



HAL
open science

Les Ordres professionnels des professions d'auxiliaires médicaux

Joël Moret-Bailly

► **To cite this version:**

Joël Moret-Bailly. Les Ordres professionnels des professions d'auxiliaires médicaux. RDSS. Revue de droit sanitaire et social, 2007, pp.472-483. hal-01571124

HAL Id: hal-01571124

<https://hal.science/hal-01571124>

Submitted on 1 Aug 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les ordres professionnels des professions d'auxiliaires médicaux

L'essentiel

Trois ordres professionnels concernant les professions de masseurs kinésithérapeutes, pédicure podologue et infirmiers ont été récemment créés. Si leur organisation générale est inspirée de celles des autres ordres, ceux-ci s'en distinguent par la prise en compte dans leur organisation des différents types d'exercice professionnels, par la mission d'évaluation des pratiques professionnelles qui leur est confiée, ainsi que par le rôle des usagers en ce qui les concerne. Le champ d'action de leurs codes de déontologie est limité comparativement à ceux des autres professions

Mots-clés

Professions de santé * Ordres professionnels * Structures * Évaluation * Discipline * Usagers * Masseurs kinésithérapeutes * Pédicures-podologues * Infirmiers et infirmières * Déontologie

Trois ordres professionnels relatifs à des professions d'auxiliaires médicaux¹ ont été créés depuis 2004, deux par la loi n°2004-806 du 9 août 2004 pour les masseurs kinésithérapeute et les pédicures podologues², et un par la loi n°2006-1668 du 21 décembre 2006 pour les infirmiers³. Ces créations s'inscrivent elles-mêmes dans un contexte général de réforme des ordres professionnels dans le secteur de la santé, puisque la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a modifié les conditions de fonctionnement ainsi que les procédures disciplinaires des ordres des professions médicales⁴. S'ajoute à ces modifications l'adoption de la loi n° 2007-127 du 30 janvier 2007 ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé, qui modifie notamment quelques règles relatives aux ordres des professions médicales, auxquelles renvoient celles des ordres des professions paramédicales⁵.

¹ Le Code de la santé publique envisage successivement, dans sa quatrième partie, les "professions médicales" (médecins, chirurgiens-dentistes et sage-femmes), les "professions pharmaceutiques" (pharmaciens et préparateurs en pharmacie), puis les "auxiliaires médicaux" (infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicure podologues etc.).

² Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

³ Loi n°2006-1668 du 21 décembre 2006 portant création d'un ordre national des infirmiers.

⁴ Soullignons, cependant, que ces dispositions ne sont toujours pas appliquées. En effet, plus de deux ans après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, la recodification de la quatrième partie du code de la santé publique avait permis d'espérer l'adoption des normes réglementaires d'application. Mais le décret n°2004-802 du 29 juillet 2004 "relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code", a recodifié à droit "semi-constant" les parties qu'il désigne. La loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique ainsi que les articles R. 4124-1 et R. 4126-1 nouvellement créés ont, dans ce contexte, prorogé l'application des dispositions réglementaires antérieures. Cette situation est problématique, puisque cinq ans après son entrée en vigueur, l'application de cette partie de la loi du 4 mars 2002 se trouve toujours suspendue.

⁵ Loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique. L'ordonnance touche essentiellement trois aspects de la régulation ordinale: le contrôle des contrats, la conciliation et la discipline.

L'article L. 4113-9 du code de la santé publique prévoit l'obligation de transmission des contrats ayant pour objet l'exercice professionnel aux conseils départementaux des ordres. Le but de ces dispositions est de permettre la vérification de la conformité des contrats professionnels aux règles supérieures, notamment déontologiques. Les dispositions de l'article L. 4113-9 du code de la santé publique, ne concernaient, jusqu'à l'ordonnance, que les médecins et les chirurgiens-dentistes. L'article L. 4113-9 dans sa rédaction résultant de l'ordonnance étend aux sages-femmes l'obligation de transmettre les contrats ayant pour objet l'exercice de leur profession au conseil départemental de l'ordre. Il en est de même du bénéfice de la prévision de l'article L. 4113-12, qui donne aux professionnels la possibilité de transmettre les projets de contrats à l'ordre, ce dernier devant "faire connaître ses observations dans le délai d'un mois". En complément de ces mesures, les membres des trois professions médicales exerçant en société ont dorénavant, et selon l'article L. 4113-9 al. 6, l'obligation de transmettre à leur ordre les statuts, contrats et avenants relatifs au fonctionnement de cette société ou aux rapports entre les associés.

En ce qui concerne la conciliation, depuis le 4 mars 2002, l'article L. 4123-2 c. san. pub. dispose que "lorsqu'une plainte est portée devant le conseil départemental, son président en accuse réception à l'auteur, en informe le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme mis en cause et les convoque dans un délai d'un mois à compter

La création des ordres professionnels des professions d'auxiliaires médicaux est le résultat d'une histoire mouvementée : la loi n°95-116 du 4 février 1995, portant diverses mesures d'ordre social, avait, en effet, une première fois créé les ordres des masseurs kinésithérapeutes et des pédicures podologues aux articles L. 491-2 et suivants du code de la santé publique. Ces ordres n'ont, cependant, jamais fonctionné faute d'organisation de leurs élections. Devant ce constat de carence, et face à la condamnation de l'Etat de ce fait, la loi du 4 mars 2002 abrogeait les dispositions relatives aux deux ordres et, à titre de substitution pouvait-on supposer, créait le Conseil des professions d'infirmier, masseur kinésithérapeute, pédicure podologue, orthophoniste et orthoptiste⁶. Cette dernière institution ne regroupait, cependant, que les professionnels exerçant à titre libéral⁷.

La loi du 9 août 2004 est revenue, en partie, sur l'organisation de 2002 en "recréant" les ordres professionnels des masseurs-kinésithérapeutes et des pédicures-podologues. L'organisation des professions de santé sous forme ordinale était alors la suivante : étaient organisées en ordres, les professions médicales (médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes), et pharmaceutique, ainsi que deux professions d'auxiliaires médicaux, les masseurs-kinésithérapeutes et pédicures-podologues, mais pas la profession d'infirmier. On pouvait, dès lors, s'interroger quant à la logique présidant à cette construction. L'organisation en ordres renvoie, en effet, historiquement et sociologiquement, à celle d'activités - les professions - caractérisées par leur autonomie (traduite juridiquement, et sur un plan individuel, en "indépendance" professionnelle⁸) au sens de leur capacité à prendre - dans la limite de leur compétence - des décisions techniques sans autre contrôle que celui (*a posteriori*) de leurs pairs⁹. Or, on peut affirmer que les infirmiers et infirmières sont les auxiliaires médicaux les plus "autonomes", puisqu'ils sont les seuls à se voir reconnaître un "rôle propre"¹⁰, c'est-à-dire une capacité d'intervention sur les patients en dehors de toute prescription médicale. Cette logique apparaît, en filigrane, dans l'organisation du code de la santé publique qui envisage les professions dans l'ordre décroissant de la gravité potentielle des interventions des professionnels sur le corps des patients et, partant, de leur autonomie, en commençant, en ce qui concerne les auxiliaires médicaux, par les infirmiers. La construction laissait d'autant plus perplexe que les infirmiers et infirmières disposent depuis 1993, d'un code de déontologie, apanage habituel

de la date d'enregistrement de la plainte en vue d'une conciliation". L'ordonnance du 26 août 2005 ajoute un premier alinéa à l'article, au terme duquel : "Il est constitué auprès de chaque conseil départemental une commission de conciliation composée d'au moins trois de ses membres", sans doute destinée à concilier à la place du président.

Du point de vue de la discipline, enfin, l'ordonnance du 26 août 2005 comprend deux innovations principales. Celle-ci regroupe, en effet, dans la nouvelle version de l'article L. 4122-3, les dispositions communes aux trois ordres relatives aux chambres disciplinaires nationales, et qui figuraient à l'identique dans les articles L. 4132-5, L. 4142-3 et L. 4152-6. Elle fait de même en ce qui concerne l'article L. 4124-7, qui regroupe dorénavant certaines dispositions communes aux trois ordres, relatives aux chambres disciplinaires de première instance et qui figuraient à l'identique dans les articles L. 4132-7, L. 4142-4 et L. 4152-7. Elle prévoit, ce faisant, l'incompatibilité entre les fonctions d'assesseur d'une chambre disciplinaire de première instance et d'appel pour permettre, d'après le rapport au président de la République "de respecter le principe du double degré de juridiction". Elle prévoit, également, tant dans le cadre national que régional, que "aucun membre de la chambre disciplinaire (...) ne peut siéger lorsqu'il a eu connaissance des faits de la cause à raison de l'exercice d'autres fonctions ordinaires". L'ordonnance, prévoit, surtout, la possibilité, pour les juridictions disciplinaires, tant nationales que de première instance, de siéger "en formation restreinte compte tenu de l'objet de la saisine ou du litige ou de la nature des questions à examiner ou à juger" (articles L. 4122-3 IV et L. 4124-7 IV).

⁶ V., à ce propos, Code de la santé publique (dir. F. Dreifuss-Netter), Litec, Juriscode, sous l'article L. 4321-13-1 ; CE, 29 novembre 1999, Fédération française de masseurs kinésithérapeutes et autres, req. n°205476 et 209474, astreinte liquidée dans l'arrêt CE 28 février 2001, Fédération française de masseurs kinésithérapeutes et autres, req. n°205476 et 209474, 290 000 F.

⁷ Ancien article L. 4391-1 c. san. pub.. Ce conseil disposait des attributs principaux des ordres professionnels : regroupement obligatoire des professionnels respects de principes de moralité, gestion du tableau, discipline et participation à la création d'un code de déontologie.

⁸ V. notamment, à ce propos, C. Dubar et P. Tripiet, *Sociologie des professions*, Armand-Colin, 1998, 96-107.

⁹ Cf. E. Freidson, *La profession médicale*, Payot, 1984.

¹⁰ Selon l'article R. 4311-5, "dans le cadre de son rôle propre, l'infirmier ou l'infirmière accomplit les actes ou dispense les soins suivants visant à identifier les risques et à assurer le confort et la sécurité de la personne et de son environnement et comprenant son information et celle de son entourage", en faisant suivre cet énoncé d'une série limitative d'actes.

des professions organisées en ordres¹¹.

La situation du droit positif se révélait donc tout à fait étonnante : certaines professions étaient organisées en ordres regroupant l'ensemble des professionnels (professions médicales et pharmaciens); d'autres professionnels dépendaient à la fois d'un ordre professionnel, et du Conseil des professions paramédicales s'ils exerçaient à titre libéral (masseurs-kinésithérapeutes et pédicures podologues); les troisièmes ne dépendaient que du Conseil, mais seulement s'ils exerçaient sous forme libérale. On pouvait penser, dans ce contexte, que l'organisation en ordre d'une profession lui étant bénéfique en termes de pouvoir (selon l'article L. 4121-2 du code, l'ordre "assure la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession"), la profession infirmière, forte de l'exemple d'autres auxiliaires médicaux, ainsi que du caractère paradoxal de l'architecture du droit positif, allait se mobiliser pour obtenir des pouvoirs publics une organisation ordinale¹². Le résultat de cette mobilisation peut se lire dans la loi n° 2006-1668 du 21 décembre 2006 portant création d'un ordre national des infirmiers¹³. Le législateur a, en outre, inscrit dans la loi la suppression du conseil supérieur des professions paramédicales¹⁴.

Dans ce contexte, les nouvelles dispositions empruntent en grande partie aux mécanismes des ordres des professions médicales (I). Celles-ci recèlent cependant des spécificités qui peuvent préfigurer des évolutions à venir en ce qui concerne l'ensemble des ordres (II). La nouvelle organisation pose, enfin, question relativement aux codes de déontologie des professions d'infirmier et de masseur-kinésithérapeute, amputés de l'une de leurs principales fonctions : la régulation des rapports des professionnels avec leurs employeurs (III).

I : Une organisation générale inspirée de celle des "professions médicales"

Les articles L. 4321-13 et L. 4321-14 nouveaux, relatifs aux masseurs-kinésithérapeutes¹⁵ prennent pour modèle l'organisation des professions médicales (art. L. 4121-1 et 2 CSP), en prévoyant que "l'ordre (...) regroupe obligatoirement tous les masseurs-kinésithérapeutes habilités à exercer leur profession en France"¹⁶, et que celui-ci "veille au maintien des principes de moralité et de probité indispensables à l'exercice de la masso-kinésithérapie et à l'observation, par tous ses membres, des droits, devoirs et obligations professionnels, ainsi que des règles édictées par le code de déontologie prévu à l'article L. 4321-21. Il assure la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession (...)"¹⁷. Le nouvel article L. 4312-1, relatif à l'ordre infirmier, prévoit, quant à lui, qu' "il est institué un ordre national des infirmiers groupant obligatoirement tous les infirmiers habilités à exercer leur profession en France"¹⁸ et que "l'ordre (...) veille au maintien des principes d'éthique, de moralité, de probité et de compétence indispensables à

¹¹ V. *infra*, III.

¹² V., sur cette question, dans une optique de sciences politiques et comparative, cf. P. Hassenteufel, *Les médecins face à l'État. Une comparaison européenne*, Presses de sciences po, 1997, 31-45; Adde, Vers un déclin du pouvoir médical? Un éclairage européen, France, Allemagne, Grande Bretagne, in, *Le pouvoir médical, Pouvoirs*, n°89, Seuil, 1999, 51-64.

¹³ La mobilisation de la profession s'est notamment incarnée dans un regroupement d'associations, le "Groupe Sainte-Anne". L'organisation ordinale de la profession a, en outre, fait l'objet d'un rapport de M. E. Couty, établi à la demande du ministre de la santé et défavorable à la création de cet ordre.

¹⁴ Selon son article 4 : "le titre IX du livre III de la quatrième partie du code de la santé publique est abrogé".

¹⁵ Comme en 1995, la loi organise, en même temps que l'ordre des masseurs kinésithérapeutes, un ordre des pédicures-podologues. La profession est organisée aux articles L. 4322-1 à L. 4322-14 du code. La construction de la profession prend pour modèle celle des masseurs kinésithérapeutes, nous raisonnerons donc essentiellement, et sauf indication contraire, sur l'exemple des ces derniers.

¹⁶ Et d'ajouter "à l'exception des masseurs-kinésithérapeutes relevant du service de santé des armées".

¹⁷ Le nouvel article L. 4321-19 renvoie, en outre, largement aux règles des professions médicales, en ce qui concerne les masseurs-kinésithérapeutes". Il en est de même, au terme des articles L. 4311-28, L. 4312-3 III, et L. 4312-9, en ce qui concerne les infirmiers.

¹⁸ Le texte ajoute " à l'exception de ceux régis par le statut général des militaires".

l'exercice de la profession d'infirmier et à l'observation, par tous ses membres, des devoirs professionnels ainsi que des règles édictées par le code de déontologie de la profession d'infirmier". L'article L. 4312-2 dispose, quant à lui, que "l'ordre (...) assure la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession d'infirmier. Il en assure la promotion".

Ainsi, les trois ordres des auxiliaires médicaux sont également chargés de défendre la "moralité" et la "probité" professionnelles, ainsi que de veiller au "respect des devoirs professionnels" et des "règles édictées par le code de déontologie". Ils sont chargés, de la même manière, et à l'instar des ordres des professions médicales, de "défendre l'indépendance et l'honneur de la profession". Les trois professions ne se voient, en revanche, et contrairement aux professions médicales, pas confier la mission de veiller au "dévouement" des professionnels, vocable peut-être daté, mais toujours présent dans les règles relatives aux professions médicales.

Des différences peuvent, en outre, être soulignées. Ainsi, l'ordre des infirmiers doit veiller à la "compétence" des professionnels, mission ajoutée aux missions traditionnelles des ordres des professions médicales par la loi du 4 mars 2002 et curieusement oubliée en ce qui concerne les autres professions d'auxiliaires médicaux¹⁹. Dans le même registre, les ordres organisés en 2004 doivent non seulement veiller à l'observation des "devoirs" professionnels par leurs membres, mais également à celui de leurs "droits et obligations".

Les autres éléments de la construction des deux nouveaux ordres sont également habituels. Il en est ainsi, pour chacun de ces ordres, de la création d'un tableau²⁰ et de l'organisation institutionnelle en trois niveaux, départemental, régional et national²¹, ce dernier se voyant doté d'un certain nombre d'attributions budgétaires, et notamment de la fixation de la cotisation des membres de l'ordre ainsi que de sa distribution entre les différents échelons²². Il en est de même, enfin, du contrôle des contrats conclus par les professionnels²³.

La logique est la même en ce qui concerne les attributions disciplinaires ordinales, aussi bien aux échelons régionaux que nationaux²⁴. Ces juridictions, enfin se dédoublent, en ce qui concerne les masseurs-kinésithérapeutes et les infirmiers, comme pour des professions médicales, en ce qui concerne les soins dispensés aux assurés sociaux puisque selon l'art. L. 145-5-1 du code de la sécurité sociale, tel qu'il résulte de la loi du 21 décembre 2006 portant création d'un ordre national des infirmiers, "les fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession relevés à l'encontre des masseurs-kinésithérapeutes et des infirmiers à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux sont soumis en première instance à une section de la chambre disciplinaire de première instance des masseurs-kinésithérapeutes ou à une section de la chambre disciplinaire de première instance des infirmiers dites "section des assurances sociales de la chambre disciplinaire de première instance et, en appel, à une section de la chambre disciplinaire du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes ou du conseil national de l'ordre des infirmiers, dites "section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes et "section des assurances sociales du conseil national de l'ordre des infirmiers"²⁵.

¹⁹ Cette opposition est même paradoxale en ce qui concerne la compétence puisque selon l'article L. 4321-17, le conseil régional de cet ordre, "organise et participe à des actions d'évaluation des pratiques de ces professionnels, en liaison avec le conseil national de l'ordre et avec la Haute autorité de santé", mission ayant indubitablement à voir avec la "compétence" des professionnels. Sur cette question, cf. II, B.

²⁰ Articles L. 4321-10 et 11 en ce qui concerne les masseurs kinésithérapeutes ; articles L. 4311-15 et 16 en ce qui concerne les infirmiers.

²¹ Article L. 4321-17 et L. 4321-18 pour les masseurs kinésithérapeutes ; Art. L. 4312-3 et L. 4312-5 pour les infirmiers.

²² Article L. 4321-16 pour les masseurs-kinésithérapeutes; art. L. 4312-7 II pour les infirmiers.

²³ Du fait du renvoi, pour chacun des ordres, à l'article L. 4113-9. V. note n°5.

²⁴ Articles L. 4321-17 al. 3, et L. 4312-5 IV en ce qui concerne les conseils régionaux et L. 4321-15 al 2 et L. 4312-7 IV en ce qui concerne les échelons nationaux. Les dispositions relatives aux infirmiers contiennent, cependant, une innovation, prévoyant que "l'employeur informe le président du conseil régional de l'ordre de toute sanction disciplinaire mentionnée au premier alinéa de l'article L. 4311-26, prononcée en raison d'une faute professionnelle à l'encontre d'un infirmier relevant du secteur public".

²⁵ De manière plus développée, le législateur réécrit, dans l'article 6 de la loi, l'ensemble de la procédure, pour tenir compte de la création de l'ordre infirmier.

Cette construction recèle, toutefois, des spécificités.

II : Des spécificités préfigurant l'avenir ?

Celles-ci sont au nombre de trois : la prise en compte des modes d'exercice professionnels dans l'organisation des ordres (A), l'encadrement de l'évaluation des pratiques professionnelles (B), et le rôle des usagers dans l'institution ordinale (C)²⁶.

A) Des structures et des élections tenant compte des modes d'exercice professionnels

Les ordres professionnels sont conçus comme des organes de police et de défense des différentes professions. Il en était ainsi, dès le XIXe siècle, tant en ce qui concerne les ordres des professions judiciaires²⁷ qu'en ce qui concerne les revendications des professionnels de santé²⁸. Il en a été de même, lorsque les ordres des professions de santé ont été organisés par le régime de Vichy²⁹, puis lors du rétablissement de la légalité républicaine, en 1944, lorsque les ordres ont été réorganisés. Dans cette perspective, les missions des ordres professionnels doivent être clairement distinguées de celles des syndicats. Selon l'article L. 411-1 du code du travail, en effet, "les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts". Les syndicats représentatifs des professionnels de santé ont, notamment, à l'heure actuelle, comme tâche la négociation des conventions avec l'Union nationale des caisses d'assurance maladie³⁰. Nous sommes ici fort éloignés des missions des ordres professionnels ainsi que de leurs modalités d'organisation, puisque ces derniers regroupent "obligatoirement" l'ensemble des professionnels, et sont notamment chargés d'exercer des pouvoirs de contrôle de l'exercice professionnel, voire de sanctionner les professionnels³¹. Dans ce contexte, les ordres professionnels des professions médicales ne font pas référence, tant en ce qui concerne leur composition que leur fonctionnement, aux différents modes d'exercice (libéral, salarié, comme agent public, comme membre d'une société ou d'une structure professionnelle) de la profession, les professionnels pouvant, s'ils le souhaitent, et parallèlement à leur inscription ordinale, se regrouper, selon une logique catégorielle, dans le cadre d'associations ou de syndicats.

Les ordres professionnels des professions de masseurs kinésithérapeutes et d'infirmiers et infirmières sont, en revanche, organisés, tant en ce qui concerne leur structure qu'en ce qui concerne l'élection des membres de leurs différentes instances, en fonction des différents modes d'exercice³². On pourrait avancer, pourtant, que la profession médicale, notamment, est aussi diverse,

²⁶ L'article L. 4312-2 al. 3 innove, en outre, en prévoyant que l'ordre infirmier "participe au suivi de la démographie de la profession d'infirmier, à la production de données statistiques homogènes et étudie l'évolution prospective des effectifs de la profession au regard des besoins de santé", mission, elle aussi inédite en ce qui concerne un ordre professionnel. De même, l'ordre infirmier doit, selon l'art. L. 4312-2 assurer la "promotion" de la profession.

²⁷ J.-L., Halpérin *Avocats et notaires en Europe*, L.G.D.J., 1997.

²⁸ J. Léonard, *La médecine entre les pouvoirs et les savoirs, Histoire intellectuelle et politique de la médecine au XIXe siècle*, Aubier-Montaigne, 1981, 92.

²⁹ Puisque l'idéologie de ce régime entraînait la suppression des syndicats et l'organisation des professions sous forme d'ordres ou de corporations.

³⁰ V., en ce qui concerne les médecins, art. L. 162-5 al. 1 c. sécur. soc. : "Les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les médecins sont définis par des conventions nationales conclues séparément pour les médecins généralistes et les médecins spécialistes, par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et une ou plusieurs organisations syndicales les plus représentatives pour l'ensemble du territoire de médecins généralistes ou de médecins spécialistes ou par une convention nationale conclue par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et au moins une organisation syndicale représentative pour l'ensemble du territoire de médecins généralistes et une organisation syndicale représentative pour l'ensemble du territoire de médecins spécialistes".

³¹ Cf. *supra*, I.

³² Il n'en est pas de même de la profession de pédicure podologue, dont la forme d'exercice est essentiellement libérale,

sinon plus, dans ses modes d'exercice, que ne le sont les professions d'auxiliaires médicaux³³.

Ainsi, en ce qui concerne les masseurs kinésithérapeutes, la composition et l'élection aux conseils départementaux, régionaux et national, ainsi qu'aux chambres disciplinaires de première instance et nationale, distingue les "membres élus parmi les masseurs-kinésithérapeutes exerçant à titre libéral et parmi les masseurs-kinésithérapeutes exerçant à titre salarié"³⁴. Il en est de même en ce qui concerne les infirmiers, la division étant, cette fois-ci, tripartite, entre "les représentants des infirmiers relevant du secteur public", "les représentants des infirmiers salariés du secteur privé" et "les représentants des infirmiers exerçant à titre libéral"³⁵. En ce qui concerne la répartition des différents "types" de professionnels dans les institutions, la situation des masseurs kinésithérapeutes est précisée pour chaque institution, sachant que les salariés ne représentent jamais plus d'un tiers de l'effectif. Celle des infirmiers fait l'objet de dispositions légales générales qui devront être précisées par décret. La loi prévoit, cependant, qu' "aucune des trois catégories de représentants susmentionnées ne peut (...) détenir à elle seule la majorité absolue des sièges"³⁶.

On peut, dès lors, avancer deux hypothèses permettant d'expliquer cette situation : soit il s'agit d'une évolution préfigurant l'avenir, le législateur souhaitant que l'ensemble des modalités d'exercice professionnel puisse faire valoir leurs spécificités au sein des ordres, auquel cas on peut imaginer une réforme de l'organisation des ordres des professions médicales ; soit il s'agit d'une évolution qui ne concerne que les professions d'auxiliaires médicaux et l'on peut alors se demander sur quels fondements cette spécificité est assise. On peut craindre, en outre, qu'une telle division, inscrite dans les structures mêmes des ordres, ne soit de nature à nuire à l'élaboration de positionnements professionnels transversaux, et ne constitue un gage de division interne, lorsque l'ordre est justement censé permettre de dépasser de tels clivages.

B) L'évaluation professionnelle à la charge des ordres ?

La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 ajoutait aux missions classiques des ordres professionnels des professions médicales, la mission de contrôler la "compétence" des professionnels³⁷. Cette mission est reprise en ce qui concerne l'ordre infirmier dans l'article L. 4312-1. Doit être rapproché de cette mission, l'article L. 4312-2 al. 3 selon lequel : "en coordination avec la Haute autorité de santé, [l'ordre] participe à la diffusion des règles de bonnes pratiques en soins infirmiers auprès des professionnels et organise l'évaluation de ces pratiques"³⁸. En ce qui concerne l'ordre des masseurs kinésithérapeutes, en revanche, l'article L. 4121-1, ne fait pas référence à la compétence. L'article L. 4321-17 prévoit, cependant, que le "conseil régional de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes (...) organise et participe à des actions d'évaluation des pratiques de ces professionnels, en liaison avec le conseil national de l'ordre et avec" la Haute autorité de santé³⁹, anticipant l'énoncé relatif à l'ordre infirmier.

Cette situation mérite d'être rapprochée de celle de la profession médicale. L'article L. 4134-4 c. san. pub., relatif aux unions des médecins exerçant à titre libéral (URML) prévoit, en

mais dont une partie des membres exerce à titre salarié (v. les art. L. 4322-8 et 10).

³³ Cf. M. Arliaud, *Les médecins*, La découverte, 1987, 1. On pourrait également avancer l'argument de l'organisation en sections de l'ordre des pharmaciens qui renvoie également aux différents types d'exercice. La comparaison rencontre cependant ses limites puisqu'il s'agit essentiellement ici de pallier les différences démographiques entre modes d'exercice.

³⁴ Conseil national, L. 4321-15, conseil départemental, L. 4321-18. Rien de tel n'est, en revanche, prévu en ce qui concerne le conseil régional.

³⁵ Conseil national, L. 4312-7 III, conseil régional, L. 4312-5 III, conseil départemental, L. 4312-3 II.

³⁶ Rappelons que les infirmiers exercent approximativement pour 70 % d'entre eux à l'hôpital, pour 20 % au sein d'établissements privés, et 10 % à titre libéral.

³⁷ Article L. 4121-2.

³⁸ V. notamment, sur les rapports entre cette question et la compétence des professionnels, Y. Matillon, *Modalités et conditions d'évaluation des compétences professionnelles médicales*, Rapport remis au ministre de la Santé, de la Famille et des Personnes handicapées, 2006, 8-9.

³⁹ L'article L. 4321-18 al. 6 prévoit, en outre, "dans chaque département, le conseil départemental de l'ordre (...) diffuse auprès des professionnels les règles de bonnes pratiques".

effet, que les unions "participent notamment aux actions suivantes : (...) Évaluation des comportements et des pratiques professionnelles en vue de la qualité des soins". Les modalités de cette mission sont précisées dans l'article L. 4134-5, al. 1, selon lequel "les sections constituant les unions des médecins exerçant à titre libéral contribuent, en liaison avec la Haute Autorité de santé, à l'information des médecins libéraux sur les pratiques professionnelles individuelles et collectives. Elles organisent des actions d'évaluation des pratiques de ces médecins et contribuent à la diffusion des méthodes et référentiels d'évaluation". Cette rédaction est, on le constate, extrêmement proche de celle utilisée à propos des ordres des professions d'auxiliaires médicaux. Les conseils régionaux des ordres des masseurs-kinésithérapeute et des infirmiers remplissent donc une mission confiée, en ce qui concerne les médecins, à l'URML, cette mission n'étant, en outre, pour l'instant pas attribuée en ce qui concerne les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes. Les mêmes missions sont donc, selon les professions, confiées à des institutions différentes, qui n'ont pas les mêmes fonctions. Soulignons, surtout, que les modes de financement de ces institutions diffèrent : ainsi, alors que les ordres sont financés par les cotisations de leurs membres, le financement des URML est plus diversifié. En effet, selon l'article L. 4134-6, "les unions perçoivent une contribution versée à titre obligatoire par chaque médecin exerçant à titre libéral en activité dans le régime conventionnel (...)", son montant étant "fixé par décret (...) dans la limite d'un taux de 0,5% du montant annuel du plafond des cotisations". En outre, et selon le même article, *in fine*, "les unions peuvent également recevoir, au titre des missions dont elles ont la charge, des subventions et des concours financiers divers", dont ceux de l'assurance maladie⁴⁰.

C) Le rôle des usagers : deux pas en avant, un pas en arrière

Les usagers acquièrent, depuis quelques années, et notamment depuis la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, une place de plus en plus importante dans les dispositifs en matière de santé⁴¹. Plus étonnant, cette nouvelle implication concerne également les ordres professionnels, pourtant censés constituer des organes de contrôle de l'exercice des professions par les professionnels.

Ainsi, l'article L. 4321-15 c. san. pub., relatif à la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes prévoit, dans son al. 5 : "lorsque les litiges concernent les relations entre professionnels et usagers, la chambre disciplinaire s'adjoit deux représentants des usagers désignés par le ministre chargé de la santé". Il en est de même en première instance, à l'échelon régional, puisque l'article L. 4321-17 al. 4, prévoit que "lorsque les litiges concernent les relations entre professionnels et usagers, la chambre disciplinaire s'adjoit deux représentants des usagers désignés par le ministre chargé de la santé". Ces prévisions doivent, en outre, être rapprochées de celles de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, selon laquelle les usagers peuvent désormais être parties aux procès disciplinaires des professions de santé⁴².

Les usagers voient donc leur rôle s'accroître en ce qui concerne les procédures disciplinaires en général, et plus encore en ce qui concerne les masseurs kinésithérapeutes et les pédicures podologues. Les dispositions prévoyant leur participation à ces instances sont, à cet égard, absolument novatrices⁴³. Encore faut-il déterminer si ces usagers ont voix consultative ou délibérative. Il semble fort, en l'absence de précision contraire, et du fait du vocable employé par les textes (le conseil ou la chambre "s'adjoit"), impliquant l'intégration par addition, que les représentants des usagers aient voix délibérative.

On aurait pu penser que cette évolution de l'organisation des procédures disciplinaires préfigurait un mouvement plus général. Le doute s'installe cependant lorsque l'on constate que rien

⁴⁰ Art. L. 162-5 al. 3 3° bis c. sécur. soc.

⁴¹ M. Deguegue, Droits des malades et qualité du système de santé, *A.J.D.A.*, 2002, 508-516.

⁴² Même si cette reconnaissance de la qualité de partie n'est qu'implicite, puisque les dispositions légales ont remplacé la liste limitative des parties à l'instance disciplinaire par une liste non limitative, renvoyant notamment à "l'auteur de la plainte" (art. L. 4123-2 et L. 4122-3) sans plus de précision. Rappelons, toutefois, que ces dispositions ne sont pas encore applicables aux ordres des "professions médicales", faute de décrets d'application, mais sont étendues aux ordres des masseurs-kinésithérapeutes, des pédicures-podologues et des infirmiers.

⁴³ J. Moret-Bailly, *Les institutions disciplinaires*, Collection "arrêt sur recherches", GIP-Justice, 2003, 61-77.

de tel n'est prévu en ce qui concerne l'ordre infirmier. Il semble donc que le législateur se livre, en la matière, à une valse-hésitation, seuls les ordres organisés en 2004 devant, *in fine*, intégrer des usagers dans leurs organes disciplinaires.

III : Des codes de déontologie amputés de leur fonction de régulation des rapports avec les employeurs

L'un des attributs principaux des professions organisées en ordres professionnels réside dans les codes de déontologie, véritables "codes d'exercice professionnels"⁴⁴, édictés sous forme de décrets en Conseil d'Etat et intégrés, depuis 2004, à la partie réglementaire du Code de santé publique. Ceux-ci permettent, d'une part le contrôle des instances ordinales sur les professionnels (par la discipline et le contrôle des contrats notamment), d'autre part l'indépendance des professionnels vis-à-vis de leurs interlocuteurs (essentiellement clients et employeurs) dans l'exercice de leur profession⁴⁵.

De ce dernier point de vue, les codes de déontologie des auxiliaires médicaux sont en retrait par rapport à leurs homologues des professions médicales et pharmaceutique. Ainsi, si l'art. L. 4321-21 c. san. pub. prévoit qu' "un décret en Conseil d'Etat, pris après avis du Conseil national de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, fixe les règles du code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes", il précise, dans la phrase suivante que "ces dispositions se limitent aux droits et devoirs déontologiques et éthiques de la profession à l'égard de ses membres, des autres professionnels de santé et à l'égard des patients". Dans la même optique, et en ce qui concerne la profession d'infirmier, l'art. L. 4312-1 décide que "les dispositions de ce code concernent les droits et devoirs déontologiques et éthiques des infirmiers dans leurs rapports avec les membres de la profession, avec les patients et avec les membres des autres professions de la santé". L'art. L. 4322-14 c. san. pub., relatif à la déontologie des pédicures podologues, rédigé, en 2004, sur le modèle du code des masseurs kinésithérapeutes, a, quant à lui, été modifié, en 2006, par la loi relative à l'ordre infirmier, pour prévoir que "ces dispositions" ne "se limitent" plus (rédaction de 2004), mais "*concernent notamment* les droits et devoirs déontologiques et éthiques des pédicures-podologues dans leurs rapports avec les membres de la profession, avec les patients et avec les membres des autres professions de santé"⁴⁶.

Cette limitation du champ d'intervention des codes de déontologie des masseurs kinésithérapeutes et des infirmiers est tout à fait inédite⁴⁷. Elle conduit, en effet, à exclure des codes de déontologie ("les dispositions se limitent" ou "concernent") la régulation des relations entre les professionnels et leurs employeurs, publics et privés, question pourtant habituellement traitée dans les codes de déontologie, et cruciale relativement à l'indépendance des professionnels. On ne voit notamment que peu l'intérêt de la profession infirmière, dont 90 % des membres exercent dans des établissements de santé publics ou privés, à se voir organisée en ordre professionnel, si l'ordre ne peut défendre, en s'appuyant sur le code de déontologie, l'indépendance des professionnels vis-à-vis de leur hiérarchie. Le texte relatif aux pédicures podologues échappe à cette critique, depuis sa modification par l'art. 9 de la loi portant création d'un ordre infirmier, puisque la liste de l'art. L. 4322-14 n'est plus limitative. On doit remarquer, en outre, la cohérence ici plus que douteuse de l'action du législateur. Elle permettra, cependant, aux masseurs-kinésithérapeutes et aux infirmiers de disposer d'un puissant argument s'ils se mobilisent pour obtenir la même modification. On peut, en tous cas, déduire de ces énoncés que le législateur, en organisant les ordres professionnels des

⁴⁴ J. Moret-Bailly, Les rapports entre loi et déontologies des professions de santé après le 4 mars 2002, *Rev. dr. sanit. et soc.*, 2003-4, 581-589, ici 585-586.

⁴⁵ J. Moret-Bailly, *Les déontologies*, PUAM, 2001, 413-485.

⁴⁶ Loi n° 2006-1668 du 21 décembre 2006 art. 9. C'est nous qui soulignons.

⁴⁷ Et manifeste, en outre, une évolution eu égard aux règles antérieures concernant les mêmes professions. Articles L. 490 et 496-1 en ce qui concerne les ordres des masseurs kinésithérapeute et pédicures podologue en 1995 ; article L. 482 ancien en ce qui concerne le code de déontologie infirmier ; articles L. 4398-1 (2002) en ce qui concerne les auxiliaires médicaux dans le cadre de leur conseil supérieur. Ces différentes dispositions étaient rédigées, sur le modèle des professions médicales, sans référence à une quelconque limitation du champ des règles déontologiques.

professions d'auxiliaires médicaux, n'a pas souhaité, contrairement à la logique dont il était porteur jusqu'en 2004, aller au bout de sa démarche habituelle consistant à déléguer aux codes de déontologie la régulation de l'intégralité des relations des professionnels lorsqu'est en cause l'exercice de la profession.

Ces dispositions sont, en outre, critiquables, en ce qu'elle font entrer dans les codes de déontologie des "devoirs éthiques de la profession"⁴⁸, source de confusion puisque le vocable "éthique" était, jusqu'à présent, réservé aux questions bioéthiques, c'est à dire renvoyant aux progrès de la biologie et de la médecine ainsi qu'à leurs conséquences sociales⁴⁹, et non aux questions relatives à l'exercice des professions, tranchées dans les codes de déontologie.

Il est nécessaire de souligner, enfin, que selon les différentes dispositions analysées, les conseils nationaux des différents ordres d'auxiliaires médicaux ne sont que "consultés" dans le cadre de la procédure d'élaboration des codes de déontologie, alors que les conseils nationaux des ordres des professions médicales (et pharmaceutique) "préparent" leurs codes de déontologie. On peut donc imaginer que ces codes de déontologie soient pris contre l'avis du conseil national de la profession, ce qui n'est pas possible en ce qui concerne les professions qui préparent le leur⁵⁰.

Une dernière difficulté se pose, en outre, spécifiquement à propos de la profession infirmière. Celle-ci est, en effet, d'ores et déjà dotée d'un "code de déontologie", édicté dans le décret n°93-221 du 16 février 1993, relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières, et codifié aux articles R. 4312-1 et suivants c. san. publ.⁵¹. Or, le décret de 1993 a été pris sous l'égide de l'ancien article L. 482 du code, qui ne prévoyait pas de restrictions au champ d'intervention de la déontologie. Comment articuler, dès lors, ce code avec les prévisions, plus restrictives, de l'actuel article L. 4312-1 ? Faut-il considérer que les dispositions du code de déontologie prises en dehors du champ nouvellement défini, et notamment celles qui concernent les relations entre les professionnels et leurs employeurs, sont implicitement abrogées⁵² ? La réponse semble bien, eu égard aux règles qui gouvernent les abrogations tacites, devoir être positive⁵³.

Conclusion

Pour terminer cette analyse, deux remarques peuvent être effectuées.

La première réside dans le constat que la non adoption des décrets d'application des lois est devenue pratique courante en ce qui concerne la régulation des professions de santé. Il en était ainsi, en 1995, en ce qui concerne les ordres des masseurs kinésithérapeute et pédicures podologue, empêchés de fonctionner faute d'organisation réglementaire des élections, et ce malgré la condamnation de l'Etat sous astreinte⁵⁴. Il en est de même, depuis 2002, de la réforme des institutions ordinales ainsi que de leurs procédures disciplinaires, toujours suspendue faute de normes d'application. On est contraint, dans ce contexte, d'attendre l'élection des instances ordinales infirmières pour être certain que cet ordre constituera une réalité autre que seulement normative.

La seconde remarque consiste dans l'affirmation de la naissance, depuis 2004, d'un nouveau type de codes de déontologies, concernant les masseurs-kinésithérapeutes et les infirmiers,

⁴⁸ Le "maintien des principes d'éthique" de la profession constitue même, selon l'article L. 4312-1 al. 2, une mission générale de l'ordre infirmier.

⁴⁹ F.-A. Isambert, *Révolution biologique ou réveil éthique*, Cahiers science, technologie, société n°11, 1986, 9-41, et ici, 25, cité in, D. Thouvenin, De l'éthique biomédicale aux lois "bioéthiques", *Rev. trim. Droit Civ.*, 1994, 717.

⁵⁰ J. Moret-Bailly, *Les déontologies*, préc., 114-122.

⁵¹ Il est, en effet, possible soutenir que ce décret constitue un véritable code de déontologie, même s'il n'en porte pas le nom, puisque les relations qu'il a pour vocation de régir ainsi que nombre de ses énoncés son identiques à ceux des codes de déontologie des professions médicales. Pour une opinion concordante, v. L. Dubouis, *Infirmiers et infirmières. Code de déontologie*, *Rev. dr. sanit. et soc.* 1993, 455-456.

⁵² Il s'agit notamment de l'article R.4312-49 al. 1, selon lequel "le fait pour un infirmier ou une infirmière d'être lié dans son exercice professionnel par un contrat ou un statut à un employeur privé, une administration, une collectivité ou tout autre organisme public ou privé n'enlève rien à ses devoirs professionnels".

⁵³ Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif, T. 1, Droit administratif général*, LGDJ, 16^{ème} édition, 2001, n°1392.

⁵⁴ V. note n° 6.

dont originalité par rapport aux codes des professions médicales réside dans l'exclusion légale de ses champs d'intervention, des relations entre les professionnels et leurs employeurs. Il conviendra donc, à l'avenir de distinguer, sur ce point - et sauf évolution législative contraire -, les codes de déontologie des professions médicales, de la profession pharmaceutique ainsi que de la profession de pédicure-podologue des codes des professions d'infirmiers et de masseurs-kinésithérapeutes.

Joël Moret-Bailly

Maître de conférences en droit privé à l'Université Jean Monnet de Saint Etienne
Membre du Centre de Recherches CRITiques sur le Droit (CE.R.CRI.D. -C.N.R.S.)