



Avis n° 07-A-02 du 16 mars 2007
relatif au projet de décret portant modification du décret n° 98-246
du 2 avril 1998 relatif à la qualification professionnelle exigée pour
l'exercice d'activités prévues à l'article 16 de la loi n° 96-603 du
16 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du
commerce et de l'artisanat, en ce qui concerne l'activité de modelage
esthétique de confort sans finalité médicale

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 5 mars 2007, enregistrée le même jour sous le numéro 07/0015 A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur un projet de décret portant modification du décret n° 98-246 du 2 avril 1998, relatif à la qualification professionnelle exigée pour l'exercice d'activités prévues à l'article 16 de la loi n° 96-603 du 16 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne notamment les articles 39 et 43 ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, fixant ses conditions d'application ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu l'avis du Conseil de la concurrence n° [97-A-25](#) du 13 novembre 1997 ;

La rapporteure, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 7 mars 2007 ;

Le représentant du ministre des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales entendu sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7, alinéa 2, du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I. Le contexte

A. LE MONOPOLE DES MASSEURS KINESITHERAPEUTES POUR LES ACTES DE MASSAGE

1. Aux termes de l'article L. 4321-1 du code de la santé publique : « *La profession de masseur kinésithérapeute consiste à pratiquer habituellement le massage et la gymnastique médicale. La définition du massage et de la gymnastique médicale est précisée par un décret en Conseil d'État, après avis de l'Académie nationale de médecine.* »
2. Le décret n° 96-879 du 8 octobre 1996 relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession de masseur kinésithérapeute a donné dans son article 3 la définition du massage. Cet article est désormais codifié à l'article R. 4321-3 du code de la santé publique, qui dispose : « *On entend par massage toute manœuvre externe, réalisée sur les tissus, dans un but thérapeutique ou non, de façon manuelle ou par l'intermédiaire d'appareils autres que les appareils d'électrothérapie, avec ou sans l'aide de produits, qui comporte une mobilisation ou une stimulation méthodique, mécanique ou réflexe de ces tissus.* »
3. Selon ces dispositions, le masseur-kinésithérapeute dispose d'un monopole sur les actes de massage, même si ceux-ci n'ont pas de but thérapeutique.
4. S'appuyant sur ces dispositions, des masseurs kinésithérapeutes ont poursuivi des esthéticiens devant les tribunaux en soutenant que certaines prestations que ceux-ci assuraient constituaient des massages réservés aux masseurs kinésithérapeutes.
5. Dans le cadre de ces poursuites, le juge a été amené à s'interroger sur les pratiques qui relevaient des actes de massage.
6. Dans un arrêt du 3 juin 1980, n° 79-92805 publié au bulletin, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé que les programmes d'études pour l'obtention du certificat d'aptitude professionnelle d'esthéticien-cosméticien, tels qu'ils découlaient des arrêtés ministériels des 30 juillet 1963 et 1^{er} janvier 1977, comportaient, parmi les descriptions des différentes manœuvres esthétiques faciales, les effleurages, les frictions, les pétrissages, les pincements et les vibrations. Les soins apportés par la prévenue dans l'espèce en cause consistaient en un modelage du visage qu'elle pratiquait par la technique de la digitopuncture se traduisant par des pincements et percussions de la peau. Selon la Cour, la prévenue s'était bornée à effectuer sur le visage des actes qui, par leur caractère superficiel - il s'agissait de simples effleurages - et leur objet purement esthétique, ne pouvaient être assimilés aux massages, dont la pratique était réservée aux seuls titulaires du diplôme de masseur kinésithérapeute.

B. L'INTRODUCTION, PAR LA LOI DU 2 AOÛT 2005, DES ACTIVITES DE MODELAGES ESTHETIQUES DE CONFORT SANS FINALITE MEDICALE PARMIS LES ACTIVITES VISEES A L'ARTICLE 16 DE LA LOI DU 16 JUILLET 1996

7. L'article 16 de la loi du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat (ci-après « l'article 16 de la loi ») a instauré, à l'égard des entreprises, une exigence de qualification professionnelle pour l'exercice de certaines activités dont l'accès n'était jusqu'alors pas réglementé. Les activités limitativement énumérées à l'article 16 doivent être exercées ou bien par une personne qualifiée professionnellement ou bien sous le contrôle effectif ou permanent de celle-ci. Parmi ces activités, figurent, notamment, les soins esthétiques à la personne autres que médicaux et paramédicaux.
8. L'article 38 de la loi du 2 août 2005 est venu modifier l'article 16 de la loi en ajoutant, à l'activité de soins esthétiques, celle des modelages esthétiques de confort sans finalité médicale. Cette modification est issue d'un amendement sénatorial, visant à clarifier la répartition des compétences entre les masseurs kinésithérapeutes et les esthéticiens à l'occasion de l'examen du projet de loi sur les PME. Le vocable de « modelage esthétique » a été choisi, car celui-ci renvoie aux actes que la Cour de cassation a admis comme pouvant être effectués par les esthéticiennes sans constituer l'exercice illégal de la profession de masseur-kinésithérapeute.
9. Comme l'a rappelé le ministre des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales dans une réponse à une question parlementaire d'un député (71801 - 2 août 2005) : *« La définition des compétences entre les masseurs-kinésithérapeutes et les esthéticiennes, eu égard à la pratique du massage, est une question délicate qui partage ces professionnels. Les premiers revendiquent le monopole du massage, dans un but thérapeutique ou non, qui leur incombe en vertu de l'article L. 4321-1 et R. 4321-3 du code de la santé publique. Les secondes ne comprennent pas que leur soit opposé, le cas échéant, l'exercice illégal de la médecine alors même qu'elles auraient étudié les différentes techniques de massage esthétiques durant leur formation. La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a intégré un amendement lors de son examen au Parlement afin de permettre aux esthéticiennes de pratiquer des massages, à finalité purement esthétique, qualifiés de "modelages", ce terme ne posant pas de difficulté vis-à-vis de l'activité des masseurs kinésithérapeutes. Les termes retenus, "modelages esthétiques de confort sans finalité médicale", choisis avec discernement, séparent bien le champ des masseurs-kinésithérapeutes de celui des esthéticiennes, les activités de massage étant réservées aux premiers, celles de modelages aux secondes. Par ailleurs, cette disposition paraît de nature à sécuriser la situation des esthéticiennes tout en assurant la sécurité et la qualité nécessaires aux consommateurs. Elle est également de nature à protéger les membres de cette profession contre les personnes non formées qui voudraient occuper le marché du "modelage". La loi n° 2005-882 a donc pris en compte les évolutions de la société : les offres de massage se multiplient et se diversifient, répondant ainsi aux besoins de la population. Au-delà de cette avancée, les acteurs concernés peuvent se concerter pour élaborer un code de bonne conduite entre les professions d'esthéticienne et de masseurs-kinésithérapeute. »*

II. Le projet de décret soumis au Conseil

A. LE REGIME JURIDIQUE APPLICABLE

10. Le décret d'application relatif à la qualification professionnelle exigée pour l'exercice des activités énumérées à l'article 16 de la loi a été adopté le 2 avril 1998, après consultation du Conseil de la concurrence qui a rendu son avis le 13 novembre 1997. Ce décret dresse en annexe la liste des métiers entrant dans le champ des activités mentionnées au I de l'article 16. En fait, conformément à l'article 1^{er}, alinéa 1, du décret, pour chaque activité mentionnée à l'article 16 de la loi, cette liste définit les certificats d'aptitude professionnelle (CAP), les brevets d'études professionnelles (BEP) et les diplômes ou titres homologués de niveau égal ou supérieur, délivrés pour certains métiers qui sont notamment reconnus pour satisfaire l'exigence de qualification requise. Le V de la liste vise le métier d'esthéticien en ce qui concerne l'activité de soins esthétiques à la personne autre que médicaux et para-médicaux.
11. Le projet de décret soumis à l'appréciation du Conseil de la concurrence vise à mettre en conformité le décret du 2 avril 1998 avec la modification législative de l'article 16 de la loi. Il modifie l'intitulé du V de la liste annexée au décret en le complétant par les mots « et modelages esthétiques de confort sans finalité médicale ». L'activité de modelage esthétique de confort sans finalité médicale obéirait donc au régime juridique édicté par le décret du 2 avril 1998.
12. Selon l'article 1^{er} de ce décret, les personnes qui réalisent des modelages esthétiques de confort sans finalité médicale ou qui en contrôlent l'exercice par des personnes non qualifiées, devront être titulaires d'un CAP, ou d'un BEP, ou d'un diplôme ou titre homologué de niveau égal ou supérieur délivré pour l'exercice du métier d'esthéticien.
13. Selon l'alinéa 2 de cet article, à défaut de diplômes ou de titres homologués, ces personnes devront justifier d'une expérience professionnelle de trois années effectives sur le territoire de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, acquise en qualité de travailleur indépendant ou de salarié.
14. Aux termes de l'article 2 de ce texte, cette expérience professionnelle sera validée de plein droit et à tout moment dès lors que l'intéressé justifiera par tout moyen qu'il remplit les conditions ci-dessus mentionnées. Sur demande de l'intéressé, le préfet du département du lieu de son domicile lui délivrera une attestation lorsque les conditions de validation seront réunies.
15. L'article 3 du décret prévoit des dispositions spécifiques aux ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen et pour les ressortissants des autres États. Pour obtenir le bénéfice du diplôme, certificat ou titre qu'ils détiennent, les intéressés devront en justifier et produire une attestation émanant des autorités compétentes de l'Etat dans lequel ces diplômes auront été obtenus en indiquant le niveau de formation ou le programme d'enseignement, avec si nécessaire une traduction certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté. Au vu de ces diplômes, certificats ou titres produits à titre de justification, le préfet délivrera une attestation de reconnaissance de qualification.

16. Ce dispositif ne change pas par rapport à ce qui était déjà prévu pour les autres activités énumérées à l'article 16 de la loi.

B. L'ANALYSE CONCURRENTIELLE

17. Le Conseil de la concurrence se bornera à rappeler les considérations générales suivantes en renvoyant pour le surplus à celles déjà exposées dans l'avis du 13 novembre 1997.
18. L'article 38 de la loi du 2 août 2005 a mentionné une activité nouvelle, celle de « modelages esthétiques de confort sans finalité médicale », afin de la distinguer de l'activité de massage réservée par la loi aux masseurs kinésithérapeutes. L'avis rendu par la commission de sécurité des consommateurs, le 15 février 2007, comporte une définition du modelage esthétique de confort : *« Le modelage esthétique de confort ou modelage californien est une technique de relaxation et non un massage thérapeutique. Il est décrit par les professionnels comme "permettant de réintégrer dans son esprit toutes les parties de son corps et d'apporter une extraordinaire sensation de détente et de bien-être". Les techniques utilisées sont la pression glissée, l'effleurage, la torsion, le pétrissage, la friction et l'étirement, réalisés par enchaînement de mouvements enveloppants et fluides aux huiles essentielles sur l'ensemble du corps (pieds, mains et visages inclus). »*
19. En l'associant aux soins esthétiques à la personne autres que les soins médicaux et para-médicaux, l'article 16 de la loi du 5 juillet 1996 modifiée permet aux personnes qualifiées professionnellement d'exercer cette activité que l'on souhaite mieux distinguer des actes de massage réservés, par ailleurs, aux masseurs kinésithérapeutes.
20. En intégrant cette nouvelle activité de « modelages esthétiques de confort sans finalité médicale » parmi les activités correspondant au métier d'esthéticien, le projet de décret reconnaît la compétence des personnes qui sont titulaires d'un certificat d'aptitude professionnelle (CAP), d'un brevet d'étude professionnelle (BEP) ou d'un diplôme d'un niveau égal ou supérieur ou bien qui justifient de trois ans d'expérience professionnelle d'esthéticien, pour exercer cette activité ou en contrôler l'exercice par une personne non qualifiée.
21. Ce projet de décret sécurise sur le plan juridique l'exercice de cette activité pour les personnes titulaires des diplômes ou de l'expérience requis et aux personnes non qualifiées qui exercent cette activité sous leur contrôle. Ceci a un effet pro-concurrentiel, cette activité pouvant être plus facilement exercée que si, à l'instar des actes de massage à but non thérapeutique, elle était réservée aux masseurs-kinésithérapeutes.
22. En même temps, le projet de décret réserve cette nouvelle activité aux titulaires des diplômes ou de l'expérience requis, ce qui a pour effet de fermer le marché, en tant qu'intervenants autonomes, à ceux qui ne les détiennent pas.
23. Par analogie avec ce qu'a jugé la Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt Wouters du 19 février 2002 (C-309/99, Rec. p. I - 1577), relatif à la réglementation de la profession d'avocat, le Conseil estime que la réglementation d'une activité professionnelle qui vise à encadrer les conditions d'exercice de celle-ci, afin d'assurer au consommateur des garanties nécessaires à sa protection, ne va pas nécessairement à l'encontre des objectifs de la politique de la concurrence si les effets restrictifs de concurrence de cette réglementation sont inhérents à l'objectif de protection des

consommateurs, c'est-à-dire sont nécessaires et proportionnés à cet effet (voir points 97 à 110 de l'arrêt).

24. Comme le Conseil l'a souligné dans son avis du 13 novembre 1997, il existe en France cinq niveaux de qualification professionnelle, dont trois concernent la formation technologique et professionnelle : le niveau V (formation des ouvriers qualifiés et des employés), le niveau IV (formation des techniciens) et le niveau III (formation des techniciens supérieurs).
25. Pour la qualification de niveau V, la formation suivie prépare au certificat d'aptitude professionnelle (CAP) ou au brevet d'études professionnelles (BEP). Le CAP sanctionne une qualification dans un métier déterminé alors que le BEP correspond à cette même qualification complétée par un ensemble de connaissances et d'aptitudes dans un secteur professionnel ou type d'activité.
26. Pour l'accès au métier d'esthéticien, le diplôme de base est le CAP d'esthétique-cosmétique qui se prépare en deux ans après la troisième, soit en lycée professionnel ou dans un établissement privé, soit en apprentissage. La filière comporte également le brevet professionnel (BP) esthétique, cosmétique, parfumerie accessible par la voie de l'apprentissage ou de la formation continue et le brevet de technicien supérieur (BTS) esthétique et cosmétique, dont la préparation est ouverte à tout bachelier. Le BTS est une qualification de niveau III. Il existe aussi le brevet des métiers (BM) délivré par les chambres des métiers, qui atteste d'une haute qualification professionnelle et technique et donne le titre de maître artisan.
27. En prévoyant que les personnes titulaires d'un CAP d'esthétique-cosmétique pourront exercer l'activité de modelages esthétiques de confort sans finalité médicale, le projet de décret conditionne l'accès à cette activité au premier niveau de qualification, de niveau V. En outre, à défaut de diplôme, les personnes ayant trois ans d'expérience professionnelle peuvent accéder à cette activité.
28. Compte tenu du contact avec le corps, des manipulations dont il est l'objet et de l'usage d'huiles essentielles qu'implique le modelage esthétique de confort sans finalité médicale, le niveau de qualification minimal requis pour exercer l'activité n'apparaît pas excessif et semble de nature à apporter une sécurité adéquate aux consommateurs.
29. Le Conseil souhaite en revanche une nouvelle fois attirer l'attention sur le fait que l'exigence d'une attestation de reconnaissance de qualification délivrée par le préfet pour les ressortissants étrangers visés à l'article 3 du décret qui sont déjà titulaires d'un diplôme, certificat ou titre obtenu dans un État autre que la France, semble excessive par rapport aux buts poursuivis dès lors que pour justifier de ces diplômes, certificats ou titres en France, ils doivent déjà produire une attestation émanant des autorités compétentes de l'État dans lequel ces diplômes ont été obtenus indiquant le niveau de formation ou le programme d'enseignement, accompagnée le cas échéant d'une traduction certifiée conforme.

Conclusion

En conclusion, le Conseil constate que l'inclusion par le projet de décret soumis à son avis de l'activité de modelages esthétiques de confort sans finalité médicale parmi les activités relevant du métier d'esthéticien vise à en garantir le bon exercice par l'exigence d'une qualification professionnelle minimale, tout en permettant aux professionnels concernés d'exercer leur activité dans de meilleures conditions de sécurité juridique en précisant qu'elle échappe au monopole des masseurs-kinésithérapeute sur les actes de massage.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Seulin, par M. Lasserre, président, M. Nasse, Mme Aubert et Mme Perrot, vice-présidents.

Le rapporteur général adjoint,
Jean-Marc Belorgey

Le président,
Bruno Lasserre

© Conseil de la concurrence