N° 417529

Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 8 juillet 2019

Lecture du 24 juillet 2019

CONCLUSIONS

M. Nicolas Polge, rapporteur public

Le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de la Haute-Garonne a formé une plainte contre deux masseurs-kinésithérapeutes pour avoir, par contrat, mis une partie de leur cabinet à la disposition d'un tiers, qui devait y assurer des prestations susceptibles de relever du monopole des masseurs-kinésithérapeutes sans avoir cette qualité.

Par décision du 27 janvier 2016, la chambre disciplinaire de première instance de Midi-Pyrénées a retenu que les prestations en cause devaient être pratiquées par un masseur-kinésithérapeute, mais elle a pris en compte le fait que le contrat avait été immédiatement rompu pour écarter le grief de mise à disposition du cabinet et elle a fait masse des autres griefs (complicité d'exercice illégal, donc, violation du secret professionnel, non-communication du contrat et violation des règles de publicité) pour se borner à infliger un blâme à M. A... et à Mme F....

Le conseil national de l'ordre a trouvé cette sanction insuffisante, et il a donc fait appel. Les intéressés ont eux-mêmes formé un appel incident. Par décision du 28 novembre 2017, la chambre disciplinaire nationale a rejeté toutes les conclusions d'appel, par un raisonnement un peu différent.

La chambre juge que les prestations assurées par le bénéficiaire du contrat n'étaient pas couvertes par le monopole de la profession. Elle écarte donc le grief de complicité d'exercice illégal de la profession de masseur-kinésithérapeute. Elle retient en revanche un risque d'atteinte au secret médical, du fait de l'accès de ce tiers non masseur-kinésithérapeute aux locaux et aux données du cabinet, et les griefs de publicité indirecte et de non-communication du contrat à l'ordre. Mais elle constate que ce contrat a été résilié quelques jours après une réunion de conciliation organisée par l'ordre, pour en déduire que le blâme est une sanction suffisante.

Contrairement à ce qui est soutenu, la lecture par la chambre des griefs invoqués paraît correcte. Le seul débat utile porte sur les moyens tirés de l'insuffisance de motivation, l'erreur de qualification juridique et l'erreur de droit qui affecteraient les considérations par lesquelles est écartée toute complicité d'exercice illégal de la profession au motif que les activités en cause n'auraient pas relevé du monopole des masseurs-kinésithérapeutes.

- *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.*

Selon le contrat litigieux, ces activités consistaient en « *endermologie* » et « *coach sur plateforme Huber et Powerplate* ».

L'endermologie n'est pas une science mais une marque déposée par une société commerciale. Elle consiste à employer un appareil qui aspire la peau entre deux rouleaux pour atténuer la cellulite. La plateforme *Huber* est un appareil vendu par la même société, dont l'utilisateur se tient sur un plateau pivotant pour améliorer sa posture. La plateforme *Powerplate* est un dispositif comparable, avec un plateau vibrant destiné à tonifier les muscles.

La chambre disciplinaire a retenu « *qu'en confiant ces missions d'ailleurs très largement répandues chez des non-kinésithérapeutes à M. S..., les défendeurs ne se sont pas rendus coupable de complicité d'exercice illégal* ».

L'article L. 4321-1 du code de la santé publique, dans sa version applicable (modifiée ensuite au 28 janvier 2016) prévoyait que la masso-kinésithérapie consistait « *à pratiquer habituellement le massage et la gymnastique médicale* », double composante dont il renvoyait la définition à un décret en Conseil d'Etat¹.

Cette définition figure à l'article R. 4321-3, toujours en vigueur, pour ce qui est du massage :

« On entend par massage toute manœuvre externe, réalisée sur les tissus, dans un but thérapeutique ou non, de façon manuelle ou par l'intermédiaire d'appareils autres que les appareils d'électrothérapie, avec ou sans l'aide de produits, qui comporte une mobilisation ou une stimulation méthodique, mécanique ou réflexe de ces tissus ».

Et à l'article R. 4321-4, toujours en vigueur lui aussi, pour la gymnastique médicale :

« On entend par gymnastique médicale la réalisation et la surveillance des actes à visée de rééducation neuromusculaire, correctrice ou compensatrice, effectués dans un but thérapeutique ou préventif afin d'éviter la survenue ou l'aggravation d'une affection. Le masseur-kinésithérapeute utilise à cette fin des postures et des actes de mobilisation articulaire passive, active, active aidée ou contre résistance, à l'exception des techniques ergothérapeutiques ».

Il y a d'ores et déjà lieu d'insister sur une différence substantielle dans la définition de ces deux volets de la profession de masseur kinésithérapeute, qui sera déterminante pour l'appréciation du pourvoi : la finalité du massage est sans incidence sur sa qualification comme pratique définissant la profession de masseur-kinésithérapeute, tandis que la pratique de la gymnastique qui caractérise cette profession est celle de la gymnastique « à but thérapeutique ou préventif » - soit la gymnastique *médicale*.

¹ Le même article prévoyait qu'un arrêté conjoint des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale fixerait la liste des dispositifs médicaux que les masseurs-kinésithérapeutes seraient autorisés à prescrire, mais cette liste n'éclaire pas la question de l'usage des appareils en cause, car, comme le confirme la rédaction de l'arrêté du 9 janvier 2006 *fixant la liste des dispositifs médicaux que les masseurs-kinésithérapeutes sont autorisés à prescrire*, cette liste est dressée « *à l'exclusion des produits et matériels utilisés pendant la séance* ».

- 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.

Dans l'état encore antérieur des textes, la portée du monopole des masseurs-kinésithérapeutes sur ces activités était nette, puisque l'article législatif disposait : « *Nul ne peut exercer le massage et la gymnastique médicale s'il n'est titulaire du diplôme d'état de masseur kinésithérapeute* ». Ce texte a été abrogé au 22 juin 2000 par l'article 4 de l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 *relative à la partie législative du code de la santé publique*, ratifiée par l'article 92 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, pour être remplacé par la rédaction plus descriptive, voire tautologique, du nouvel article L. 4321-1.

Toutefois, votre décision du 29 décembre 2000, *syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes rééducateurs*, n° 223361, T. 801, 1209, confirme que l'évolution de la rédaction de ces dispositions relevait d'une codification à droit constant. Vous avez en effet considéré : « (...) *en premier lieu, que le changement ainsi introduit dans la définition de la profession de masseur-kinésithérapeute, dont la rédaction est inspirée de celles retenues pour d'autres professions paramédicales relevant de définitions similaires avant la codification, n'a ni pour objet ni pour effet de modifier l'état du droit relatif aux conditions l'exercice de la profession et à la répression de son exercice illégal* ».

A la date des faits, il y avait donc bien un monopole des masseurs-kinésithérapeutes sur la pratique habituelle du massage, d'une part, et sur celle de la gymnastique médicale, d'autre part.

Or les appareils de lutte contre la cellulite par stimulation des tissus entrent assez clairement dans le champ de ce monopole. Leur mise en œuvre correspond à la définition réglementaire des actes de massage : « *toute manœuvre externe, réalisée sur les tissus, par l'intermédiaire d'appareils autres que les appareils d'électrothérapie* ».

Et selon les termes de la loi et les termes encore plus précis du décret, la finalité de ces actes est indifférente. Il en a d'ailleurs déjà été jugé ainsi par la Cour de cassation (Cass. Civ. 1., 20 mars 2007, n°05-20546, 05-21996), selon laquelle « pour la détermination de l'étendue du monopole légal de la profession de masseur-kinésithérapeute (...), il était indifférent (...) que la pratique du massage présentât un but thérapeutique ou esthétique ». Pour nos appareils, cela se justifie d'autant mieux qu'il faut qu'un opérateur manipule adéquatement l'appareil, et qu'une mauvaise manipulation est probablement susceptible de provoquer des dommages, peut-être des hématomes.

La situation est différente pour les « plateformes » pivotantes ou vibrantes : elles peuvent être utilisées de manière autonome, et n'exposent pas à un danger particulier, à part celui d'en tomber. Elles ne se différencient donc pas de manière décisive des appareils qu'on trouve couramment dans les salles de gymnastique, vélos électriques, rameurs, steppers, etc., ni même des agrès librement mis à disposition sur certains parcours de santé publics. Et rien dans le dossier ne montre que leur utilisation aurait systématiquement une finalité thérapeutique ou préventive, ni que le contrat litigieux porterait sur une telle utilisation.

- *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.*

Or, s'il s'agit incontestablement d'accessoires de gymnastique, ce n'est pas toute la gymnastique qui est réservée aux masseurs-kinésithérapeutes par les textes applicables, mais seulement la « gymnastique médicale », que définit l'article R. 4321-4 déjà cité.

La caractérisation d'un comportement contraire à la déontologie d'une profession relève en cassation d'un contrôle de qualification juridique (voyez encore récemment, sur la notion de compéage, pourtant plus dépendante encore de circonstances de fait, votre décision du 19 décembre 2018, n° 403426, T. 865, 887).

Vous devrez retenir ici que si la chambre disciplinaire n'a pas inexactement qualifié les faits en ce qui concerne les plateformes, elle a, en revanche, commis une erreur de qualification juridique en ce qui concerne l'endermologie. Cette erreur de qualification juridique suffit à entraîner l'annulation de sa décision, qui est indivisible à cet égard.

Notons que depuis les faits, l'article 123 de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé* a remplacé à l'article L. 4321-1 du code de la santé publique la mention des deux pratiques caractéristiques de la profession, le massage et la gymnastique médicale, par d'autres notions en relation avec une définition des objectifs de la profession : *La pratique de la masso-kinésithérapie comporte la promotion de la santé, la prévention, le diagnostic kinésithérapique et le traitement : / 1° Des troubles du mouvement ou de la motricité de la personne ; / 2° Des déficiences ou des altérations des capacités fonctionnelles. »*

Mais c'est à juste titre que la chambre n'a pas intégré cette évolution de la loi à la motivation de sa décision et qu'il n'en est pas débattu par les parties : en matière de discipline ordinale, et « eu égard à la nature propre de la répression disciplinaire », ne s'applique pas, à ce jour, en tout cas s'agissant de la définition des fautes et manquements, le principe de rétroactivité de la loi plus douce (rétroactivité *in mitius*) pourtant généralement applicable en matière pénale, y compris en matière de sanctions administratives générales (8 novembre 1999, *G...*, n° 191630, T. 619, 1000, concl. contr. Salat-Baroux)².

Je conclus, par ces motifs, à l'annulation de la décision de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes et au renvoi de l'affaire à cette juridiction. Dans les circonstances, vous pourrez rejeter l'ensemble des conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

² Décision dont l'actualité est rappelée par le fichage de la décision du 16 novembre 2009, *M...* n°295046, p. 463, dont la référence « comp. » marque la spécificité de la répression en matière disciplinaire par rapport aux sanctions administratives générales.

- *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.*