

N° 439652
Société française de Dry-Needling
N° 441497
M. H...

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies
Séance du 16 mars 2022
Lecture du 10 mai 2022

CONCLUSIONS

M. Florian Roussel, rapporteur public

Ces deux recours portent tous deux sur les mentions que les masseurs-kinésithérapeutes sont autorisés à faire figurer dans les documents professionnels (dont les ordonnances), dans les annuaires à destination du public et sur leur plaque professionnelle.

Leur objet est en apparence très différent – l'un porte sur la reconnaissance d'un diplôme étranger, l'autre sur celle de formations permettant de faire état d'une « spécificité d'exercice »¹, c'est-à-dire d'une pratique préférentielle du praticien, comme par exemple la rééducation respiratoire².

Ils soulèvent cependant une question commune : les ordres des professions de santé peuvent-ils poser, dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir réglementaire, des conditions préalables à la reconnaissance des titres de formation?

Le cadre juridique applicable

▪ Les articles R 4321-122, 123 et 125 du code de la santé publique se bornent à prévoir que le Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes (CNOMK) reconnaît les diplômes, titres, fonctions et spécificités d'exercice. Des dispositions analogues figurent dans les codes de déontologie des autres professions de santé. Dans le silence des textes, votre jurisprudence, déjà abondante en la matière, est venue préciser les conditions dans lesquelles les ordres exercent cette compétence.

¹ Si la question de la reconnaissance des diplômes est commune à toutes les professions de santé, celle des spécificités, à savoir les pratiques préférentielles du praticien, comme par exemple la rééducation respiratoire, est particulière aux masseurs-kinésithérapeutes, ce qui s'explique par le fait qu'il n'existe aucune spécialité médicale reconnue par un diplôme d'étude supérieure au cours de la formation initiale de ces praticiens. Il s'agit ainsi de leur permettre de signaler qu'ils maîtrisent particulièrement telle ou telle technique relevant de leur activité

² Jusqu'à une date récente, une telle mention n'était possible, après accord du conseil départemental de l'ordre, que sur une plaque professionnelle supplémentaire. Un décret n° 2020-1663 du 22 décembre 2020 portant modification du code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes et relatif notamment à leur communication professionnelle étend la possibilité d'une telle mention aux documents professionnels et annuaires à l'usage du public.

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.

- Vous jugez d'abord que l'exigence de reconnaissance ordinale des formations répond à l'objectif de garantir l'intelligibilité des informations portées à la connaissance des patients en n'autorisant que les seules mentions vraiment pertinentes pour eux (2 juin 2010, A..., n° 316735, B).

Vous précisez qu'il appartient aux conseils ordinaires de prendre en compte uniquement le contenu et les caractéristiques de ces formations. Celles-ci doivent présenter un lien suffisant avec la profession de santé concernée (5/6, 19 février 2021, B..., n° 432994, B), porter sur des techniques présentant un caractère suffisamment éprouvé (5/6, 22 novembre 2019, C..., n° 430764, B) et ne pas être redondantes avec les enseignements délivrés pour l'obtention du diplôme d'Etat (5/6, 20 juin 2018, Institut national de podologie, n° 408347, C).

Enfin, les différentes décisions contestées présentent un caractère réglementaire, ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence constante (Section, 13 février 1959, sieur Papin, p. 115 et décision A... précitée), et vous êtes donc bien compétents pour en connaître.

- A l'instar d'autres instances ordinaires, l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes a fait le choix d'explicitier les conditions générales de reconnaissance des diplômes, titres et spécificités dans un « avis » 22 juin 2012, modifié depuis à plusieurs reprises, notamment par un avis du 22 mars 2017.

La nature juridique de ces documents est délicate à déterminer en ce qu'ils empruntent des caractéristiques aux différentes catégories d'actes administratifs.

Ils s'apparentent à de simples documents d'information en ce qu'ils se bornent à rappeler aux praticiens le cadre légal et réglementaire applicable.

D'autres parties de ces avis, concernant en particulier concernant les diplômes, pourraient les faire regarder comme des lignes directrices : l'ordre, tout en posant des critères de reconnaissance définis en fonction de l'origine de ces titres et de leur objet, prend le soin de rappeler qu'ils font tous l'objet d'un examen particulier.

En ce sens, dans votre décision C... précitée, alors que le requérant faisait valoir que la décision de refus de reconnaissance d'un diplôme qui lui avait été opposée par le CNOMK méconnaissait l'avis du 22 mars 2017³, vous avez directement contrôlé la légalité de cette décision au regard des dispositions réglementaires du code, sans référence à l'avis invoqué⁴.

³ Alors que Nicolas Polge vous proposait dans ses conclusions d'admettre l'opérance du moyen

⁴ Si plusieurs de vos décisions rendues dans les années 1990-2000 ont admis que l'illégalité de documents analogues d'autres ordres puisse être invoquée par voie d'exception, cela n'exclut pas la qualification de lignes directrices. Dans votre décision A... précitée, vous avez ainsi écarté l'exception d'illégalité par laquelle le requérant contestait la légalité d'un avis du CNOCD subordonnant la reconnaissance d'un diplôme à la condition qu'il comporte un « versant clinique » et présente un intérêt dans la pratique quotidienne du praticien. De même, dans une décision D... du 5 avril 1996 (4/1, n° 148125, C), vous avez contrôlé par voie d'exception la légalité d'un guide professionnel limitant la mention des diplômes universitaires de chirurgie dentaire aux seuls

La formulation de certains passages, enfin, paraît plus impérative : ne prévoyant pas la possibilité pour l'autorité décisionnaire de déroger aux prescriptions posées, ils semblent revêtir un caractère réglementaire. C'est le cas en particulier pour les conditions de reconnaissance des spécificités d'exercice, où il est fait expressément référence, s'agissant des mesures transitoires, à l'édiction de « règles »⁵.

Il nous semble que la compétence de l'ordre pour les édicter pourrait être admise dans son principe. Vous jugez en effet qu'en confiant aux ordres le soin de reconnaître les titres de formation, le code leur confie déjà un pouvoir réglementaire. Ils nous semblent dès lors habilités à préciser les conditions de reconnaissance, dans un souci de prévisibilité du droit, à condition de se fonder sur des critères objectifs, se rattachant uniquement au contenu et caractéristiques des formations, sous réserve que ceux-ci ne soient pas excessivement contraignants et restrictifs.

C'est ce cadre juridique, aux sources très diverses, dont il vous appartient aujourd'hui de préciser les contours.

Recours de M. H...

Commençons par l'examen de la requête de M. H... Masseur kinésithérapeute exerçant à Valenciennes, il entend obtenir la reconnaissance du certificat interuniversitaire de kinésithérapie du sport qui lui a été délivré par les universités de Louvain et de Liège et conteste le refus opposé par le CNOMK à sa demande⁶.

▪ Une interprétation littérale de la décision attaquée⁷ pourrait suggérer que le conseil s'est fondé uniquement sur l'intitulé du titre de formation, sans égard pour son contenu et son origine.

L'erreur de droit serait alors manifeste car l'intitulé du titre de formation, importe peu, tant qu'il n'entretient pas une confusion sur les capacités professionnelles du praticien (5/4, 19 novembre 2011 Anthony, n° 332152 ; SSJS 4, 28 novembre 2012, E..., n° 357721).

Ainsi, dans une décision F... du 16 mars 1988 (n° 62730, A), vous avez refusé de prendre en compte l'argument invoqué en défense tiré de ce que le titre de "postgraduate" délivré par une

d'entre eux ayant donné lieu à un enseignement dispensé par une faculté de chirurgie dentaire.

⁵ Cela ressort expressément de la mention suivante : « *Mesures transitoires relatives aux spécificités d'exercice : les kinésithérapeutes qui ont apposé des plaques indiquant une spécificité d'exercice avant le 25 juin 2015 devront se conformer à la nouvelle règle dans un délai de 4 ans en justifiant d'une ou plusieurs formation(s) spécifique(s) ou d'une validation de leur expérience (...)* »

⁶ Ainsi qu'il a été dit, c'est à juste titre que le TA de Lille vous a transmis la requête dont l'avait saisi M. H..., sur la base des informations erronées qui figuraient dans cette décision.

⁷ Le Conseil relève d'abord que « les certificats ne rentrent pas dans le dispositif de reconnaissance des diplômes » et que seuls le sont les diplômes universitaires ou leur équivalence dans le pays de délivrance. Il ajoute que le titre de formation du requérant ne constitue « ni un grade universitaire ni un diplôme, mais un certificat ».

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.

université américaine dont la reconnaissance était demandée n'était qu'un simple « certificat ».

La distinction entre un « diplôme » et un « certificat » est d'ailleurs malaisée à définir et à appliquer, en particulier s'agissant de titres de formation étrangers. En l'espèce, la dénomination de « certificat » résulte de la réglementation belge, qui réserve désormais cet intitulé aux formations s'achevant par le dépôt d'un mémoire. La délivrance du certificat litigieux était bien en l'espèce conditionnée par la réussite à des épreuves, ce qui paraît plus important.

Cependant, ainsi que le confirme le mémoire en défense du CNOMK, que le conseil a en fait entendu se fonder sur son avis précité du 22 mars 2017, dont il résulte que peuvent faire l'objet d'une reconnaissance, outre bien sûr les diplômes permettant au praticien d'exercer sa profession, les diplômes universitaires nationaux⁸ et les seuls diplômes étrangers bénéficiant d'une équivalence licence-master-doctorat (LMD).

Le Conseil nous semble avoir fait une interprétation trop rigide de son avis qui, ainsi qu'il a été dit, nous paraît réserver, au moins pour les diplômes, la possibilité de déroger aux critères généraux au vu d'un examen particulier de chaque titre produit.

Surtout, l'exigence spécifique ainsi posée pour les diplômes étrangers ne se retrouve pas dans les dispositions précitées du code et elle nous paraît entachée d'illégalité. Dans votre décision F... de 1988, vous avez ainsi jugé que la circonstance que le titre de formation émanait d'une université américaine ne pouvait motiver à elle seule le rejet de la demande de reconnaissance, les dispositions alors applicables du code de déontologie ne distinguant, pas plus qu'elles ne le font aujourd'hui, entre les titres nationaux et étrangers.

Le conseil devait ainsi faire abstraction de l'origine géographique du titre et se fonder uniquement sur le contenu et les caractéristiques de la formation afin d'apprécier si sa reconnaissance était justifiée. Comme dans l'affaire C... précitée, nous vous proposons de retenir que la décision contestée méconnaît directement les articles R 4321-122, 123 et 125 du code de la santé publique.

Certes, nous avons bien conscience de la difficulté pour le conseil de procéder à l'examen de l'ensemble des titres étrangers faisant l'objet d'une demande de reconnaissance. Outre les éventuelles difficultés linguistiques, il peut être délicat d'apprécier le sérieux de la formation.

Cependant – et le présent litige pourrait vous fournir l'occasion de le rappeler -, il appartient au demandeur (praticien ou organisme de formation) de lui transmettre l'ensemble des éléments utiles lui permettant de se prononcer en toute connaissance de cause sur les caractéristiques et le contenu de la formation. Et il revient à l'ordre de lui demander, le cas

⁸ Après examen particulier sur la base de critères de qualité de l'AERES utilisés pour la classification LMD et sur des critères déontologiques

échéant, les éléments complémentaires nécessaires à l'instruction de sa demande, en application de l'article L. 114-5 du CRPA.

La décision attaquée nous semble donc, quelle que soit la façon dont on l'interprète, entachée d'une erreur de droit qui justifie son annulation.

Dossier SFDN

La 2nde affaire porte sur la « puncture kinésithérapique par aiguille sèche » ou « dry-needling », qui est une technique de physiothérapie impliquant la réalisation de piqûres effectuées à l'aide d'aiguilles d'acupuncture stériles sur certains points dits « gâchette ». Selon ses promoteurs, le geste de piquer réactiverait l'apport en oxygène dans la fibre musculaire contractée et le fascia, diminuerait la réaction inflammatoire, améliorerait la vascularisation et relâcherait ainsi la crispation de manière durable.

Cette technique nous paraît se rattacher aux actes de relaxation neuromusculaire, que le masso-kinésithérapeute est habilité à réaliser en application du 7^o de l'article R. 4321-7 du code de la santé publique. Elle se distingue de l'acupuncture, qui est une technique médicale, consistant à insérer dans le corps plusieurs aiguilles en même temps et de façon prolongée.

La société française de Dry-Needling, qui est une association ayant pour objet d'assurer la promotion cette technique (et non, comme vous l'aurez compris, celle de la langue française...), conteste les conditions, qu'elle estime trop rigoureuses, posées par le CNOMK pour la reconnaissance de cette spécificité d'exercice.

Elle vous demande d'annuler :

- le refus opposé à sa demande d'abrogation de l'avis du 13 juin 2018 par lequel le CNOMK a entendu réglementer les conditions d'exercice de la puncture kinésithérapique ;
- la décision du 4 avril 2019 rejetant la demande de l'association suisse de Dry-Needling tendant à la reconnaissance de l'examen de fin de formation qu'elle organise ;
- la décision implicite rejetant sa demande tendant à la reconnaissance de son propre examen de fin de formation.

La SFDN justifie, par la production de ses statuts, de son intérêt à agir.

La demande d'abrogation de l'avis

L'avis du 13 juin 2018 rappelle les conditions de mise en œuvre de la puncture kinésithérapique. Il précise qu'elle ne peut être réalisée que par un praticien ayant validé une formation complémentaire à sa formation initiale. Il détermine son contenu en référence à un document élaboré par le collège de la masso-kinésithérapie (CMK). Ce document, annexé à l'avis, précise la durée et le contenu détaillé de la formation et prévoit que l'examen de certification doit être réalisé de façon indépendante des organismes de formation.

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.

Nous vous proposerons d'annuler le refus d'abrogation de l'avis en vous fondant sur le moyen, que vous avez soulevé d'office, tiré de l'incompétence du CNOMK pour réglementer cette technique.

Les ordres professionnels ne disposent en effet que d'un pouvoir réglementaire très circonscrit⁹. Ainsi que cela ressort déjà de votre décision Bouguen du 2 avril 1943 (au GAJA), leurs prérogatives sont le résultat d'une attribution expresse de la loi. Comme le relevait en 1973 le Pr Auby dans un article de référence consacré à la question¹⁰, elles ne sauraient trouver leur source dans des principes non écrits, liés à une conception corporatiste du pouvoir réglementaire.

En l'espèce, l'avis critiqué ne se borne pas à réglementer les conditions de reconnaissance d'une spécificité en vue de la mention sur les plaques, mais il a un objet plus large, celui d'encadrer l'exercice même de cette pratique paramédicale.

Or, aucune disposition législative ne nous paraît habiliter le CNOMK à fixer de telles règles.

Les parties invoquent certes l'article L 4321-14 du CSP, qui confie à l'ordre la mission de veiller au respect du principe de compétence indispensables à l'exercice de la masso-kinésithérapie et de promouvoir la qualité des soins.

Il a cependant été jugé (en particulier par deux décisions de 1969, Union nationale des grandes pharmacies de France¹¹ et Association syndicale nationale des médecins en groupe ou en équipe¹²) que si ces dispositions permettent au Gouvernement de confier par décret à l'ordre un pouvoir réglementaire, en particulier en ce qui concerne la reconnaissance des titres de formation, elles ne constituent pas par elles-mêmes, contrairement à ce que pourrait suggérer la décision Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'Etat du 29 juillet 1950¹³ (au GAJA), le fondement implicite d'une délégation de compétence permettant à l'ordre d'établir une réglementation déontologique.

Dès lors que le masseur-kinésithérapeute remplit les conditions légales pour exercer sa profession, il peut recourir à toute technique de masso-kinésithérapie (art R. 4321-113 du CSP), à l'exception, bien sûr, de celles présentant un caractère illusoire ou insuffisamment éprouvé.

⁹ V. par ex. 5/4 2 juin 2010, A..., n° 316735 ; 5/4 4 février 2019, CNOI, n° 415591

¹⁰ JM Auby, « Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels », JCP 1973, I, n° 2545

L'auteur observait déjà alors votre tendance à interpréter de telles délégation de compétence de façon limitative, tout en relevant que ce pouvoir n'était pas dépourvu d'utilité et qu'il ne serait pas heureux d'en réduire par trop l'étendue.

¹¹ 31 janvier 1969, concl Baudouin : une disposition chargeant l'ordre de « rédiger un code de déontologie » ne lui confère pas un pouvoir de réglementation en la matière

¹² 14 février 1969, concl Baudouin, RDSS 1969, 187 ; RDSS 1969, 177 ; AJDA 1969, 161, obs. Dewost et Saint-Marc

¹³ Cette décision déduisait de dispositions législatives analogues l'intention du Gouvernement d'attribuer aux autorités ordinales « l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de cette mission ».

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.

De même, le CMK, qui est un conseil national professionnel (autrement dit une société savante) que la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé¹⁴ charge de définir les orientations et actions à mettre en œuvre dans le cadre du développement professionnel continu, ne tirait lui-même d'aucun texte la compétence pour élaborer le contenu de la formation nécessaire à l'exercice d'une technique médicale.

La décision de rejet opposée par le CNOMK à la demande d'abrogation de l'avis du 13 juin 2018 ne pourra donc qu'être annulée, sans qu'il vous soit besoin de vous prononcer sur les moyens du recours.

Les décisions de refus de reconnaissance de la formation comme permettant la mention de la spécificité

Venons-en aux conclusions dirigées contre les décisions de refus de reconnaissance critiquées. Ces décisions sont motivées par la circonstance que les formations organisées par l'ASDN et la SFDN ne font pas l'objet d'une validation par le CMK. Si elles se réfèrent à l'avis du 13 juin 2018, elles posent ainsi une condition encore plus exigeante que celui-ci, puisqu'il se bornait à imposer que la formation soit validée par un organisme indépendant.

Il nous semble d'abord que l'annulation du refus d'abrogation de l'avis n'implique pas par elle-même celle des décisions de refus de reconnaissance contestées par la SFDN. Le CNOMK s'est d'ailleurs bien, cette fois, prononcé sur la seule reconnaissance des formations en vue de la mention des spécificités sur les plaques professionnelles.

En revanche, il ne nous semble pas que le CNOMK pouvait rejeter la demande de reconnaissance sans se livrer à un examen approfondi des caractéristiques et du contenu des formations, au seul motif qu'une condition réglementaire qu'il avait lui-même définie n'était pas satisfaite.

Il pourrait certes, nous semble-t-il, être admis que le CNOMK est compétent pour poser des règles générales encadrant la mention des spécificités d'exercice sur les plaques professionnelles.

C'est ce qu'il fait dans son avis précité du 22 mars 2017 (modifiant un précédent avis du 25 juin 2015 relatif aux diplômes, titres et spécificités) qui précise que les praticiens peuvent obtenir la reconnaissance de leur spécificité s'ils satisfont à l'une des conditions suivantes :

- être titulaire d'un diplôme universitaire en rapport avec cette spécificité ;
- avoir suivi une formation continue d'une durée minimale, exprimée en années et en heures¹⁵ ;

¹⁴ Art L. 4021-1 s et R. 4021-1 et suivants – leurs missions sont définies aux articles D 4021-2 à D 4021-2-2

¹⁵ Sur deux années consécutives minimum et 4 années maximum, à trois formations différentes inscrites au DPC sur la même thématique et en rapport avec la kinésithérapie. Le cumul des heures de ces trois formations ne peut pas être inférieur à 40 heures.

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.

- avoir fait valider auprès d'un organisme de formation continue leur expérience spécifique en la matière.

En revanche, le CNOMK va beaucoup plus loin pour la seule technique de la puncture kinésithérapique puisqu'il subordonne sa reconnaissance au respect du programme de formation précisément défini par le CMK et à la validation de la formation organisée par ce dernier.

Or, en s'abstenant de s'interroger au cas par cas, sur les conditions de validation des formations faisant l'objet des demandes de reconnaissance, il nous semble qu'il a commis une erreur de droit au regard des dispositions réglementaires précitées. Ainsi qu'il a été dit à l'occasion de la précédente affaire, il lui aurait été notamment loisible de demander à cette fin aux organismes de formation des éléments complémentaires à ce sujet.

Au demeurant, une telle mission n'est pas au nombre de celles attribuée au CMK par les articles D. 4021-2 à D. 4021-2-2 du CSP. Elle ne peut en particulier être rattachée à la possibilité qui lui est donnée par le IV de l'article D. 4021-2 de conclure des conventions avec les conseils ordinaires au titre du contrôle de l'obligation de développement professionnel continu.

Cette technique paraît certes comporter, comme le fait valoir le CNOMK, des risques médicaux particuliers (infection ou lésions) et, de façon plus générale, la seule formation initiale peut s'avérer insuffisante face aux foisonnements de pratiques innovantes. Pour autant, il nous semble que c'est au Gouvernement d'intervenir pour assurer, le cas échéant, l'encadrement juridique nécessaire.

Rappelons enfin qu'il résulte de l'article R. 4321-113 du CSP que le masseur-kinésithérapeute manque à ses obligations déontologiques si, en l'absence de circonstance exceptionnelle, il entreprend, poursuit ou prescrit des soins « *dans des domaines qui dépassent ses compétences, ses connaissances, son expérience et les moyens dont ils disposent* ».

PCM :

Dossier H... :

- **Annulation de la décision du CNOMK du 20 décembre 2017 ;**
- **Injonction au CNOMK de réexaminer la demande dans un délai de deux mois ;**
- **Versement de 3 000 euros à M. H... au titre de l'art L 761-1 et rejet de la demande du CNOMK aux mêmes fins.**

Dossier SFDN :

- **Annulation des décisions de refus d'abrogation et de refus de reconnaissance attaquées ;**
- **Injonction au CNOMK d'abroger son avis dans un délai d'un mois ;**

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.

- **Injonction au CNOMK de réexaminer la demande de la SFDN dans un délai de deux mois (sans astreinte) ;**
- **Mise à la charge du CNOMK d'une somme globale de 3 000 euros au titre de l'article L 761-1 et rejet des conclusions aux mêmes fins présentées par le CNOMK.**

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.