

N° 432994

Mme C...

Décision à mentionner aux tables du recueil Lebon

N° 439649

M. G...

Décision inédite au recueil Lebon

N° 440021

Association Microkiné France

Décision inédite au recueil Lebon

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 1^{er} février 2021

Lecture du 19 février 2021

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, Rapporteur public

Ces trois affaires sont relatives aux compétences que vous reconnaissez au conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, comme aux instances d'autres professions, à partir de dispositions du code de déontologie de la profession dont les sujets sont pourtant prioritairement les professionnels eux-mêmes et non l'ordre.

Mais comme 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 public et sur sa plaque, vous avez reconnu au conseil national de chaque ordre un pouvoir réglementaire en matière de reconnaissance des titres et fonctions dont peuvent faire état les membres de l'ordre, selon une analyse 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 ; 22 novembre 2019, *G...*, T., pour les masseurs-kinésithérapeutes) qui vaut tant dans le cas, le plus habituel, où le conseil national de l'ordre statue sur la demande d'un professionnel désireux de faire état du diplôme qu'il détient que dans le cas où le conseil national se prononce spontanément sous forme d'un avis (8 décembre 2014, *Association nationale des kinésithérapeutes fasciathérapeutes*, n° 364750, inéd.). Le caractère réglementaire de ces actes découle de ce que « 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 d'une personne en particulier, elle présente un caractère général et impersonnel qui lui donne un caractère réglementaire. » Il s'ensuit votre compétence en premier et dernier ressort pour en connaître. Les requêtes de Mme C... et de M. G... se rattachent à la branche

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.

individuelle de ce contentieux, tandis que la requête de l'association Microkiné France est née d'un « avis » du conseil national de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes.

Vous exercez sur ces décisions 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

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.

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, *B...*, 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, *W...*, n° 317659, inéd.), de ce qu'il correspond ou pas à une qualification complémentaire utile à l'information du patient (1^{er} octobre 2012, *B...*, 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 du 22 novembre 2019 *G...*, vous avez précisé que le caractère insuffisamment éprouvé ou non conforme aux données actuelles de la science de techniques enseignées dans une formation est susceptible de justifier légalement le refus de reconnaissance d'un diplôme, mais que l'appréciation du Conseil national de l'ordre doit tenir compte de la place relative dévolue aux techniques en cause dans la formation et des modalités de la présentation qui est prévue, la présentation des caractéristiques et des risques de certaines techniques encore peu éprouvées n'étant pas nécessairement à exclusion de la formation des praticiens.

1/ Par cette première décision du 22 novembre 2019 *G...*, vous avez annulé la décision du 6 octobre 2017 par laquelle le conseil national de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes a refusé de reconnaître le diplôme universitaire d'études complémentaires en kinésithérapie du sport délivré par l'université de Nice en 2016. Cette décision reposait sur deux motifs : la non-conformité aux données actuelles de la science, au sens de l'article R. 4321-80 du code de la santé publique, des techniques dites « Tecar-thérapie », « ventouses » et « kinésio-taping » figurant dans le programme d'enseignement du diplôme universitaire en cause, d'une part, et d'autre part la méconnaissance, par cet enseignement, de l'interdiction, posée à l'article R. 4321-65 du code, de divulguer auprès d'un public non professionnel des pratiques insuffisamment éprouvées. Vous avez estimé que le conseil national de l'ordre avait fait une inexacte application des dispositions en cause, dès lors que le programme de la formation ne réservait qu'une place très limitée à la présentation des techniques critiquées, inférieure à 5 % du volume total et que s'il était soutenu que ces techniques ne présentaient pas une efficacité suffisamment établie, il n'était pas allégué qu'elles présentaient un danger pour les patients. L'annulation de la première décision du conseil national de l'ordre avait pour effet de le ressaisir de la demande de M. G... mais n'entraînait qu'un réexamen de celle-ci, sans préjuger de l'issue de ce nouvel examen, dès lors qu'il n'était pas exclu que d'autres motifs que les motifs d'origine s'opposent à nouveau à la reconnaissance sollicitée.

La nouvelle décision du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes en date du 21 janvier 2020 réitère le refus de reconnaissance. Elle se fonde en premier lieu, à nouveau, sur le poids des trois techniques initialement critiquées dans la formation, en relevant qu'y sont consacrées 8 h sur les 92 h d'enseignement pratique. Ce motif revient à réitérer par une argumentation différente un motif précédemment avancé et censuré par votre première décision. Il en méconnaît ainsi l'autorité, comme le soutient

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.

aujourd'hui M. G.... En deuxième lieu, la nouvelle décision fait état du danger que représente la technique des ventouses. C'est bien un motif que vous aviez envisagé dans votre première décision, mais ainsi qu'il ressort de celle-ci, cette dangerosité n'était pas alléguée. Dans ces conditions, le motif tiré de la dangerosité de la technique des ventouses ne méconnaît pas l'autorité de votre première décision, qui n'a pas eu à trancher cette question. Cependant, pour l'établir devant vous, le conseil national de l'ordre se borne à affirmer que les risques en sont connus et à produire à l'appui de cette affirmation des pièces anonymes relatives au cas particulier d'un ou plusieurs patients, de sorte qu'on ne sait pas, compte tenu de l'anonymisation des pièces, qui aurait souffert de brûlures provoquées par cette technique. C'est trop mince, alors que M. G... fait valoir à juste titre que le conseil national de l'ordre n'a pris aucune position générale sur cette technique et ne se réfère à aucune étude d'ensemble. Enfin, la nouvelle décision litigieuse fait également état de manière nouvelle de deux enseignements d'homéopathie et sport et de nutrition du sportif, mais ces formations n'occupent que deux et quatre heures de temps respectivement, de sorte qu'il n'apparaît pas que le conseil national de l'ordre aurait pris la même décision au seul motif de la prise en compte nouvelle de ces deux enseignements critiqués.

Vous serez donc conduits à annuler à nouveau la décision du conseil national de l'ordre et à lui enjoindre à nouveau de réexaminer la demande, dans un délai que vous pourrez cette fois réduire à un mois.

2/ La décision, prise sous forme d'avis, que l'association Microkiné conteste est suffisamment motivée, comme l'impose l'article R. 4321-145 du code de la santé publique, et contrairement à ce qu'elle soutient.

Sur le fond, l'association présente un unique moyen d'erreur d'appréciation, pour lequel elle fait valoir quatre arguments.

Elle reproche en premier lieu au conseil national de l'ordre de ne pas avoir considéré que la micro-kinésithérapie entrerait dans les actes que le masso-kinésithérapeute est autorisé à pratiquer au titre du 1° de l'article R. 4321-7 du code de la santé publique. Elle indique en effet que la micro-kinésithérapie est une technique palpatoire manuelle consistant à effectuer manuellement des gestes stimulant les mécanismes réparateurs afin d'éviter la dégradation des tissus et d'en rétablir les fonctions. Elle l'assimile à ce titre à une technique de massage palpatoire rattachable au 1° de l'article R. 4321-7, aux termes duquel : « *Pour la mise en œuvre des traitements mentionnés à l'article R. 4321-5 [traitements de rééducation auxquels le masseur-kinésithérapeute est autorisé à participer], le masseur-kinésithérapeute est habilité à utiliser les techniques et à réaliser les actes suivants : / 1° Massages, notamment le drainage lymphatique manuel ;* »

Mais, par ailleurs, l'article R. 4321-1 prévoit que les actes relevant de la masso-kinésithérapie doivent être « adaptés à l'évolution des sciences et des techniques ». Il s'en déduit que le conseil national de l'ordre doit refuser de reconnaître une pratique qui, même si elle présente l'apparence technique des actes qu'un masseur-

kinésithérapeute réalise, n'est pas adaptée à l'évolution des sciences et technique. Or c'est la non-conformité de la micro-kinésithérapie à l'état des connaissances scientifiques qui est le point central de l'avis critiqué. Il est alors indifférent que la micro-kinésithérapie puisse entrer dans l'une des catégories d'actes qui, lorsqu'ils sont conformes à l'état des connaissances, sont autorisés.

A cet égard, l'association requérante critique les passages de l'avis indiquant d'une part : « La micro-kinésithérapie est une méthode non fondée sur les données acquises de

la science » et, d'autre part, qu' « Elle est illusoire et non éprouvée ». Mais les trois études produites par l'association requérante à l'appui de sa propre démonstration paraissent insuffisantes ou contestables, soit en raison de l'effectif réduit des patients inclus (étude sur les cervicalgies, en 2016 et étude sur les patients atteints du syndrome du côlon irritable, publiée en 2018), soit pour ce qui concerne l'évaluation réalisée en 2015 sur 45 rats, parce qu'elle ne dit rien de l'extension du résultat à l'homme, ainsi qu'il ressort notamment des documents produits par le conseil national de l'ordre (un rapport de recherche établi en 2012 par un étudiant dans le cadre de l'obtention de son diplôme d'Etat de masseur-kinésithérapeute, qui vise à construire une méthodologie d'analyse permettant de reconnaître des thérapies ou des techniques reposant sur des faits éprouvés et qui décline cet objectif à l'analyse de la micro-kinésithérapie, et un rapport de 2016 d'un collectif de recherche (CORTECS) qui analyse une publication scientifique relative à la micro-kinésithérapie).

En troisième lieu, l'association fait valoir que si le conseil national de l'ordre retient que la micro-kinésithérapie ne présente pas une efficacité suffisamment établie, il n'est pas allégué qu'elle présenterait un danger pour les patients. Mais l'absence de danger prouvé ne saurait suffire à obliger à la reconnaissance d'une pratique professionnelle.

Enfin, l'avis est critiqué en ce qu'il n'explique pas en quoi la micro-kinésithérapie serait constitutive d'une « dérive thérapeutique ». Mais cette notion employée par l'avis paraît ne rien ajouter aux autres qualifications retenues au vu des dispositions des articles R. 4321-80 et R. 4321-87, et selon lesquelles : « *Le masseur-kinésithérapeutes ne doit pas proposer des soins qui ne seraient pas conformes aux données actuelles de la science* » ; « *Le masseur-kinésithérapeute ne doit pas recourir à des procédés illusoires ou insuffisamment éprouvés* ».

3/ Mme C... conteste quant à elle le refus de reconnaître son diplôme universitaire d'études complémentaires de micro-nutrition. Dans son acception générique, la micro-nutrition est le domaine de la nutrition relatif aux micronutriments, (vitamines et oligo-éléments), par distinction des macro-nutriments (protéine, glucides, lipides). La décision du conseil national de l'ordre repose cette fois sur l'absence de lien avec la profession de masseur-kinésithérapeute, « ceci entraînant un risque de confusion pour les patients » avec la profession de diététicien. Le risque de confusion avec une autre profession réglementée est bien de nature à faire obstacle à la reconnaissance du titre (19 octobre 2011, A..., n° 332152 inéd. ; 6 février 2013, S..., n° 353559, inéd.).

Aux termes de l'article L. 4371-1 du code de la santé publique, « *Est considérée comme exerçant la profession de diététicien toute personne qui, habituellement, dispense des conseils nutritionnels et, sur prescription médicale, participe à l'éducation et à la rééducation nutritionnelle des patients atteints de troubles du métabolisme ou de l'alimentation, par l'établissement d'un bilan diététique personnalisé et une éducation diététique adaptée* ».

L'inquiétude du conseil national de l'ordre ne paraît guère convaincante en l'espèce, mais on peut regarder comme surabondant ce motif par rapport à celui qui est tiré de

l'absence de lien avec la profession de masseur-kinésithérapeute.

Celle-ci est définie à l'article L. 4321-1 du code de la santé publique. Dans l'ancienne rédaction de cet article, les termes en étaient plutôt terre à terre : elle « consist(ait) à

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.

pratiquer habituellement le massage et la gymnastique médicale ». La nouvelle définition de la profession, issue de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016, est plus ambitieuse :

« 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 ».

Il est cependant difficile de voir dans cet élargissement, certainement utile et louable, de l'horizon intellectuel des masseurs-kinésithérapeutes, l'intention de diluer la spécificité et la technicité de cette profession.

Or le lien de la formation dont la reconnaissance est sollicitée avec l'exercice de la profession en cause est un critère qui revient régulièrement dans votre jurisprudence, sous l'angle de l'intérêt clinique de la formation (2 juin 2010, *M...*, n° 316735, préc. ; 17 avril 2015, *B...*, n° 384919, inéd., dans un sens positif ; dans un sens négatif : 2 juin 2010, *W...*, n° 317659, inéd. , 15 avril 2015, *BO...*, n° 394282 ; 17 juin 2018, *Y...*, n° 402935) ou, au moins, de son utilité pour l'information du patient (1^{er} octobre 2012, *B...*, n° 348518, inéd.).

En l'espèce, la formation du professionnel en micro-nutrition restera sans rapport direct avec les actes qu'il sera conduit à pratiquer. Et la grande diversité des professions auxquelles s'adresse le programme de la formation délivrée à Mme C... (pharmaciens, médecins, infirmiers, sages-femmes, diététiciens, kinésithérapeutes, psychothérapeutes) atteste d'un lien des plus lâches avec celle de masseur-kinésithérapeute. Le lien ne paraît donc pas suffisant pour justifier que le conseil national de l'ordre autorise les masseurs-kinésithérapeutes à s'en prévaloir sur les documents relatifs à leur exercice professionnel.

Je conclus donc par ces motifs au rejet de la requête de Mme C.... Dans les circonstances de l'espèce, vous pourrez ne pas faire droit à la demande du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes présentée au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.