

ORDRE NATIONAL DES MASSEURS-KINESITHERAPEUTES

CHAMBRE DISCIPLINAIRE NATIONALE

N°055-2014 Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes c. M. F.

Rapporteur : Mme Magalie TURBAN

Audience publique du 1^{er} juin 2016

Décision rendue publique par affichage le 21 juin 2016

Vu la requête, enregistrée le 20 octobre 2014 au greffe de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, présentée pour le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, dont le siège social est 120-122 rue Réaumur, 75002 Paris, représenté par sa présidente, par Me Jérôme Cayol ; il demande que soit annulée la décision de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Languedoc-Roussillon en date du 24 septembre 2014 en tant qu'elle prononce la sanction du blâme à l'encontre de M. F., que soit prononcée à l'égard de M. F. une sanction en rapport avec la gravité des faits qui lui sont reprochés et condamne M. F. à lui payer la somme de 2000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; il soutient que M. F. qui exerce la profession de masseur-kinésithérapeute dans le département de l'Hérault depuis le 11 décembre 2007 pratique, dans le cadre de son activité, une technique appelée « *biorésonance* » et utilise un appareil appelé « *Etioscan* », appareil qu'il vend dans le cadre d'une SARL ; que, saisie d'une plainte du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes et du conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de l'Hérault, la chambre disciplinaire de première instance a écarté la violation des articles R. 4321-64, R. 4321-65 et R.4321-69 du code de la santé publique et en retenant la violation des articles R. 4321-80 et R. 4321-87 a prononcé un blâme à l'encontre de M. F. ;

- qu'en application de l'article L. 4122-3 du code de la santé publique, la requête du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes est recevable ;
- qu'elle est bien fondée ; que si la chambre disciplinaire de première instance a retenu à bon droit la violation des articles R. 4321-80 et R. 4321-87 en raison de l'utilisation d'un appareil et d'un procédé non suffisamment éprouvés, voire illusoires, la gravité de ces atteintes aurait dû conduire la chambre disciplinaire à sanctionner bien plus sévèrement M. F. et à ne pas se borner à un blâme ; que, dans des cas proches, la jurisprudence retient des sanctions plus lourdes que le blâme ;
- que c'est à tort que la chambre disciplinaire de première instance a écarté les moyens tirés de la méconnaissance des articles R. 4321-64, R. 4321-65 et R. 4321-69 du code de la santé publique ; qu'en effet, en application des articles R. 4321-64 et R. 4321-65, lorsqu'un masseur-kinésithérapeute révèle une nouvelle pratique insuffisamment éprouvée auprès de professionnels, il doit le faire avec les réserves qui s'imposent, et qu'un masseur-kinésithérapeute ne peut révéler une nouvelle pratique insuffisamment éprouvée auprès d'un public non professionnel, quelles que soient les modalités de cette communication ; que M. F. dispose d'un site internet consacré de prime abord au seul appareil Etioscan, mais qui est également le support d'une information sur la technique de la biorésonance, les deux étant indissociables ; que ni l'appareil, ni la

technique ne sont reconnus scientifiquement alors que sur son site internet M. F. utilise des formules affirmatives, dénuées de toute réserve pour présenter cet appareil ; que la seule mention indiquant que l'Etioscan n'est pas un appareil de diagnostic ou un appareil médical est insuffisante ; qu'il résulte de la plaquette d'information que M. F. délivre des formations sur l'Etioscan et la biorésonance sans émettre de restrictions quant aux conditions relatives aux participants à ces formations qui peuvent être des professionnels ou des non professionnels ; que, contrairement à ce qu'a énoncé la décision attaquée, M. F. a également méconnu les dispositions de l'article R. 4321-69 du code de la santé publique ; qu'en effet, un masseur-kinésithérapeute n'est pas autorisé à vendre un appareil ayant un intérêt pour la santé ; que M. F. vend l'Etioscan en le présentant comme ayant un intérêt pour la santé ; que l'exception prévue à l'article L. 4113-6 du code de la santé publique n'est pas applicable dès lors qu'il n'est pas démontré qu'avant leur mise en application, ces techniques aient été soumises pour avis au conseil départemental de l'ordre ; qu'il n'y a eu qu'une information du conseil national de l'ordre ;

Vu la décision attaquée ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 19 décembre 2014, présenté pour M. F., demeurant (...), par Me Eric Rocher-Thomas ; il conclut au rejet de la requête d'appel comme irrecevable, à défaut au rejet au fond de la requête d'appel et à la réformation de la décision de la chambre disciplinaire de première instance en ce qu'elle inflige un blâme à M. F., et à la condamnation du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes au versement de la somme de 3000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient

- que la requête est irrecevable au regard des dispositions de l'article 5-1-2 du règlement intérieur du conseil national ; qu'en effet, ne sont produits ni la convocation, ni la preuve du respect du quorum et de l'envoi de la convocation 15 jours au moins avant la réunion ;
- que M. F. a respecté les dispositions des articles R. 4321-80 et R. 4321-87 du code de la santé publique ; que l'audition de M. F. au Sénat avait pour objet de procéder à des auditions de praticiens utilisant de nouvelles techniques en matière de santé pour déceler les techniques pouvant poser problème au regard des mouvances sectaires et que ni M. F., ni l'Etioscan, ni la biorésonance n'ont été cités dans le rapport final de la commission ; que l'utilisation d'ondes électromagnétiques est acceptée et reconnue par l'article R.4321-7 du code de la santé publique ; qu'ainsi le principe même de la biorésonance est déjà reconnu au regard des données actuelles de la science ;
- que les soins pratiqués par M. F. au titre de la biorésonance le sont toujours en complément d'une prescription de soins et après une séance utilisant les techniques classiques ;
- que, dès lors que l'Etioscan n'a jamais été remboursé par la Sécurité sociale, les dispositions des articles R. 4321-69 et L. 4113-6 du code de la santé publique ne sont pas applicables ;
- que les dispositions des articles L. 4113-9 et 10 du code de la santé publique ne sont pas applicables à la situation de M. F. dès lors que ce n'est pas en qualité de masseur-kinésithérapeute que M. F. commercialise son appareil, mais en qualité d'actionnaire d'une société et qu'il est propriétaire de son appareil ;

- que les dispositions des articles R. 4321-64 et 65 du code de la santé publique ne sont pas applicables à M. F. dès lors que ce dernier ne vend pas l'appareil ou ne prodigue pas des actions de formation à des non-professionnels ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 13 mars 2015, présenté pour le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes par Me Cayol, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ; il soutient en outre

- que la requête est recevable ; qu'en effet, le quorum est conforme aux dispositions des articles 45 et 21 du règlement de fonctionnement comme cela résulte du procès-verbal de la délibération ; qu'au vu de la situation d'urgence pour respecter le délai d'appel, le conseil national a d'une part informé par courriel les conseillers de la tenue d'un vote sur le principe de l'appel, et, d'autre part, recueilli les votes par courriel ; qu'en tout état de cause, un tiers au Conseil national ne peut faire valoir la prétendue méconnaissance par ses membres des dispositions du règlement de fonctionnement ; qu'en toute hypothèse, une telle méconnaissance ne serait pas de nature à entraîner l'irrégularité de la délibération ;
- que, contrairement à ce que soutient M. F., les dispositions de l'article R. 4321-87 du code de la santé publique sont trop imprécises pour autoriser à elles seules le recours à la biorésonance ; que, de surcroît, l'utilisation « *des ondes mécaniques, infrasons, vibrations sonores, ultrasons* » est sans lien avec la technique de la biorésonance ; que M. F. a été entendu par la commission parlementaire en qualité de masseur-kinésithérapeute utilisateur d'une technique insuffisamment éprouvée ; que ce n'est pas l'importance de l'utilisation de la biorésonance qui est en cause mais son utilisation elle-même ;
- que la circonstance que l'appareil ne soit pas remboursé par la Sécurité sociale ne permet pas de soutenir que les dispositions des articles R. 4321-69 et L. 4113-6 du code de la santé publique n'ont pas été méconnues ;
- que c'est à tort que M. F. fait valoir sa qualité d'actionnaire de la société Etioscan pour justifier le non-respect des dispositions des articles L. 4113-9 et L. 4113-10 du code de la santé publique dès lors qu'il utilise l'appareil comme support de son activité de masseur-kinésithérapeute ;

Vu le mémoire, enregistré le 23 avril 2015, présenté pour M. F. par Me Rocher-Thomas ; il persiste dans ses précédentes conclusions par les mêmes moyens ; il soutient en outre

- que la régularité de l'appel est conditionnée par le respect de l'ensemble des règles de procédure et de fonctionnement du conseil national ; que M. F. étant un masseur-kinésithérapeute et un « justiciable » est recevable à exciper des irrégularités entachant la procédure d'appel ; que le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes reconnaît n'avoir pas respecté le délai de convocation ; que s'il soutient qu'il y avait urgence, il n'en justifie pas ; que, d'après le document intitulé « relevé de décision » produit par le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, une consultation serait intervenue entre le 3 et le 7 octobre 2014 ; que cependant la convocation n'étant pas versée aux débats, ni son existence ni son contenu ne sont établis ; que le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes reconnaît avoir recueilli les votes par courriels ; que cette procédure n'est organisée par aucun texte et viole l'article 12-3 du règlement intérieur ; qu'en outre les conditions dans lesquelles ce vote est intervenu ne sont pas connues, le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes n'apportant pas la preuve

de la mise en place d'une procédure sécurisée et d'authentification des courriels ; que, compte tenu de la procédure retenue, aucun débat n'a pu avoir lieu avant le vote ;

- que, pour soutenir que l'article R. 4321-7 du code de la santé publique ne permet pas l'utilisation de la biorésonance, le conseil national intervient dans un domaine pour lequel il n'a pas compétence et qu'il ne verse aux débats aucune étude scientifique mais procède unilatéralement ; que c'est au conseil national d'apporter la preuve que la technique de la biorésonance pose problème ; que la commission d'enquête parlementaire n'a rien eu à dire sur la technique employée par M. F. ;
- que la commercialisation de l'appareil n'est pas faite par M. F. en arguant de sa qualité de masseur-kinésithérapeute ; que retenir une autre interprétation de l'article R. 4321-69 du code de la santé publique serait contraire à la liberté du commerce et de l'industrie ;
- que l'interprétation des articles L. 4113-9 et 10 du code de la santé publique faite par le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes ne peut être retenue, ces dispositions n'impliquant pas de justifier des intérêts dans une structure distincte de l'exercice de sa profession et dans laquelle il ne revendique pas sa qualité de masseur-kinésithérapeute ; que le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes n'apporte aucun élément pour démontrer que la formation et la vente concerneraient des non professionnels ; qu'une mention destinée à un public professionnel est rédigée en termes clairs et précis pour indiquer qu'il ne s'agit pas d'un appareil de diagnostic ou médical ;

Vu le mémoire, enregistré le 4 juin 2015, présenté pour le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes par Me Cayol, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ; il soutient en outre

- que seule la délibération adoptée à l'issue de la procédure suffit à justifier la recevabilité de l'appel ; que cette recevabilité doit être examinée au regard des seules dispositions des articles L. 4122-3 et R. 4126-44 du code de la santé publique qui concernent l'auteur de l'appel et le délai ; que la délibération autorisant la présidente à interjeter appel a été produite ; que le vote électronique est bien prévu par l'article 23 du règlement ; que ce règlement ne prévoit pas d'obligation de débat préalablement au vote des conseillers ;
- qu'au terme de l'audition par la commission d'enquête, la pratique de la biorésonance n'a été ni validée comme n'étant pas à risque, ni autorisée au regard de la science ;
- que les dispositions de l'article R. 4321-69 du code de la santé publique visent le masseur-kinésithérapeute en général même s'il ne fait pas état de cette qualité ; que M. F. ne se contente pas de vendre l'appareil mais qu'il l'utilise sur ses patients dans la pratique de la masso-kinésithérapie ;

Vu le mémoire, enregistré le 25 janvier 2016, présenté pour M. F. par Me Rocher-Thomas ; il persiste dans ses précédentes conclusions par les mêmes moyens ; il soutient en outre que, sur le site du ministère de la santé, la biorésonance est présentée comme une pratique de soins non conventionnelle comme l'homéopathie, l'ostéopathie, l'hypnose ou même le massage alors que l'article L. 4321-1 du code de la santé publique précise que la profession de masseur-kinésithérapeute consiste notamment à pratiquer habituellement le massage ; que le massage et la biorésonance sont donc mis sur le même plan ; qu'un membre du conseil national de l'ordre pratique d'ailleurs la biorésonance sans que cela semble poser problème au conseil national de l'ordre ; qu'il n'y a aucune interdiction concernant la pratique de la biorésonance ; que le principe actif de la biorésonance s'explique scientifiquement ; que la société Etioscan n'est pas une structure d'exercice de la profession de masseur-

kinésithérapeute, mais une société commercialisant l'appareil sans jamais mettre en avant la qualité de masseur-kinésithérapeute de son gérant et associé ; qu'il ne faut pas confondre les deux personnalités juridiques ; que l'interdiction d'activités annexes contreviendrait à la directive « *services* » ; qu'il en serait de même pour l'obligation de communiquer les contrats ; que la commercialisation d'un appareil n'a pas pour objet l'exercice même de la profession ;

Vu l'ordonnance du 9 mars 2016 fixant la date de clôture de l'instruction au 15 avril 2016 ;

Vu le mémoire enregistré le 23 mars 2016 présenté pour le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes par Me Cayol ; il persiste dans ses précédentes conclusions par les mêmes moyens ; il soutient en outre

- que c'est à tort que M. F. indique que la biorésonance est une pratique de soins non conventionnelle au même titre que les massages ; qu'il se fonde sur une fiche publiée sur le site internet du ministère chargé de la santé alors qu'une telle fiche qui n'est publiée qu'à titre informatif dans un but de vulgarisation et qui vise le massage à finalité esthétique est dépourvue de valeur juridique ; que, de plus, M. F. se fonde sur des dispositions obsolètes de l'article L. 4321-1 du code de la santé publique ; qu'en effet, la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 a supprimé la référence explicite au massage ; que le massage pratiqué par les masseurs-kinésithérapeutes est d'abord un massage thérapeutique ;
- que, contrairement à ce que soutient M. F., l'article R. 4321-7 du code de la santé publique n'autorise pas la pratique de la biorésonance et que les pratiques qui y sont visées sont sans lien avec la biorésonance ;
- que la biorésonance demeure une pratique insuffisamment éprouvée ;
- que c'est à tort que M. F. soutient que la commercialisation de l'appareil Etioscan était régulière dès lors qu'elle a été effectuée au nom de la société Etioscan et non en sa qualité de masseur-kinésithérapeute ; qu'en effet, les dispositions de l'article R. 4321-69 du code de la santé publique visent le masseur-kinésithérapeute en général ; que la circonstance qu'un masseur-kinésithérapeute vende un produit qu'il présente comme ayant un intérêt pour la santé emporte violation des règles déontologiques de la profession ;
- que M. F. utilise l'appareil Etioscan comme support de son activité et donc pour l'exercice de sa profession ; qu'il ne peut dès lors soutenir qu'il n'avait pas à communiquer à l'ordre les contrats en application de l'article L. 4113-9 du code de la santé publique ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu l'article 75-I de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 1^{er} juin 2016 :

- Mme Turban en son rapport ;
- Les observations de Me Cayol pour le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes ;
- Les observations de Me Rocher-Thomas pour M. F. et M. F. en ses explications ;
- Le conseil départemental de l'Hérault, dûment convoqué, ne s'étant ni présenté ni fait représenter ;

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

Après en avoir délibéré

1- Considérant que M. F., inscrit au tableau de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de l'Hérault depuis le 11 décembre 2007, utilise un appareil dénommé Etioscan pour la mise en œuvre d'une technique appelée biorésonance à ses patients dans son cabinet de kinésithérapie ; que le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes et le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de l'Hérault, estimant cette pratique contraire aux articles R. 4321-64, R. 4321-65, R. 4321-69, R. 4321-80 et R. 4321-87 du code de la santé publique ont, chacun, saisi d'une plainte la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Languedoc-Roussillon ; que, par la décision attaquée du 24 septembre 2014, cette dernière a infligé à M. F. la sanction du blâme ; que le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes demande à la chambre disciplinaire nationale d'annuler cette décision en tant qu'elle prononce la sanction du blâme, et de prononcer à l'encontre de M. F. une sanction en rapport avec la gravité des faits reprochés ;

Sur la recevabilité de la requête d'appel du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes :

2- Considérant qu'aux termes du V de l'article L. 4122-3 du code de la santé publique rendu applicable aux masseurs-kinésithérapeutes par l'article L. 4321-19 du même code: « *V. - Peuvent faire appel, outre l'auteur de la plainte et le professionnel sanctionné, le ministre chargé de la santé, le représentant de l'Etat dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé, le procureur de la République, le conseil départemental et le conseil national de l'ordre intéressé (...)* » ;

3- Considérant que pour se prononcer sur la nécessité de faire appel de la décision de la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Languedoc-Roussillon en date du 24 septembre 2014, le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes a recouru à la procédure de consultation électronique, 17 votants sur 20 s'étant prononcés en faveur d'un appel ; qu'il n'est pas contesté que les résultats de cette consultation ont été entérinés par une décision collégiale ; que la chambre disciplinaire nationale est ainsi valablement saisie par le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes ; que si M. F. articule des moyens relatifs à la régularité de la convocation, à l'absence d'urgence, d'ordre du jour, de débat préalable au vote, et aux modalités d'exercice du vote électronique, il n'appartient pas au juge disciplinaire de contrôler les conditions de la

consultation des instances de l'ordre ; que M. F. n'est ainsi pas fondé à soutenir que la requête du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes est irrecevable ;

Sur le bien-fondé de la décision attaquée

4- Considérant que les plaintes du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes et du conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de l'Hérault étaient fondées sur la violation des articles R. 4321-64, R. 4321-65, R. 4321-69, R. 4321-80 et R. 4321-87 du code de la santé publique ; que le jugement attaqué n'a retenu que la violation des articles R. 4321-80 et R.4321-87, mais a estimé que la violation des articles R. 4321-64, R. 4321-65 et R. 4321-69 n'était pas établie ;

Sur la violation des articles R. 4321-80 et R. 4321-87 du code de la santé publique

5- Considérant qu'aux termes de l'article R. 4321-80 du code de la santé publique : *« Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le masseur-kinésithérapeute s'engage personnellement à assurer au patient des soins consciencieux, attentifs et fondés sur les données actuelles de la science. »* et qu'aux termes de l'article R. 4321-87 du même code : *« 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. Toute pratique de charlatanisme est interdite. »* ;

6- Considérant qu'il résulte de l'instruction que M. F. utilise la technique de la biorésonance avec un appareil dénommé Etioscan dans son cabinet de kinésithérapie comme il l'a reconnu lors de son audition par la commission d'enquête parlementaire sur les dérives thérapeutiques et les dérives sectaires ; que cette technique consiste à analyser les fréquences vibratoires des patients et, par comparaison, de repérer d'éventuelles anomalies électromagnétiques en rectifiant celles-ci grâce à l'envoi par l'appareil Etioscan de signaux de faible intensité ; que, contrairement aux affirmations de M. F., dès lors que le conseil national de l'ordre a pour mission de faire respecter les obligations déontologiques du code de la santé publique, il lui appartient de se prononcer sur la question de savoir si les soins sont fondés sur les données actuelles de la science, et si les procédés utilisés sont suffisamment éprouvés ; que le fonctionnement de l'appareil Etioscan d'origine étrangère n'est pas connu et n'a pas fait l'objet de tests expérimentaux ; que si M. F. soutient que la technique de la biorésonance est autorisée par l'article R. 4321-7 du code de la santé publique qui prévoit, dans les alinéas 8°b et c, que le masseur-kinésithérapeute est habilité à utiliser la technique des ondes mécaniques, infrasons, vibrations sonores, ultrasons et ondes électromagnétiques, ces dispositions qui sont sans lien avec la technique susrappelée de la biorésonance ne sauraient être interprétées comme habilitant un praticien à mettre en œuvre une technique non fondée sur les données actuelles de la science ; que, si une fiche publiée sur le site du ministère des affaires sociales et de la santé classe la biorésonance dans les pratiques de soins non conventionnelles parmi d'autres pratiques comme l'homéopathie, la sophrologie, l'ostéopathie ou les massages, cette fiche, compte tenu de son objet qui concerne uniquement la présentation de pratiques non conventionnelles, ne saurait viser les massages thérapeutiques effectués par les masseurs-kinésithérapeutes ; que la référence à un seul article de la presse généraliste concernant au surplus le fonctionnement de mécanismes d'horlogerie ne saurait permettre d'affirmer que le principe de la biorésonance est admis par la science ;

7- Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la pratique de la biorésonance ne correspond pas aux données actuelles de la science et utilise un procédé insuffisamment

éprouvé ; qu'ainsi que l'a jugé la décision attaquée, elle est contraire aux dispositions précitées des articles R. 4321-80 et R. 4321-87 du code de la santé publique ;

Sur la violation des articles R. 4321-64, R. 4321-65 et R. 4321-69 du code de la santé publique

8- Considérant qu'aux termes de l'article R. 4321-64 du code de la santé publique : *« Lorsque le masseur-kinésithérapeute participe à une action d'information de caractère éducatif et sanitaire auprès d'un public non professionnel, quel qu'en soit le moyen de diffusion, il ne fait état que de données suffisamment confirmées, fait preuve de prudence et a le souci des répercussions de ses propos auprès du public. Il se garde à cette occasion de toute attitude publicitaire, soit personnelle, soit en faveur des organismes où il exerce ou auxquels il prête son concours. Il ne promeut pas une cause qui ne soit pas d'intérêt général. »* ; qu'aux termes de l'article R. 4321-65 du même code : *« 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 ne fait pas une telle divulgation auprès d'un public non professionnel »* ; que, pour écarter les griefs de violation de ces articles, les premiers juges ont d'abord estimé que le dossier ne permettait pas d'imputer à M. F. des actions d'information sur la biorésonance et sur l'Etioscan vers un public non professionnel ; que cependant M. F. dispose d'un site internet accessible à tous, consacré à l'Etioscan et qui se réfère expressément à la biorésonance ; que si le jugement attaqué retient également que M. F. a fait preuve de réserves suffisantes dans sa présentation de l'appareil à l'égard des professionnels, il résulte des pièces du dossier que sur le site internet et sur la notice de présentation, les avantages de l'Etioscan sont longuement décrits de façon très affirmative avec une seule mention précisant qu'il ne s'agit ni d'un appareil de diagnostic, ni d'un appareil médical ; que cette seule réserve pour la présentation de techniques insuffisamment éprouvées est insuffisante au regard des dispositions précitées de l'article R. 4321-65 ;

9- Considérant qu'aux termes de l'article R. 4321-69 du même code : *« Il est interdit à un masseur-kinésithérapeute, sauf dérogations accordées par le conseil national de l'ordre, dans les conditions prévues par l'article L. 4113-6, de distribuer à des fins lucratives, des remèdes, appareils ou produits présentés comme ayant un intérêt pour la santé. »* ; qu'aux termes de l'article L. 4113-6 du code de la santé publique : *« (...) Toutefois, l'alinéa précédent ne s'applique pas aux avantages prévus par conventions passées entre les membres de ces professions médicales et des entreprises, dès lors que ces conventions ont pour objet explicite et but réel des activités de recherche ou d'évaluation scientifique, qu'elles sont, avant leur mise en application, soumises pour avis au conseil départemental de l'ordre compétent et notifiées, lorsque les activités de recherche ou d'évaluation sont effectuées, même partiellement, dans un établissement de santé au responsable de l'établissement, et que les rémunérations ne sont pas calculées de manière proportionnelle au nombre de prestations ou produits prescrits, commercialisés ou assurés (...) »* ;

10- Considérant que si M. F. soutient que ces dispositions sont contraires à la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 dite directive « services », il résulte des termes mêmes de cette directive que les services des soins de santé sont en toute hypothèse exclus de son application ;

11- Considérant qu'il résulte de l'instruction que M. F. vend l'appareil Etioscan comme ayant un intérêt pour la santé et qu'il l'utilise dans l'exercice de sa profession ; qu'il

ne peut donc utilement invoquer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; que, contrairement à ce que soutient M. F., ces dispositions s'appliquent bien à lui en sa qualité de masseur-kinésithérapeute, même s'il a créé une société pour effectuer la commercialisation de l'appareil ; que la circonstance que l'appareil Etioscan ne soit pas remboursé par la Sécurité sociale est sans incidence sur l'application de l'article R.4321-69 précité ;

12- Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article L. 4113-6 que, contrairement à ce qui est indiqué dans le jugement, c'est le conseil départemental, et non le conseil national, qui devait donner un avis sur les conventions passées ; que le conseil départemental n'a pas été sollicité et que le conseil national a été au mieux informé, mais qu'il n'a pas donné un avis formel ; que les dispositions de l'article R. 4321-69 n'ont donc pas été respectées ;

13- Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes est fondé à soutenir que c'est à tort que par le jugement attaqué les griefs tirés de la violation des dispositions des articles R. 4321-64, R. 4321-65, R. 4321-69 ont été écartés ;

Sur la sanction

14- Considérant qu'aux termes de l'article L. 4124-6 du code de la santé publique, rendu applicable aux masseurs-kinésithérapeutes par l'article L. 4321-19 du même code : *« Les peines disciplinaires que la chambre disciplinaire de première instance peut appliquer sont les suivantes : 1° L'avertissement ; 2° Le blâme ; 3° L'interdiction temporaire avec ou sans sursis ou l'interdiction permanente d'exercer une, plusieurs ou la totalité des fonctions de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme, conférées ou rétribuées par l'Etat, les départements, les communes, les établissements publics, les établissements reconnus d'utilité publique ou des mêmes fonctions accomplies en application des lois sociales ; 4° L'interdiction temporaire d'exercer avec ou sans sursis ; cette interdiction ne pouvant excéder trois années ; 5° La radiation du tableau de l'ordre. Les deux premières de ces peines comportent, en outre, la privation du droit de faire partie du conseil départemental, du conseil régional ou du conseil interrégional et du conseil national, de la chambre disciplinaire de première instance ou de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre pendant une durée de trois ans ; les suivantes, la privation de ce droit à titre définitif. Le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme radié ne peut se faire inscrire à un autre tableau de l'ordre. La décision qui l'a frappé est portée à la connaissance des autres conseils départementaux et de la chambre disciplinaire nationale dès qu'elle est devenue définitive. Les peines et interdictions prévues au présent article s'appliquent sur l'ensemble du territoire de la République. Si, pour des faits commis dans un délai de cinq ans à compter de la notification d'une sanction assortie d'un sursis, dès lors que cette sanction est devenue définitive, la juridiction prononce l'une des sanctions prévues aux 3° et 4°, elle peut décider que la sanction, pour la partie assortie du sursis, devient exécutoire sans préjudice de l'application de la nouvelle sanction. »*

15- Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, les dispositions des articles R.4321-64, R.4321-65, R. 4321-69, R. 4321-80 et R. 4321-87 du code de la santé publique ont été méconnues ; que, compte tenu de la gravité des faits reprochés à M. F., la sanction du blâme infligée par la décision attaquée apparaît insuffisante ; qu'il y a lieu d'infliger à M. F. la sanction d'interdiction d'exercer la masso-kinésithérapie pendant une durée de trois mois avec sursis ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

16- Considérant qu'aux termes de l'article 75-1 de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991, applicable en l'espèce faute, pour les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative d'avoir été étendues aux masseurs-kinésithérapeutes : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation (...)* » ;

17- Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes la somme de 3000 euros que demande M. F. au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de M. F. la somme de 2000 euros que demande le conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

DECIDE

Article 1^{er} :

Il est prononcé à l'encontre de M. F. la sanction disciplinaire de l'interdiction d'exercer la masso-kinésithérapie pendant une durée de trois mois avec sursis.

Article 2 :

La décision attaquée est réformée en ce qu'elle a de contraire à la présente décision.

Article 3 :

Les conclusions du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes et de M. F. tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 :

La présente décision sera notifiée au conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, à M. F., au conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de l'Hérault, au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Montpellier, au directeur général de l'Agence régionale de santé du Languedoc-Roussillon – Midi-Pyrénées, à la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Languedoc-Roussillon et au Ministre des Affaires sociales et de la Santé.

Copie pour information en sera adressée à Me Cayol et à Me Rocher-Thomas.

Ainsi fait et délibéré par Mme CAMGUILHEM, Conseillère d'Etat honoraire, Présidente et Mme TURBAN, MM. BÉGUIN, DEBIARD, DUCROS, DUTARTRE, membres assesseurs de la chambre disciplinaire nationale.

Anne-Marie CAMGUILHEM
Conseillère d'Etat honoraire
Présidente

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.