n°430764

M. G...

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 8 novembre 2019

Lecture du 22 novembre 2019

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

M. G... est masseur-kinésithérapeute. Il a obtenu son diplôme d'Etat en 2013 et il est inscrit au tableau de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de la Haute-Garonne depuis le printemps 2016. Il avait entre-temps, au cours de l'année universitaire 2015-2016, suivi les cours du cercle d'études de kinésithérapie du sport, à l'issue duquel l'université de Nice lui avait délivré un « diplôme d'université d'études complémentaires en kinésithérapie du sport ».

Exerçant comme collaborateur libéral à Fronton, il a souhaité se prévaloir de ce titre. Or, les articles R. 4321-122, R. 4321-123 et R. 4321-125 du code de la santé publique limitent aux diplômes, titres, grades, fonctions reconnus par le conseil national de l'ordre ceux qu'un professionnel peut mentionner sur ses documents professionnels, sur les annuaires à usage du publique et sur sa plaque. S'étant renseigné sur ce point auprès du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, il a appris que son diplôme n'était pas encore reconnu, mais qu'il pouvait déposer un dossier de demande de reconnaissance. A l'issue de la procédure, le conseil national de l'ordre a rejeté sa demande, par une décision qu'il a contestée devant le tribunal administratif de Toulouse.

Après avoir complètement instruit l'affaire, le tribunal s'est avisé qu'il devait vous la transmettre, au titre de votre compétence pour connaître en premier et dernier recours dirigés contre les actes réglementaires des autorités à compétence nationale (2^o de l'article R. 311-1 du code de justice administrative).

Et il a bien fait, car comme le résumait F. Lambolez dans ses conclusions sur votre décision du 8 décembre 2014, *Association nationale des kinésithérapeutes fasciathérapeutes*, n° 364750 (inéd.), retenant la compétence en premier et dernier ressort du conseil d'Etat pour connaître d'un avis du conseil national de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes refusant de reconnaître la fasciathérapie comme une qualification ou un diplôme, «vous avez reconnu au conseil national de chaque ordre un pouvoir réglementaire en matière de reconnaissance des titres et fonctions, sur le fondement des dispositions réglementaires du code qui interdisent aux membres de l'ordre de mentionner sur leurs imprimés professionnels d'autres titres et fonctions que ceux reconnus valables par le conseil national de l'ordre». Cette analyse est ancienne

(Sect. 13 février 1959, *Papin*, p. 115, pour l'ordre des médecins), toujours actuelle (2 juin 2010, *M...*, n° 316735, T. 954, 957, pour l'ordre des chirurgiens-dentistes) et elle a été réitérée explicitement tout récemment encore, s'agissant du conseil national de l'ordre des pédicures podologues par une décision du 20 juin 2018, *Institut national de podologie*, n°408347, inéd., conforme à mes conclusions. Je vous y indiquais : « La solution est différente pour la décision relative à l'agrément d'une école pour la délivrance d'un titre professionnel (Sect. 1er juillet 2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, 393082, p. 277) ou pour la décision d'agréer une fédération sportive, qui n'ont pas de portée réglementaire (26 avril 2017, *Fédération de boxe américaine et disciplines associées*, n° 99945, T. 430, 527, 529, 743, 821), mais cette branche plus récente de la jurisprudence ne modifie pas l'analyse, car la décision relative à la reconnaissance générale d'un titre produit par elle-même des effets sur les tiers, de sorte que, même prise sur demande de la société requérante, elle présente un caractère général et impersonnel qui lui donne un caractère réglementaire. »

Trois des quatre moyens de la requête sont sans fondement. En effet, en premier lieu, si M. G... invoque l'incompétence du signataire du document qu'il a reçu du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, cette signature n'est portée que sur la lettre de notification de la décision elle-même, laquelle a été délibérée et adoptée par le conseil national de l'ordre lui-même dans sa séance plénière du 28 septembre 2017, comme en atteste l'extrait du procès-verbal de la séance produit par le conseil national de l'ordre.

Le moyen tiré de l'insuffisance de motivation devrait être inopérant à l'égard d'une telle décision à caractère réglementaire, comme l'a jugé la décision du 15 avril 2016, *B...* n° 394292, rendue par la 4^{ème} chambre jugeant seule aux conclusions de Sophie-Justine Lieber, à propos d'une décision rendue par le conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes sur une demande de reconnaissance de diplôme. Une autre décision rendue plus récemment (27 juin 2018, *C...*, n° 409235) par la même chambre aux conclusions du même rapporteur public à propos du même ordre a pourtant écarté le même moyen d'insuffisance de motivation comme non fondé et non comme inopérant. Et, de fait, on trouve une règle de motivation particulière à l'article R. 4127-283 du code de la santé publique, aux termes duquel « toute décision prise par l'ordre des chirurgiens-dentistes en application du présent code de déontologie doit être motivée ». Or les dispositions relatives à l'usage des titres reconnus par le conseil national de l'ordre sont incluses dans le code de déontologie de la profession.

On retrouve pour les masseurs-kinésithérapeutes la même règle particulière de motivation, rédigée de manière plus ambiguë, à l'article R. 4321-145, aux termes duquel : « *Les décisions prises par l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes en application des présentes dispositions doivent être motivées* ». Compte tenu de son insertion dans le code, cet article ne peut avoir que la même portée que les dispositions plus claires édictées pour d'autres professions.

Mais en l'espèce, la notification de la décision du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes indiquait à M. G... les circonstances de fait et de droit sur lesquelles elle se fonde, en énonçant que « les techniques de Tecar Thérapie, Ventouse

et kinésio-taping figurant dans le programme d'étude de ce diplôme universitaire ne sont pas conformes aux données actuelles de la science (art. R. 4321-80 du code de la santé publique) et contreviennent aux obligations déontologiques ». Cette motivation est à l'évidence suffisante.

Enfin, M. G... soutient que le refus de reconnaître son diplôme méconnaît les termes de l'avis n°2017-01 du 22 mars 2017 du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes par lequel celui-ci a indiqué que « l'examen de ces diplômes se fera sur la base des critères de qualité de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement universitaire (AERES) utilisés pour la classification européenne licence-master-doctorat (LMD) et sur des critères déontologiques ».

M. G... fait valoir que le conseil national de l'ordre ne s'est pas fondé sur les critères de qualité de l'AERES. Le moyen paraît opérant : comme l'indiquait B. Genevois dans ses conclusions sur la décision d'assemblée du 19 mai 1983, *Club sportif et familial de la Fève*, n°231127, p. 205 : « l'acte administratif qui fait application d'une norme réglementaire préexistante doit s'y conformer dès lors qu'il n'a pas eu pour objet d'écarter l'application de cette norme ». Le point est acquis de manière certaine en ce qui concerne les règles de procédure posées par un texte de même niveau, depuis cette décision d'assemblée, confirmés dans les termes les plus explicites par une décision du 15 mai 2000, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, n°193725, p. 170 : « une autorité administrative est tenue de se conformer aux règles de procédure à caractère réglementaire qu'elle a elle-même édictées aussi longtemps qu'elle n'a pas décidé de procéder à leur abrogation » (ou : 10 avril 2002, *Société des établissements Morice Traitogaz*, n° 223441, T. 713; 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne*, n° 290416, T. 579, 581, 619, 883 ; et encore 11 octobre 2017, *Syndicat éducation populaire UNSA*, n°403855, T. 434, 758). Mais il devrait valoir également pour les règles de fond, et l'on trouve effectivement des exemples en ce sens dans votre jurisprudence (pour la contrariété d'un décret en conseil d'Etat à une règle générale de fond posée par un autre décret en conseil d'Etat : 28 octobre 2009, *Association régionale des producteurs de fromages fermiers de Corse*, n° 307014, T. 629, 944. Voir aussi 23 mars 2005, *Mme S...*, n° 261252, T. 716, 723, 904, au fichage explicite faisant référence à la décision de Section du 28 novembre 1930, *Sieur Aubanel*, p. 995).

Mais dès lors que la décision se fonde sur les critères déontologiques également prévus, sur un même plan, par l'avis du 22 mars 2017, en retenant que le diplôme n'y satisfait pas, le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes n'avait pas à s'interroger en outre sur sa conformité aux critères de qualité de l'AERES. Par suite, quelle que soit la portée contraignante de l'avis du conseil national de l'ordre, sa décision n'en méconnaît pas les termes.

Le dernier moyen est beaucoup plus sérieux. M. G... invoque une « erreur d'appréciation ». Il fait essentiellement valoir que les enseignements critiqués n'ont qu'une faible part dans le programme du diplôme universitaire, que l'absence de validation scientifique de ces méthodes n'interdit pas nécessairement de les enseigner, et que cette absence de confirmation n'équivaut pas à confirmer qu'elles seraient contraires aux données acquises de la science.

Il ressort de votre jurisprudence que vous exercez sur les décisions par lesquelles le conseil national d'un ordre professionnel statue sur la reconnaissance d'un diplôme un contrôle de l'erreur de droit sur le choix des critères (qu'ils aient été dégagés séparément au préalable : 2 juin 2010, *M...*, préc. , ou qu'ils le soient à l'occasion de l'examen d'un diplôme : 20 juin 2018, *Institut national de podologie*, préc.) et un contrôle normal sur leur mise en œuvre (2 juin 2010, *M...*, préc. ; 1^{er} octobre 2012, *U...*, n° 348518, inéd. ; 1^{er} mars 2013, *S...*, n°353558, inéd.).

Vous avez ainsi validé l'utilisation d'un critère tiré de l'intérêt du diplôme pour la pratique quotidienne des soins (2 juin 2010, *M...*, préc., et, même date, *I...*, n°317659, inéd.), de ce qu'il correspond ou pas à une qualification complémentaire utile à l'information du patient (1^{er} octobre 2012, *U...*, préc.) ou de son intérêt novateur ou pas en comparaison du contenu des enseignements délivrés pour l'obtention du diplôme d'Etat (20 juin 2018, *Institut national de podologie*, préc.).

Par la décision inédite déjà mentionnée du 8 décembre 2014, *Association nationale des kinésithérapeutes fasciathérapeutes*, n°364750, n'était pas en cause une décision relative à un diplôme en particulier mais un avis plus général sur une technique prise en elle-même, la fasciathérapie. Vous avez estimé que le conseil national de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que cette technique n'était pas fondée sur les données actuelles de la science médicale et qu'elle n'était pas suffisamment éprouvée au sens de l'article R. 4321-87 du code de la santé publique. Dans la lignée de cette décision, il paraît légitime, et même nécessaire, que le caractère insuffisamment éprouvé ou non conforme aux données actuelles de la science de techniques enseignées dans une formation soit susceptible de justifier légalement le refus de reconnaître un diplôme délivré à l'issue d'une formation en masso-kinésithérapie. L'article R. 4321-80 du même code, sur lequel s'est expressément fondé le conseil national, engage ainsi le masseur-kinésithérapeute « à assurer au patient des soins consciencieux, attentifs et fondés sur les données actuelles de la science ».

Pour autant, on peut se dire, en bon sens, qu'il serait sclérosant pour la réflexion, la recherche, l'expérimentation et partant, la pratique professionnelle et l'amélioration des soins dispensés au patient, de restreindre rigoureusement aux seules pratiques éprouvées les techniques enseignées aux masseurs-kinésithérapeutes, et même celles qu'ils peuvent proposer, avec prudence, mesure et discernement, aux patients. De même, il peut paraître opportun, et même utile, que des professionnels de santé *formés* à des pratiques confirmées par la science, c'est-à-dire entraînés à les mettre en œuvre, soient également suffisamment *informés* d'autres pratiques moins assurées pour être à même de faire part à leurs patients des critiques, voire des mises en garde, les mieux éclairées.

Sur le plan réglementaire, l'article R. 4321-65, ajouté par le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes à son argumentaire à l'appui de sa défense devant le juge administratif, dispose que « *Le masseur-kinésithérapeute ne divulgue pas dans les milieux professionnels une nouvelle pratique insuffisamment éprouvée sans accompagner sa communication des réserves qui s'imposent* ». Il se déduit *a contrario* de cette phrase que le code de déontologie envisage bien la divulgation dans les milieux

professionnels, par exemple dans le cadre de la formation initiale ou continue, de nouvelles pratiques non complètement éprouvées, si c'est avec les réserves qui s'imposent. Le même article ajoute, certes, que le masseur-kinésithérapeute « *ne fait pas une telle divulgation auprès d'un public non professionnel* ». Mais l'article R. 4321-87 qui condamne le charlatanisme a une rédaction plus nuancée en ce qui concerne les pratiques proposées au public particulier des patients : « *Le masseur-kinésithérapeute ne peut conseiller et proposer au patient ou à son entourage, comme étant salutaire ou sans danger, un produit ou un procédé illusoire ou insuffisamment éprouvé* ». Cette rédaction signifie bien qu'avec les conseils et avertissements indispensables il n'est pas interdit de manière absolue de proposer au patient un procédé encore insuffisamment éprouvé.

L'ordre doit sans doute rester vigilant à l'égard de l'enseignement de techniques insuffisamment éprouvées. Si l'on forme les masseurs-kinésithérapeutes à ces techniques, si eux-mêmes sont désireux d'y être formés, ils seront bien tentés de les mettre en œuvre auprès de leur clientèle, peut-être avec excès. Mais une présentation de de telles pratiques, voire une initiation, ne devrait entraîner le refus de reconnaître le diplôme dont le programme l'intègre que dans des cas particuliers, lorsqu'elle détermine l'orientation dominante de la formation, ou que, même très minoritaires dans la formation, il s'agit de techniques dangereuses à proscrire absolument, et dont on peut seulement informer de l'existence, en dissuadant les personnes en formation de les tolérer. En dehors de ce dernier cas, il faut tenir compte d'un faisceau d'éléments incluant la place relative dévolue aux techniques en cause dans la formation et, conformément au code de déontologie, les termes de la présentation qui en est faite : information ou formation, avertissements ou absence de réserve, voire promotion.

Ici, le programme de la formation ne réservait qu'une place très limitée à la présentation des techniques litigieuses, de l'ordre de cinq pour cent du temps passé, et le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes ne soutient ni qu'elles présentent un danger pour les patients, ni que leur enseignement n'était pas assorti des réserves qui s'imposent, seulement que leur efficacité est contestée.

Dans ces conditions, vous devriez retenir qu'en refusant de reconnaître le diplôme au regard des critères déontologiques qu'il a mis en œuvre, le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes n'a pas fait une exacte application des dispositions qui prévoient cette reconnaissance.

D'autres critères étant susceptibles d'être pris en compte, l'annulation de sa décision n'implique pas nécessairement qu'il reconnaisse effectivement ce diplôme, comme M. G... voudrait que vous le lui enjoigniez, mais seulement qu'il réexamine la demande de reconnaissance.

Par ces motifs, je conclus à l'annulation de la décision attaquée, à ce qu'il soit enjoint au conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de réexaminer la demande de M. G... dans un délai de deux mois, et à ce qu'il soit mis à la charge de ce conseil le versement à M. G... de la somme de 2 000 euros qu'il demande au titre de l'article

L. 761-1 du code de justice administrative, en rejetant les conclusions présentées sur le même fondement par le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes.