ORDRE NATIONAL DES MASSEURS-KINESITHERAPEUTES

CHAMBRE DISCIPLINAIRE NATIONALE

N°021-2019 MM. A. et O. c. conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Meurthe-et-Moselle

Rapporteur : M. Michel RUSTICONI

Audience publique du 7 septembre 2020

Décision rendue publique par affichage le 28 octobre 2020

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

Par délibération en date du 28 mai 2018, le Conseil Départemental de l'Ordre des masseurs kinésithérapeutes de Meurthe-et-Moselle a porté plainte contre Monsieur A. et Monsieur O., masseurs-kinésithérapeutes exerçant (…), devant la chambre disciplinaire de première instance du Grand Est de l'Ordre des masseurs kinésithérapeutes.

Par une décision n° GE 006-2018 du 27 mai 2019, la chambre disciplinaire de première instance du conseil régional de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes du Grand Est, a infligé à Monsieur A. et à Monsieur O., la sanction de blâme et les a condamnés à verser solidairement la somme de mille euros au conseil départemental de l'Ordre des masseurs kinésithérapeutes de la Meurthe-et-Moselle, au titre de l'article 75-1 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991.

Procédure devant la chambre disciplinaire nationale :

Par une requête et un autre mémoire, enregistrés les 27 juin et 29 août 2019 au greffe de la chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des masseurs kinésithérapeutes, Messieurs A. et O., représentés par Maître Frédéric Berna, demandent à la chambre disciplinaire nationale d'annuler cette décision.

Vu les autres pièces produites et jointes au dossier ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu l'article 75-1 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 7 septembre 2020 :

- M. Rusticoni en son rapport ;

- Les observations de Me Berna pour M. O. et M. A. ;

- Les observations de Me Valence pour le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Meurthe-et-Moselle ;

Monsieur A. ayant été invité à reprendre la parole en dernier.

Après en avoir délibéré

Considérant ce qui suit :

1. Monsieur A. et Monsieur O., masseurs-kinésithérapeutes à (…), font appel de la décision du 27 mai 2019, par laquelle la chambre disciplinaire de première instance du conseil régional de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes du Grand Est leur a infligé un blâme pour avoir méconnu les dispositions des articles R.4321-65, R.4321-67, R.4321-74, R.4321-87, R.4321-123 et R.4321-124 du code de la santé publique.

Sur les griefs

En ce qui concerne la méconnaissance des dispositions relatives à la publicité :

2. Aux termes de l'article R.4321-67 du code de la santé publique : « *La masso-kinésithérapie ne doit pas être pratiquée comme un commerce. Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité, exception faite des cas prévus aux articles R. 4321-124 et R. 4321-125 (...)* » ; aux termes de l'article R.4321-74 du même code : « *Le masseur-kinésithérapeute veille à l'usage qui est fait de son nom, de sa qualité ou de ses déclarations. Il ne doit pas tolérer que les organismes, publics ou privés, où il exerce ou auxquels il prête son concours, utilisent son identité à des fins publicitaires auprès du public non professionnel*. » ; aux termes de l'article R.4321-124 du même code : *« Dans le cadre de l'activité non thérapeutique, la publicité est exclusivement autorisée dans les annuaires à usage du public, dans une autre rubrique que celle des masseurs-kinésithérapeutes. Le dispositif publicitaire est soumis pour autorisation au conseil départemental de l'ordre. /Lorsque le masseur-kinésithérapeute exerce exclusivement dans le cadre non thérapeutique, le dispositif publicitaire est soumis à l'accord du conseil départemental de l'ordre. (...)»*.

3. Il résulte de l'instruction que MM. A. et O. ont fondé, en parallèle de leur activité principale de masseurs-kinésithérapeutes, un centre de cryothérapie corps entier distinct de leur cabinet et géré par la société par action simplifiée (…), qu'ils ont créée avec le Docteur C.. A l'occasion de l'inauguration de ce centre, trois articles ont été publiés dans la presse locale et professionnelle, dans lesquels sont décrites les conditions de déroulement d'une séance de cryothérapie et reprises des déclarations louangeuses des usagers, en particuliers des sportifs de haut niveau, ainsi que des interventions des professionnels de santé du centre, faisant état bienfaits qui peuvent être attendus de la cryothérapie pour une récupération rapide après le sport

et pour « améliorer la qualité de vie » en cas de stress ou de douleurs. Un quatrième article, intitulé « Une équipe de pros, pour se sentir mieux au boulot », relatif à un programme de remise en forme en dix semaines à destination des salariés, proposé par (…), précise que la cryothérapie « permet d'agir en douceur et sans médicament sur certains troubles de la vie quotidienne comme les migraines, les troubles du sommeil, le stress et l'anxiété, tout en soulageant la douleur ». Ces articles renvoient au site internet du centre (…), qui énumère les domaines dans lesquels la cryothérapie corps entier peut apporter un soulagement ou contribuer au traitement de certaines affections, contribuer au bien-être ou accélérer la récupération des sportifs, et présente les deux masseurs-kinésithérapeutes en faisant état de spécialités non reconnues par le Conseil national de l'ordre. Un prospectus a également été édité. Les mentions de ces publications excèdent ce qui relèverait de la simple information du public. MM. A. et O. ont ainsi fait ou laissé faire pour leur compte, de la publicité pour leur activité au sein du centre de cryothérapie, activité non thérapeutique, gérée séparément de leur activité thérapeutique. La circonstance que ce centre est très proche de leur cabinet de masso- kinésithérapie ne permet toutefois pas de conclure que ces publications constituaient également une publicité indirecte pour leur activité thérapeutique.

4. En vertu de l'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « *(...) les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un Etat membre autre que celui du destinataire de la prestation (...)* ». Dans son arrêt rendu le 4 mai 2017 dans l'affaire C-339/15, sur renvoi préjudiciel d'une juridiction belge, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que « *l'article 56 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale (...) qui interdit de manière générale et absolue toute publicité relative à des prestations de soins buccaux et dentaires (...)* ». Ainsi qu'il a été jugé par le Conseil d'Etat le 6 novembre 2019 dans l'affaire n°416948, s'il incombe au pouvoir réglementaire de définir les conditions d'une utilisation, par les professionnels de santé, de procédés de publicité compatibles avec les exigences de protection de la santé publique, de dignité de la profession médicale, de confraternité entre praticiens et de confiance des malades envers les médecins, il résulte des stipulations de l'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, notamment dans son arrêt rendu le 4 mai 2017 dans l'affaire C-339/15, qu'elles s'opposent à des dispositions réglementaires qui interdisent de manière générale et absolue toute publicité. Il y a lieu d'en conclure que les seules restrictions admissibles à la possibilité pour les professionnels de santé, d'utiliser des procédés de publicité, sont celles destinées à préserver la santé publique, la dignité de la profession, la confraternité entre praticiens et la confiance des malades à leur égard. Ces exigences ne permettent pas de justifier une limitation des supports de publicité, non plus que l'obligation de recueillir de façon systématique l'autorisation du conseil départemental de l'ordre. Les dispositions précitées de l'article R.4321-124 du code de la santé publique doivent donc être écartées.

5. Il y a lieu toutefois, ainsi que le soutient le conseil départemental de l'ordre, d'examiner si le contenu des communications litigieuses respecte les principes déontologiques applicables aux masseurs-kinésithérapeutes, en particulier l'obligation de ne pas conseiller des pratiques ou procédés insuffisamment éprouvés ou illusoires, ainsi que de ne pas pratiquer la masso-kinésithérapie comme un commerce.

En ce qui concerne la méconnaissance de l'obligation de ne pas conseiller ou proposer des pratiques ou procédés insuffisamment éprouvés ou illusoires :

6. Aux termes de l'article R4321-7 du code de la santé publique : « *Pour la mise en oeuvre des traitements mentionnés à l'article R. 4321-5, le masseur-kinésithérapeute est habilité à utiliser les techniques et à réaliser les actes suivants : / (...) 9° Autres techniques de physiothérapie :/a) Thermothérapie et cryothérapie, à l'exclusion de tout procédé pouvant aboutir à une lésion des téguments (...)* ». 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.* » ; 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.* » S'il ressort des termes de ces dispositions qu'elles s'appliquent aux pratiques, produits et procédés mis en œuvre à des fins thérapeutiques, l'article R.4321-54 du même code aux termes duquel « *Le masseur-kinésithérapeute respecte, en toutes circonstances, les principes de moralité, de probité et de responsabilité indispensables à l'exercice de la masso-kinésithérapie* », implique que les principes qu'elles édictent soient également respectés dans le cadre non thérapeutique, le masseur-kinésithérapeute devant notamment s'abstenir de conseiller des procédés dangereux ou d'induire le public en erreur sur les bénéfices attendus.

7. Il ressort des dispositions précitées que la cryothérapie est une technique autorisée dans le cadre de l'exercice de la masso-kinésithérapie à des fins thérapeutiques, à l'exclusion de tout procédé pouvant aboutir à une lésion des téguments. Il résulte par ailleurs de l'instruction que la cryothérapie corps entier, initialement utilisée par les sportifs de haut niveau afin de prévenir ou traiter les douleurs musculaires après l'exercice, est désormais utilisée à des fins de réduction d'autres types de douleurs ou de bien-être, des études faisant apparaître une certaine efficacité de cette technique. Toutefois, le rapport d'évaluation de son efficacité thérapeutique et de ses risques publié par l'INSERM en juin 2019, conclut, au vu des résultats et limites de ces études, qu'il est vraisemblable que cet effet est au mieux modeste, surtout à distance de l'intervention et qu'il ne faut pas négliger les effets indésirables observés dont certains ne sont pas anodins.

8. Il ressort des pièces du dossier que MM. A. et O. ont pris soin de distinguer clairement leur activité au sein de (…), non thérapeutique quoiqu'encadrée par des professionnels de santé, de leur activité thérapeutique en cabinet. Si la pratique de la cryothérapie corps entier n'est pas exempte de risques, d'une part, ceux-ci sont en l'espèce limités par l'utilisation d'une technique de production de froid à -110° par électricité, moins dangereuse que celle utilisant l'azote liquide à des températures allant jusqu'à -150°, d'autre part, le Dr C. examine chaque client avant sa première séance de cryothérapie et fixe les conditions dans lesquelles celui-ci peut bénéficier de cette technique. Les requérants ne peuvent donc être regardés comme ayant fait la promotion d'une pratique dangereuse. Par contre, il est regrettable que l'énumération des bénéfices attendus de la pratique de la cryothérapie corps entier, figurant sur le site internet de (…), comme dans les déclarations qui leur sont imputées dans les articles, ne soit pas assortie de réserves et que les effets indésirables possibles ne soient pas mentionnés. En publiant ou laissant publier ces informations incomplètes à caractère publicitaire, qui pouvaient induire le

public en erreur, MM. A. et O. ont méconnu les dispositions précitées de l'article R.4321-54 du code de la santé publique.

En ce qui concerne les autres griefs :

9. Le conseil départemental de l'ordre soutient par ailleurs qu'en organisant leur activité de cryothérapie corps entier dans le cadre d'une société commerciale, dont l'objet consiste en «L'acquisition ou la location, l'installation et l'exploitation de chambres de cryothérapie corps entier,/ L'acquisition, la location, la prise à bail, l'installation de tous locaux nécessaires à l'exercice de ces activités,/ L'activité de salon esthétique,/ L'enseignement et la formation destinés aux particuliers et professionnels de la santé et de la forme (…)», au surplus non inscrite au tableau de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, et en ne lui communiquant pas le bail conclu par cette société pour la location de ses locaux, MM. A. et O. ont méconnu d'une part l'article R.4321-67 du code de la santé publique qui interdit aux masseurs kinésithérapeutes d'exercer leur profession comme un commerce, d'autre part l'obligation de transmettre au conseil départemental de l'ordre les contrats leur assurant l'usage du matériel et du local dans lequel ils exercent leur profession prévue par l'article L.4113-9 du même code, rendu applicable aux masseurs-kinésithérapeutes par l'article L. 4321-19 du même code . Si ces griefs ne figuraient pas dans la plainte initiale, les juridictions disciplinaires de l'ordre des masseurs-kinésithérapeute peuvent connaître légalement de l'ensemble du comportement professionnel d'un masseur-kinésithérapeute traduit devant elles, sans se limiter aux faits dénoncés dans la plainte, ni aux griefs articulés par le plaignant, sous réserve que l'intéressé ait été mis à même de s'expliquer utilement sur les nouveaux griefs. Tel est bien le cas dans la présente espèce, le mémoire en défense du conseil départemental de l'ordre ayant été communiqué à MM. A. et O..

10. Aux termes de l'article L.4321-1 du code de la santé publique : « *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 (...)/Le masseur-kinésithérapeute exerce son activité en toute indépendance et en pleine responsabilité conformément au code de déontologie mentionné à l'article L. 4321-21./ (...)/La définition des actes professionnels de masso-kinésithérapie, dont les actes médicaux prescrits par un médecin, est précisée par un décret en Conseil d'Etat, après avis de l'Académie nationale de médecine./ Lorsqu'il agit dans un but thérapeutique, le masseur-kinésithérapeute pratique son art sur prescription médicale (...)* ». Selon l'article R.4321-1 du même code : « *La masso-kinésithérapie consiste en des actes réalisés de façon manuelle ou instrumentale, notamment à des fins de rééducation, qui ont pour but de prévenir l'altération des capacités fonctionnelles, de concourir à leur maintien et, lorsqu'elles sont altérées, de les rétablir ou d'y suppléer. Ils sont adaptés à l'évolution des sciences et des techniques.* » . Aux termes de l'article R4321-127 du même code : *« Conformément aux dispositions de l'article L. 4113-9, l'exercice habituel de la masso-kinésithérapie, sous quelque forme que ce soit, au sein d'une entreprise, d'une collectivité, d'une organisation de soins ou d'une institution de droit privé fait, dans tous les cas, l'objet d'un contrat écrit./ Ce contrat définit les obligations respectives des parties et précise les moyens permettant aux masseurs-kinésithérapeutes de respecter les dispositions du présent code de déontologie. (...) ».* Selon l'article R4321-136 du même code: « *Le fait pour le masseur-kinésithérapeute d'être lié dans son exercice professionnel par un contrat ou un statut à une administration, une collectivité ou tout autre organisme public ou privé n'enlève rien à*

ses devoirs professionnels et en particulier à ses obligations concernant le secret professionnel et l'indépendance de ses décisions. »

11. Il ressort des dispositions précitées du code de la santé publique que, si les actes à visée non thérapeutique ayant pour objet de concourir au maintien des capacités fonctionnelles, comme la cryothérapie corps entier, font partie des actes de masso- kinésithérapie, les masseurs-kinésithérapeutes peuvent exercer au sein d'une entreprise, dans le cadre d'un contrat écrit, sous réserve de respecter leurs devoirs professionnels. MM. A. et O. pouvaient donc exercer leur activité de cryothérapie au sein de la société par actions simplifiée (…), qui n'est pas une société d'exercice en commun de la masso-kinésithérapie et n'était donc tenue, ni à demander son inscription au tableau de l'ordre, ni à transmettre le bail mettant des locaux à sa disposition. Les griefs mentionnés au point 9 ne peuvent donc être retenus.

Sur la sanction

12. Il ressort du point 8 que MM. A. et O. ont commis une faute disciplinaire qu'il y a lieu de sanctionner. Il sera fait une juste appréciation de leur responsabilité en leur infligeant à chacun la sanction de l'avertissement.

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article 75-1 de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991

13. Aux termes de l'article 75-1 de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 : « *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 (...)* ». Ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge des requérants la somme demandée à ce titre par le conseil départemental de l'Ordre des masseurs kinésithérapeutes de Meurthe-et-Moselle.

Sur les dépens

14. Aux termes de l'article L. 4126-3 du code de la santé publique : « *Les dépens sont mis à la charge de toute partie perdante sauf si les circonstances de l'affaire justifient qu'ils soient partagés entre les parties* ». Si le conseil départemental de l'ordre demande que les dépens soient mis à la charge des requérants, dans la présente affaire, aucune somme n'est constitutive de dépens.

DECIDE :

Article 1er :
Il est infligé à M. A. d'une part, M. O. d'autre part, la sanction de l'avertissement.

Article 2 :
La décision n° GE 006-2018 du 27 mai 2019, de la chambre disciplinaire de première instance du conseil régional de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes du Grand Est, est réformée en ce

qu'elle a de contraire à la présente décision.

Article 3 :
Le surplus des conclusions de la requête de MM. A. et O. et le surplus des conclusions du conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Meurthe et Moselle sont rejetés.

Article 4 :
La présente décision sera notifiée à M. A., à M. O., au conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes de Meurthe-et-Moselle, au Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, au procureur de la République près le tribunal judiciaire de Nancy, au directeur général de l'Agence régionale de santé du Grand Est, à la chambre disciplinaire de première instance de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Grand Est et au ministre des Solidarités et de la Santé.

Copie pour information en sera délivrée à Me Berna et à Me Valence.

Ainsi fait et délibéré par Mme GUILHEMSANS, Conseillère d'Etat, Présidente et MM. MAZEAUD, COUTANCEAU, RUSTICONI, DAVID, RUFFIN, membres assesseurs de la chambre disciplinaire nationale.

Marie-Françoise GUILHEMSANS
Conseillère d'Etat
Présidente

Manon VOULAND
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.