conseil national de l'ordre de le faire lui-même en tant qu'autorité administrative.

Vous ne pourrez donc que rejeter ce recours, et vous pourrez mettre à la charge de son auteur le versement au défendeur d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.