ORDRE NATIONAL DES MASSEURS-KINESITHERAPEUTES

CHAMBRE DISCIPLINAIRE NATIONALE

N°012-2016 M. H. c. Mme O.

Rapporteur : Mme Magalie TURBAN

Audience publique du 22 juin 2017

Décision rendue publique par affichage le 25 juillet 2017

Procédure contentieuse antérieure :

Mme O. a porté plainte le 30 juillet 2015 auprès du conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de l'Aude contre M. H., masseur-kinésithérapeute. A défaut de conciliation, le conseil départemental de l'ordre a transmis la plainte à la juridiction disciplinaire en s'y associant.

Par une décision n° 80 du 4 mars 2016, la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Languedoc-Roussillon a infligé à M. H. la sanction de l'interdiction d'exercer la profession de masseur-kinésithérapeute pendant une durée de dix-huit mois.

Procédure devant la chambre disciplinaire nationale :

Par une requête enregistrée le 1^{er} avril 2016, sous le n° 012-2016, au greffe de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, M. H., masseur-kinésithérapeute, demeurant (...), représenté par Me Christophe Grau, demande à la chambre disciplinaire nationale :

1°) d'annuler la décision du 4 mars 2016 de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Languedoc-Roussillon ;

2°) de surseoir à statuer jusqu'à l'issue de la procédure pénale engagée à son encontre pour les mêmes faits ;

3°) subsidiairement d'assortir la sanction prononcée par les premiers juges du bénéfice du sursis ;

Il soutient que :

- selon les dires de la plaignante il l'aurait, pour la masser, caressé avec ses mains du haut de la poitrine jusqu'à l'entre cuisse et en remontant ses mains lui aurait caressé le sexe ; que ces gestes ayant été commis sans aucune violence ni pénétration digitale ;
- il a reconnu ces faits en les expliquant et en exprimant ses regrets ;
- la juridiction disciplinaire l'a condamné à dix-huit mois d'interdiction d'exercer la profession sur la seule foi des accusations de la plaignante et sans expertise psychiatrique ;

- il n'a pu présenter devant la juridiction disciplinaire les pièces de la procédure pénale qui sont couvertes par le secret de l'instruction le privant ainsi du bénéfice d'un procès équitable ;
- la plaignante a versé au débat un article de presse violant manifestement le secret de l'instruction ; que cet article a provoqué dans le secteur de l'Aude, des conséquences désastreuses pour le requérant ; qu'il a déposé plainte pour violation du secret de l'instruction, plainte qui suit son cours ;
- il conteste la notion d'extrême gravité retenue par les premiers juges pour qualifier les faits ;
- le cumul des sanctions disciplinaires et pénales est soumis à conditions ;
- il a fait état, qu'au moment des faits reprochés, il était totalement désorienté suite à de graves préoccupations professionnelles liées à la découverte que son associé se serait livré à d'important détournements de fonds au sein du cabinet ; que cette situation l'a profondément affecté ; qu'il n'était pas au moment des faits dans des conditions de sérénité et de clairvoyance nécessaires à l'exercice de sa profession ;
- son état d'extrême fragilité psychologique, attesté par un certificat médical, l'avait conduit le jour des faits à prendre un comprimé de Lixantia pouvant occasionner des troubles de comportement ;
- il nie formellement les accusations portées contre lui par une lettre anonyme ;
- il semblerait que son ancien associé ait pu orchestrer cette dénonciation anonyme dans le but de lui nuire ;

Vu la décision attaquée ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 21 juin 2016, Mme O., demeurant (...), conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir que :

- M. H. ne saurait prétendre n'avoir pas bénéficié d'un procès équitable en raison de la production à l'instance disciplinaire de pièces du procès pénal en cours dès lors que le secret professionnel prévu à l'article 11 du code de procédure pénale ne vaut que pour les personnes qui concourent à cette procédure ; que cet article ne s'applique pas à elle puisqu'elle n'intervient qu'en qualité de partie civile ;
- elle conteste être à l'origine des fuites dans la presse qui la desservent et risquent de compromettre son activité professionnelle d'assistante maternelle ;
- les droits de la défense de M. H. ont été respectés dès lors qu'il a produit et a été représenté à l'instance disciplinaire ;
- le cumul d'une sanction disciplinaire et d'une sanction pénale est admis sous certaines conditions ;
- en tout état de cause il n'existe pas à ce jour de sanction pénale ;
- après avoir reconnu les faits, M. H. a présenté des versions changeantes en invoquant un prétendu consentement de sa part puis avoir été victime d'un traitement médical par anxiolytique ;

- cet anxiolytique n'est pas connu pour entraîner des troubles du comportement de nature à favoriser des attouchements sexuels, son autorisation de mise sur le marché se bornant à relever des troubles comportementaux qui relèvent de l'irritabilité, de l'agressivité et de l'agitation et non de l'augmentation des pulsions sexuelles ;
- l'acte commis avait été précédé quelques semaines plus tôt de gestes particulièrement inconvenants qui à la lumière des faits dénoncés ne peuvent être qualifiés de maladroites ;
- le rapport d'expertise psychiatrique de M. H. qui lui a été transmis en application de l'article 167 du code de procédure pénale ne fait état d'aucune cause d'irresponsabilité pouvant amoindrir la portée de ses actes ;
- il en va de même de l'arrêt de la chambre d'instruction communiqué en application de l'article 217 du code de procédure pénale faisant état de gestes déplacés sur un certain nombre d'autres patientes ;
- les explications de M. H. relatives à un complot de son ancien associé, qu'elle ne connaît pas, sont particulièrement sujettes à caution ;

Par un mémoire enregistré le 24 mars 2017, Mme O. représentée par Me Olivier Trilles déclare maintenir l'ensemble des éléments de sa plainte ;

Elle fait valoir que :

- la procédure judiciaire engagée par M. H. pour violation du secret professionnel s'est traduite par un non-lieu dès lors que les documents communiqués lui avaient été directement adressés par le greffe ;
- la procédure diligentée contre son conseil pour violation du secret professionnel a fait l'objet d'un classement sans suite pour les mêmes raisons ;
- une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel vient d'être rendue par le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Carcassonne ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience,

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 22 juin 2017 :

- Mme Turban en son rapport ;
- Les observations de Me Grau pour M. H. et celui-ci en ses explications ;
- Mme O., dûment convoquée, n'étant ni présente, ni représentée ;

- Le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de l'Aude, dûment averti, n'étant ni présent, ni représenté ;

M. H. ayant été invité à reprendre la parole en dernier ;

Après en avoir délibéré

1- Considérant qu'il résulte de l'instruction que M. H., masseur-kinésithérapeute, a donné des soins à plusieurs reprises, et, en dernier lieu, le 29 juillet 2015, à Mme O. ; que cette dernière, invoquant des gestes déplacés à connotation sexuelle qu'aurait effectués le praticien, a déposé une plainte contre lui pour attouchements sexuels ; qu'elle s'est ainsi plainte d'avoir dû, lors d'une séance tenue ce jour, se mettre entièrement nue et d'avoir subi de la part du professionnel des caresses du haut de la poitrine jusqu'à l'entre-cuisse pour remonter à son sexe qu'il a tenté d'embrasser avant qu'elle ne mette fin à la séance ; qu'elle indique que, pour s'assurer de sa tranquillité, le professionnel avait fermé la porte à clef en début de séance ; qu'elle fait connaître aussi que ces faits avaient été précédés de la part du professionnel à l'occasion de séances antérieures de gestes moins appuyés mais qu'elle avait déjà pu interpréter comme à connotation sexuelle ; que, pour les faits d'agression sexuelle survenus le 29 juillet 2015 et pour des agissements similaires imposés à une autre patiente, M. H. a fait l'objet à compter du 21 août 2015 d'une mesure de placement sous contrôle judiciaire consistant en l'interdiction d'exercer sa profession, ce contrôle étant toutefois modifié le 11 septembre 2015 afin de l'autoriser à s'adjoindre les services d'un remplaçant ; que la demande de levée de cette mesure d'interdiction a été rejetée par ordonnance du 29 décembre 2015 du juge d'instruction du tribunal de grande instance de Carcassonne confirmée par arrêt du 9 février 2016 de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Montpellier ; qu'une procédure pénale est en cours devant le tribunal de grande instance de Carcassonne, Mme O. ayant produit à l'instance l'expertise psychiatrique de M. H. et l'expertise psychologique la concernant ;

2- Considérant que, parallèlement à cette plainte, Mme O. a procédé à un signalement auprès du conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de l'Aude qu'elle avait une première fois averti sous la forme d'une lettre anonyme ayant conduit l'instance ordinaire à prononcer une première mise en garde à l'encontre de M. H. ; qu'à défaut de conciliation la plainte a été transmise à la chambre disciplinaire de première instance du Languedoc-Roussillon qui a prononcé la sanction de la suspension d'exercice pendant dix-huit mois ; que M. H. fait appel de cette décision ; que, s'il appartient en principe au juge disciplinaire de statuer sur une plainte dont il est saisi sans attendre l'issue d'une procédure pénale en cours concernant les mêmes faits, il a la possibilité de surseoir à statuer si une telle mesure est utile à la qualité de l'instruction ou à la bonne administration de la justice ; que, dans les circonstances de l'espèce, il ne résulte pas de l'instruction que l'une de ces conditions soit remplie ; que dès lors il y a lieu de rejeter les conclusions de sursis à statuer présentées par M. H. ;

Sur la régularité de la procédure :

3- Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des énonciations de la décision attaquée que M. H. a été régulièrement représenté à l'instance ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que l'audience aurait été fixée à une date à laquelle il n'était pas disponible ne peut qu'être écarté ;

4- Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 11 du code de procédure pénale : « *Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète/ Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal* » ; que ces dispositions ne font pas obstacle à la production spontanée par l'une des parties des éléments d'information recueillis dans le cadre d'une procédure pénale et à ce que le juge statue au vu de ces pièces dès lors qu'elles ont été régulièrement soumises au contradictoire ; que par suite M. H. n'est pas fondé à soutenir qu'il ne bénéficierait pas d'un procès équitable faute d'avoir pu produire devant le juge disciplinaire des pièces du procès pénal qu'il estime couvertes par le secret de l'instruction ; que le secret de l'instruction ne s'appliquant pas aux parties à l'instance, Mme O. a pu sans méconnaître ce principe verser pour sa part à l'instance le procès-verbal d'audition devant la gendarmerie nationale ainsi que les ordonnances fixant les modalités du contrôle judiciaire auxquelles M. H. est astreint ; que dès lors il y a lieu de rejeter les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure de première instance en raison de la méconnaissance des règles du procès équitable telles qu'elles résultent de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

5- Considérant que, si M. H. soutient qu'il a fait l'objet de deux poursuites distinctes pour les mêmes faits alors que les principes de nécessité et de proportionnalité des peines s'opposent au cumul des poursuites pénales et disciplinaires, ces principes ne font pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature disciplinaire ou pénale en application de corps de règles distincts devant leurs propres ordres de juridiction ; qu'ainsi, des sanctions pénales et disciplinaires peuvent se cumuler à raison des mêmes faits, les poursuites pénales et disciplinaires ayant une nature et un objet différents, sous réserve que, en cas de cumul de sanctions, et dans le respect du principe de proportionnalité, la durée cumulée d'interdiction n'excède pas le maximum légal le plus élevé ; qu'ainsi, la demande de M. H. tendant au rejet de la plainte en raison de l'existence d'une procédure pénale ne peut qu'être rejetée ;

Sur le fond :

6- Considérant que les dispositions de l'article R. 4321-58 du code de la santé publique impartissent au masseur-kinésithérapeute d'adopter une attitude correcte et attentive envers la personne qu'il soigne ; que celles de l'article R. 4321-79 du même code lui imposent de s'abstenir de tout acte de nature à déconsidérer la profession qu'il exerce ;

7- Considérant qu'il ressort des propres déclarations de M. H. faites au cours des différentes procédures engagées devant lui qu'il reconnaît avoir accompli les gestes décrits par Mme O. sans toutefois avoir fait usage de violence ni effectué de pénétration digitale ; qu'il tente d'expliquer ses gestes par un contexte professionnel marqué par le départ de son associé à la suite de malversations et par des prises médicamenteuses qui auraient eu un effet sur son comportement ; qu'il y a lieu toutefois de retenir que les gestes en cause ne relèvent pas de la pratique de la masso-kinésithérapie et ne peuvent se réclamer d'aucune justification thérapeutique ; qu'ils constituent des agressions sexuelles ressenties comme telles par la victime ainsi qu'en témoigne l'expertise psychologique réalisée dans le cadre de l'instance pénale ; qu'il ne résulte pas de l'autorisation de mise sur le marché du médicament prescrit à M. H. que celui-ci ait pu avoir des effets sur son comportement de nature à altérer sa lucidité ; que ces manquements graves justifient qu'une sanction soit prononcée à l'encontre de l'intéressé ;

8- Considérant que, compte tenu de l'ensemble de ces éléments et notamment du fait que M. H. a été antérieurement averti par l'ordre à l'occasion d'une précédente dénonciation et que la décision de contrôle judiciaire fait apparaître le cas d'une autre patiente, il ne ressort pas du nouvel examen des circonstances de l'espèce que les premiers juges aient inexactement apprécié la gravité des faits commis par M. H. en lui infligeant la sanction de l'interdiction d'exercer la profession de masseur-kinésithérapeute pendant une durée de dix-huit mois ; que cette sanction cumulée avec les mesures de contrôle judiciaire déjà prononcées par le juge pénal, n'excède pas la durée maximale de telles interdictions ainsi qu'elles sont prévues respectivement par les articles L. 4124-6 du code de la santé publique et 131-27 du code pénal ; qu'il y a lieu de préciser que cette période d'interdiction commencera le 1^{er} septembre 2017 et s'achèvera le 28 février 2019 ;

DECIDE

Article 1^{er} :

La requête de M. H. est rejetée.

Article 2 :

L'exécution de cette sanction prononcée à l'encontre de M. H. prendra effet le 1^{er} septembre 2017 à 0 heure et cessera de porter effet le 28 février 2019 à minuit.

Article 3 :

La décision n°80 de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Languedoc-Roussillon du 4 mars 2016 est réformée en ce qu'elle a de contraire à la présente décision.

Article 4 :

La présente décision sera notifiée à M. H., à Mme O., au conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de l'Aude, au conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, au procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Carcassonne, au directeur général de l'Agence régionale de santé Occitanie, à la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Languedoc-Roussillon et au ministre des Solidarités et de la santé.

Copie pour information en sera délivrée à Me Grau et à Me Trilles.

Ainsi fait et délibéré par M. BARDOU, Conseiller d'Etat honoraire, Président et Mme TURBAN, MM. DAVID, DUCROS, DUTARTRE, PIRES, membres assesseurs de la chambre disciplinaire nationale.

Gilles BARDOU
Conseiller d'Etat honoraire
Président

Aurélie VIEIRA
Greffière

La République mande et ordonne au ministre chargé de la santé en ce qui le concerne, ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.