



HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ

**LES NOUVELLES FORMES DE COOPERATION
ENTRE PROFESSIONNELS DE SANTE :
LES ASPECTS JURIDIQUES**

GROUPE DE TRAVAIL

M. Claude EVIN, Avocat PARIS
M. Joël MORËT-BAILLY, Maître de conférence en droit, SAINT-ETIENNE
M. Jean-Luc AUDHOUI, Conseil national de l'ordre des pharmaciens, PARIS
M^{me} Françoise BICHERON, Ordre national des sages femmes, PARIS
M^{me} Hélène BOYER, Chargée Ressources Humaines, Fédération hospitalière de France, PARIS
M. Yves CHAPUIS, Académie de médecine, PARIS
M. Jacques CHERPION, Conseil national de l'ordre des chirurgiens dentistes, PARIS
M. Yann De KERGUENEC, Fédération de l'hospitalisation privée, PARIS
M. Gilles DEVERS, Avocat, LYON
M. Jérôme EGGERS, Directeur de soins, COGNAC
M^{me} Dominique FRERING, Association nationale des directeurs de soins, LYON
M^{me} Sabine GIBERT, Office national d'Indemnisation des accidents médicaux, BAGNOLET
M^{me} Anne-Sophie GINON, Maître de conférence en droit, NANTERRE
M^{me} Monique GUILLOUET, Cnam Pays de Loire, NANTES
M. Francisco JORNET, Conseil national de l'ordre des médecins, PARIS
M. Bertrand MIGNOT, Fédération de l'hospitalisation privée, PARIS
M. Jean-François NEGRI, Institut soins infirmiers supérieurs, THONON-LES-BAINS
M. Éric PASTOR, Conseil national de l'ordre des masseurs kinésithérapeutes, PARIS
M. Bruno PY, Maître de conférence en droit, NANCY

SOMMAIRE

INTRODUCTION	5
I. MISSION	5
I.1. DEMANDE	5
I.2. PRECISIONS	6
II. METHODE	7
II.1. CONSTITUTION DU GROUPE.....	7
II.2. DEROULEMENT DES TRAVAUX	8
II.3. CALENDRIER	8
III. VOCABULAIRE	9
III.1. NE PAS CONFONDRE COMPETENCE ET QUALIFICATION	9
III.2. PREFERER LES TACHES AUX ACTES	10
III.3. ÉVITER LES VOCABLES DE DELEGATION ET DE TRANSFERT DES TACHES ET/OU ACTES PROFESSIONNELS	10
IV. PROBLEMATIQUE DU RAPPORT	12
CONTRAINTES	13
I. LA NECESSAIRE PROTECTION DE L'INTEGRITE PHYSIQUE	13
I.1. EN DROIT CIVIL	13
I.2. EN DROIT PENAL	14
II. LE SYSTEME ACTUEL D'ORGANISATION DES PROFESSIONS DE SANTE	15
II.1. LA QUALIFICATION ET NON LA COMPETENCE AU CŒUR DU SYSTEME.....	15
II.2. L'EXERCICE ILLÉGAL DE LA MÉDECINE ET LA RÉFÉRENCE AUX ACTES	18
III. LES IMPLICATIONS D'AUTRES CHAMPS DU DROIT	23
III.1. DROIT FISCAL ET SOCIAL	23
III.2. DROIT DE LA SECURITE SOCIALE	24
III.3. DROIT DE LA RESPONSABILITE ET DES ASSURANCES	26
LIBERTES	31
I. COMPARAISONS INTERNATIONALES	31
II. DIVERSITE DE L'ORGANISATION ACTUELLE DES PROFESSIONS DE SANTE	32
II.1. SITUATION DE L'OUTRE-MER	32
II.2. L'ENSEMBLE DES COLLECTIVITES FRANÇAISES D'OUTRE-MER N'EST PAS JURIDIQUEMENT HOMOGENE	35
II.3. NOUVELLE PROCEDURE D'AUTORISATION.....	36
MODELES D'ORGANISATION ET PROPOSITIONS	39
I. LES MODELES : L'ORGANISATION PAR LES ACTES OU PAR LES MISSIONS	39
I.1. LA DEFINITION DES PROFESSIONS PAR LES TYPES D'ACTES	39
I.2. LA DEFINITION DES PROFESSIONS PAR LEURS MISSIONS.....	46
I.3. LES AMENAGEMENTS TRANSVERSAUX : LES CONTEXTES D'EXERCICE	50
I.4. CONCLUSION DU TITRE I.....	54
II. LES ORIENTATIONS PROPOSEES	55
II.1. PRINCIPE : DES PROFESSIONS DEFINIES PAR LEURS MISSIONS ET PAR LEURS LIMITES.....	56

II.2. EXEMPLES	56
III. CONCLUSION : COHERENCES.....	73
SYNTHESE DES ORIENTATIONS	75
I. VOCABULAIRE.....	75
II. ORGANISATION DES PROFESSIONS	75
III. SUIVI	76
ANNEXE 1.....	77
LE DROIT PENAL - BRUNO PY.....	77
ANNEXE 2.....	82
LE DROIT DE L'OUTRE MER - BRUNO PY.....	82
ANNEXE 3.....	87
LE DROIT DE LA RESPONSABILITE - SABINE GIBERT	87
ANNEXE 4.....	90
LE DROIT FISCAL ET LE DROIT SOCIAL - FRANCISCO JORNET ET YANN DE KERGUENEC.....	90
ANNEXE 5.....	94
LE DROIT DE LA SECURITE SOCIALE - ANNE-SOPHIE GINON.....	94
ANNEXE 6.....	99
LES PROTOCOLES - JEROME EGGERS	99
ANNEXE 7.....	103
LA VALIDATION DES ACQUIS DE L'EXPERIENCE - HELENE BOYER.....	103
ANNEXE 8.....	106
LES COMPARAISONS INTERNATIONALES - JEAN-FRANÇOIS NEGRI	106

INTRODUCTION

Nous allons préciser, dans cette introduction, l'étendue de la mission qui nous a été confiée, la méthode élaborée pour la remplir, un certain nombre de réflexions et d'options en ce qui concerne le vocabulaire utilisé, ainsi que la problématique générale du rapport.

I. MISSION

I.1. Demande

Dans son rapport d'étape intitulé *Délégation, transfert, nouveaux métiers... Conditions des nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé*, la Haute Autorité de Santé écrit : « Pour renforcer la coopération [entre professions], certaines évolutions réglementaires et professionnelles peuvent être nécessaires, telles qu'une reconnaissance de la délégation, du transfert de tâches ou la création de nouveaux métiers. Ces évolutions auront nécessairement un impact sur l'organisation du système de santé. Cet impact doit être anticipé et les conditions dans lesquelles les nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé pourront se développer doivent être définies afin de préserver la cohérence de l'organisation du système »¹.

Dans ce contexte, des expérimentations relatives aux nouvelles formes de coopération entre professions de santé ont été permises par la loi d'orientation de la santé publique du 9 août 2004. La Haute Autorité de Santé a été chargée par le ministre de la santé d'assurer le suivi des expérimentations et d'élaborer une recommandation générale relative à la coopération des professionnels de santé. Elle a, pour ce faire, créé un comité de suivi des expérimentations ainsi qu'un conseil scientifique. Le comité de suivi a ainsi « jugé que des thèmes transversaux essentiels devaient être traités indépendamment des expérimentations en cours, à savoir :

- les aspects réglementaires et juridiques ;
- la formation initiale et continue professionnelle ;
- les aspects financiers et économiques.

La méthode privilégiée est celle qui est traditionnellement développée à la HAS, à savoir la mobilisation de groupes d'expertise.

Trois groupes de travail [ont donc été] constitués sous la présidence d'une personne dont la compétence est reconnue dans le domaine, assisté par un expert », et, en ce qui concerne « les aspects juridiques : M. C. Evin (président) et M. J. Moret-Bailly (chargé de projet) »².

Plus précisément, « certains points ont été identifiés par le comité de suivi comme nécessitant un éclairage réglementaire ou juridique :

- les différentes modalités de partage de responsabilité ;
- le mode de définition juridique des professions paramédicales et notamment la question de l'opportunité des décrets d'actes ;

¹ HAS, en collaboration avec l'Observatoire national de la Démographie des Professionnels de Santé, *Délégation, transfert, nouveaux métiers... Conditions des nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé*, Rapport d'étape, Janvier 2007, 4.

² *Idem*, 20.

- le mode de « collaboration » : salariat, contrat de collaboration entre professionnels libéraux et les implications en termes de lien de subordination et de rémunération ;
- les implications fiscales de ce regroupement d'activité »³.

À partir de ce cadre général, le groupe de travail a été amené à préciser le champ de son intervention.

I.2. Précisions

Les précisions concernent le domaine d'exploration du groupe (1), ainsi que le type de propositions qu'il lui a paru adéquat de formuler (2).

I.1.1. Domaine d'exploration

Quatre points étaient explicitement visés par le rapport d'étape susvisé (et feront l'objet de développements particuliers). Ces questionnements n'étaient, cependant, pas limitatifs, le rapport d'étape précisant que les « pistes de réflexion (...) pourront évidemment être complétées ou amendées au fur et à mesure que les groupes avanceront sur les sujets »⁴.

Dans ce contexte, le groupe de travail a mené ses explorations dans plusieurs champs du droit. Il est apparu, en outre, que la comparaison entre l'organisation juridique française et la situation des différentes professions à l'étranger pouvait être tout à fait éclairante ; il en a été de même, à l'intérieur du territoire national, de la situation de l'Outre-mer, l'organisation des professions connaissant, dans ces territoires, certaines particularités.

Le groupe a donc privilégié six champs d'exploration :

- Le droit des professions de santé
- Le droit de la sécurité sociale
- Le droit de la responsabilité
- Le droit fiscal et social
- Le droit de l'outre-mer
- Les comparaisons internationales.

I.1.2. Perspective adoptée : la constitution de modèles d'organisation des professions

Il est apparu, dès le début de ses travaux, qu'il ne pouvait s'agir, pour le groupe, de mener des réflexions sur les frontières « réelles », ou renvoyant aux techniques professionnelles, entre les différentes professions, une telle réflexion renvoyant à d'autres compétences que celles réunies. Il était possible, en revanche, et eu égard aux différents champs du droit analysés, de repérer différents modes d'organisation des professions, ainsi que d'en anticiper les conséquences prévisibles, en fonction des enjeux repérés par la Haute Autorité de Santé⁵.

³ *Ibidem*, n°II.3.1, 23.

⁴ *Ibidem*, 20.

⁵ « - Le principal enjeu est d'améliorer la prise en charge des patients en adaptant l'intervention des professionnels tant aux évolutions de pratiques et de comportements qu'aux évolutions des techniques et des

Dans cette perspective, le groupe de travail a travaillé à l'analyse et à la proposition de « modèles » généraux d'organisation des professions, ainsi qu'à l'anticipation des conséquences de ces derniers dans les différents champs analysés.

Précisons qu'il ne s'agit pas, pour le groupe de travail, de se contenter de formuler des propositions à visée instrumentale immédiate, mais bien, au-delà, de préciser les conditions de possibilité, ainsi que les conséquences prévisibles de différentes pistes d'évolution du système actuel d'organisation des professions de santé.

II. METHODE

II.1. Constitution du groupe

Le groupe de travail a été constitué à la fois de juristes et de non juristes, dans le but de confronter les analyses relatives à la technique juridique aux réalités professionnelles.

En ce qui concerne les juristes, une attention particulière a été portée, d'une part, à la diversité des compétences disciplinaires des membres du groupe, d'autre part à la diversité de leurs origines professionnelles, universitaires, mais également praticiens des secteurs public et privé. Il en a été de même, en ce qui concerne ce dernier point, pour les professionnels de santé, de même qu'une attention particulière a été portée à la représentation des différentes professions concernées par les analyses du groupe de travail. Dans ce contexte, une place particulière a été réservée aux infirmiers et infirmières, dans la mesure où leurs conditions d'exercice (secteur hospitalier public et privé, exercice libéral, soins, encadrement, enseignement) présente une grande variété, et sachant que les réflexions relatives aux « nouvelles coopérations » les concernent dans une large mesure.

Le groupe de travail, constitué de 17 personnes, a donc été composé comme suit :

BICHERON Françoise	Ordre National des Sages Femmes
BOYER Hélène	Chargée RH fédération hospitalière de France
CHAPUIS Yves	Académie nationale de chirurgie
CHERPION Jacques	Secrétaire Général Conseil National de l'Ordre des Chirurgiens dentistes
De KERGUENEC Yann	Responsable juridique Fédération de l'Hospitalisation Privée
DEVERS Gilles	Avocat
EGGERS Jérôme	Directeur des soins CH Cognac
EVIN Claude	Avocat
FRERING Dominique	Trésorière Association Nationale des directeurs de soins
GIBERT Sabine	Responsable juridique ONIAM
GINON Anne-Sophie	Maître de conférences en droit, Université Paris X Nanterre
GUILLOUET Monique	Directrice unité santé Publique au CNAM Pays de Loire
JORNET Francisco	Conseiller juridique Conseil National de l'Ordre des Médecins

produits de santé. - Le second enjeu relève de l'attractivité des professions, par la reconnaissance de leurs compétences réelles, l'amélioration de leurs conditions de travail et une possibilité d'évolution des carrières dans le soin. - Le troisième enjeu découle du précédent, tout en étant plus conjoncturel car il s'inscrit dans le contexte annoncé de tension de la démographie médicale. La redéfinition du rôle de chaque acteur de santé dans la prise en charge des patients devrait permettre de faire face à la demande de soins. - Le quatrième enjeu est de s'assurer de l'efficacité des nouvelles formes de coopération des professionnels de santé », *ibidem*, 20.

MORET-BAILLY Joël	Maître de conférences en droit, Université de Saint Etienne
NEGRI Jean-François	DG Institut soins infirmiers supérieurs
PARROT Jean	Président Conseil National de l'Ordre National des Pharmaciens
PY Bruno	Maître de conférences en droit, Université de Nancy

Le groupe de travail a été conçu, tant par la Haute Autorité de Santé que par le Président du groupe, comme un groupe d'expertise. Par conséquent, le contenu du présent rapport n'engage pas les institutions auxquelles collaborent les membres du groupe de travail.

II.2. Déroulement des travaux

Dans ce contexte, les spécialistes de chaque champ ou questions ont été chargés d'établir des rapports (reproduits en annexe) sur leurs domaines de spécialité. Par ordre alphabétique :

Hélène Boyer	La validation des acquis de l'expérience
Jérôme Eggers	Les protocoles infirmiers
Dominique Fréring et Jean-François Négre	Les perspectives internationales : la profession d'infirmier
Sabine Gibert	Le droit des responsabilités et le droit des assurances
Anne Sophie Ginon	Le droit de la sécurité sociale
Francisco Jornet et Yann de Kerguenec	Le droit fiscal et social
Joël Moret-Bailly	L'organisation des professions de santé
Joël Moret-Bailly	Les questions de vocabulaire ⁶
Bruno Py	Le droit pénal
Bruno Py	Le droit de l'outre-mer

Ces rapports provisoires ont été discutés par l'ensemble du groupe, et ont évolué en fonction des discussions. Les discussions ont été intégrées aux comptes-rendus des différentes réunions et approuvés par les membres du groupe. Les réflexions du groupe ont fait l'objet de synthèses provisoires elles aussi discutées.

II.3. Calendrier

Le groupe s'est réuni à cinq reprises, en mars, avril, juin, juillet et août 2007. Les trois premières réunions ont été consacrées aux rapports provisoires ainsi qu'aux différentes discussions. Suite à ces séances, un plan provisoire du rapport a été élaboré, soumis à discussion, et amendé, au mois de juillet. Une première version du rapport a été remise aux membres du groupe fin juillet, pour discussion fin août. Il a été remis, après modifications, le 10 septembre.

⁶ Cette contribution, ainsi que celles relatives à l'organisation des professions de santé, ne font pas l'objet d'annexes particulières, dans la mesure elles ont fait l'objet de la plupart des discussions du groupe dont le résultat constitue l'essentiel du présent rapport.

III. VOCABULAIRE

Dans son rapport d'étape relatif aux « nouvelles formes de coopération » entre professionnels de santé, la Haute Autorité de Santé, après avoir souligné l'importance de la construction d'un vocable commun sur ces questions, estime que « le travail de définition fait partie intégrante de la démarche conduite », puisqu'aucun accord sur le vocable n'existe à ce jour, les vocables utilisés jusqu'à présent devant être considéré comme « provisoires »⁷.

Or, nombre d'entre eux possèdent d'ores et déjà un sens juridique, notamment ceux de délégation, acte ou transfert. Il est important de les connaître, notamment pour éviter, dans la mesure du possible, que les vocables habituellement utilisés pour décrire certains mécanismes juridiques, soient utilisés dans d'autres sens par les acteurs. De tels contresens quant à la manière dont le droit est construit, peuvent, en effet, entraîner des erreurs, pour les mêmes acteurs, quant à leurs possibilités d'action au regard du droit, erreurs potentiellement génératrices de conséquences en termes de responsabilités.

Dans de telles perspectives, le groupe de travail a pris position en ce qui concerne quatre questions : l'articulation entre les vocables de « compétence » et « qualification » ; entre les vocables de « tâches » et « actes » ; en ce qui concerne le caractère inadéquat, en droit, de l'utilisation des vocables de « délégation » et de « transfert » de compétences ; en ce qui concerne, enfin, le caractère non équivoque juridiquement de l'expression « nouvelle coopérations entre les professions de santé ».

I.3. Ne pas confondre compétence et qualification

Le groupe de travail propose de reprendre la définition de la compétence qui semble actuellement faire l'objet d'un consensus dans différentes disciplines ainsi que dans le droit communautaire, et telle qu'elle permet aujourd'hui de structurer la réflexion autour des

⁷ « Une condition essentielle et première à toute démarche de concertation, est de pouvoir disposer de termes sur lesquels tous les intervenants au débat puissent s'entendre. Or, différents termes sont associés à la notion de coopération : délégation, transfert, compétence, tâches, ... sans que l'on puisse trouver dans les travaux antérieurs de définition précise et stabilisée qui puisse jouer ce rôle.

A ce stade de la réflexion, les termes proposés ici ne peuvent être que provisoires. En effet, le travail de définition fait partie intégrante de la démarche conduite.

La délégation désigne l'action par laquelle le médecin confie à un autre professionnel de santé la réalisation d'un acte de soin ou d'une tâche (et note n° 6 : Il est possible de déléguer ou transférer des actes de soins et des tâches. Un acte de soin est un ensemble cohérent d'actions et de pratiques mises en oeuvre pour participer au rétablissement ou à l'entretien de la santé d'une personne. Un acte de soin peut se décomposer en tâches, définies et limitées, qui peuvent être indépendantes dans leur réalisation. Dans un même acte de soin, certaines tâches peuvent donc être réalisées par des professionnels différents). La délégation comprend l'idée de supervision. La responsabilité du délégant (le médecin) reste engagée du fait de la décision de déléguer, la responsabilité du délégué (le professionnel non médical) est engagée dans la réalisation de l'acte.

Le transfert est défini comme l'action de déplacer l'acte de soin, d'un corps professionnel à un autre : les activités sont confiées dans leur totalité, y compris en termes de responsabilité, à une autre profession. Les professionnels non médicaux sont donc autonomes dans la décision et la réalisation.

La délégation et le transfert peuvent se faire à destination de corps professionnels existants mais il est également possible d'envisager, lorsque cela est pertinent, la création de nouveaux métiers.

Dans tous les cas, le professionnel qui se voit déléguer ou transférer un acte de soin ou une tâche doit posséder les compétences nécessaires, c'est-à-dire la maîtrise d'une combinaison de savoirs (connaissances, savoir-faire, comportement et expérience) en situation (Matillon, 2003)⁷. La notion de compétence traduit la capacité d'un professionnel à combiner ses ressources propres pour agir dans une situation précise. Elle renvoie à la personne qui l'a acquise et qui la possède et elle ne peut donc pas se déléguer. Les compétences peuvent être spécifique à un métier ou transversales à plusieurs métiers », HAS, en collaboration avec l'Observatoire national de la Démographie des Professionnels de Santé, *Délégation, transfert, nouveaux métiers... Conditions des nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé*, Rapport d'étape, préc. 7 et 8.

actions et des « métiers » professionnels, réflexion qui s'incarne notamment dans différents rapports ministériels.

Selon ces réflexions : « La notion de compétence est définie, de manière générale en première intention (...) comme "la mise en oeuvre d'une combinaison de savoirs (connaissances, savoir-faire, comportement et expérience) en situation" (Medef 1998, LeBoterf 1996, Zarifian 2000) »⁸.

La qualification renvoie, quant à elle, à une habilitation du professionnel à exercer un certain nombre d'actes du fait de sa possession d'un diplôme ou d'un titre équivalent⁹.

I.4. Préférer les tâches aux actes

La question des rapports entre les vocables de « tâches » et d' « actes », est particulièrement importante, dans la mesure où le droit actuel est notamment organisé autour des « décrets d'actes »¹⁰. Dans ce contexte, le vocable de tâches a été préféré à celui d'actes pour deux raisons.

D'une part, le vocable de tâches, partiellement téléologique, renvoyant au but à atteindre, a paru plus approprié à une réflexion prospective que celui d'acte, auquel est associé un sens plus technique, celui des « décrets d'actes ».

D'autre part, les réflexions du groupe le conduisent à proposer une redéfinition des professions d'auxiliaires médicaux fondées, notamment, sur leurs « missions », et non plus seulement sur les décrets d'actes. Or, le vocable de tâches est plus large que celui d'actes, et les nouvelles « missions » des professionnels pourraient être déclinées en tâches, mode d'action intermédiaire entre les missions et les actes.

On comprend, cependant, que le vocable d'actes doit être conservé, puisqu'une redéfinition des professions d'auxiliaires médicaux fondée, principalement, sur leurs missions ne signifie pas, pour autant, la disparition de la référence aux actes professionnels¹¹.

I.5. Éviter les vocables de délégation et de transfert des tâches et/ou actes professionnels

⁸ Y. Matillon, Modalités et conditions d'évaluation des compétences professionnelles des métiers de la santé, Rapport au Ministre de l'éducation et au Ministre de la santé, mars 2003, 6. Et d'ajouter, « Dans tous les cas, la notion de compétence intègre deux dimensions l'une liée aux organisations, l'autre liée à l'individu en tant que professionnel. Elle pose d'une part la question de la gestion et de la reconnaissance des savoirs requis par les situations de travail, et d'autre part la reconnaissance du professionnalisme et des parcours ou des itinéraires individuels.

La notion de compétence émerge de façon explicite pour les professionnels de santé à partir de 1996 à l'initiative de la Communauté européenne.

Le concept de compétence a d'abord été défini au niveau de la Communauté européenne autour d'approches très sectorielles telles que l'art dentaire en 1996 et les soins infirmiers généraux en 1998. Ces approches avaient pour but une volonté d'harmonisation des métiers, compétences et formations dans un but de simplification administrative entre les différents États membres afin de promouvoir la libre circulation des professionnels de santé (Directive Simplifier la Législation relative au Marché Intérieur dite SLIM).

Ces deux rapports ont défini la compétence de manière quasi identique comme l'ensemble des "caractéristiques individuelles (connaissances, aptitudes, et attitudes) qui permettent à une personne d'exercer son activité de manière autonome, de perfectionner sans cesse sa pratique et de s'adapter à un environnement en mutation rapide (...)". Cette définition est reprise, en tout ou partie, dans les rapports publiés en France depuis 1998. Le sujet de la compétence est ainsi régulièrement abordé dans les questions concernant la profession médicale. ».

⁹ Cf. également n°1.3.1.

¹⁰ Cf. n°1.9.

¹¹ Cf. n°II.

Le dictionnaire Robert donne deux définitions pertinentes de la « délégation » pour le champ qui est le nôtre. Selon la première, la délégation se définit comme la « Commission qui donne à qqn le droit d'agir au nom d'un autre. * [mandat](#), [procuration](#), [représentation](#). *Personne qui agit par délégation, en vertu d'une délégation.* * [délégué](#) ». On comprend, dans ce contexte, que c'est le déléguant qui est à l'initiative de la délégation.

La seconde de ces définitions est celle du mécanisme de la délégation en droit des obligations¹², selon laquelle la délégation est un : « [Dr.](#) Acte par lequel une première personne ([délégant](#)) en prie une autre ([délégataire](#)) d'accepter comme débiteur une troisième personne ([délégué](#)) qui consent à s'engager envers elle. *Délégation d'une créance.* — Par ext. Acte par lequel on transmet une créance; titre de cette créance. *Une délégation de cent mille francs. Délégation de solde* (des militaires à leur famille) ».

En ce qui concerne le « transfert », la seule définition pertinente que donne le même dictionnaire est également la définition juridique du terme, exposée comme suit : « 1♦ Déplacement d'une personne à une autre. [Dr.](#) Acte par lequel une personne transmet un droit à une autre. *Transfert de propriété.* [aliénation](#), [cession](#), [translation](#), [transmission](#). *Transfert dit translatif de propriété. Transfert des valeurs mobilières* (av. 1984). — Législ. fin. Substitution du nom du nouveau contribuable sur le rôle des contributions directes à la suite d'un changement de propriété. *Transfert de l'impôt.* □ [répercussion](#) ».

Deux enseignements peuvent être tirés des définitions qui précèdent. D'une part, les termes de délégation et de transfert ont bien un sens juridique, et qui ne fait pas discussion, puisque même un dictionnaire non spécialisé en fait état sans ambiguïté. D'autre part, tant la délégation que le transfert impliquent le pouvoir du déléguant ou du créancier sur l'obligation en cause.

Or, l'un des points importants de notre analyse résidera dans le fait de montrer que, dans le système juridique français, seule la loi peut organiser l'atteinte licite à l'intégrité corporelle. Et rien, dans le système de droit actuel, ne permet à un professionnel de décider de « transférer sa compétence » à quelqu'un d'autre, fût-ce un autre professionnel de santé.

Nous proposons donc d'éviter l'utilisation des vocables de délégation et de transfert de tâches ou actes professionnels, situation régulièrement rigoureusement impossible au regard du droit actuel, et sans doute peu envisageable à l'avenir, mais surtout source potentielle de confusion pour des professionnels qui pourraient se croire habilités à autoriser d'autres professionnels à pratiquer certains actes, sous prétexte qu'il peuvent eux-mêmes régulièrement les effectuer.

III.1.1. Utiliser l'expression « nouvelles formes de coopération entre professions de santé »

Le même dictionnaire donne la définition suivante de la coopération : « 1♦ Action de participer à une œuvre commune. ⇒ [collaboration](#). *Apporter sa coopération à une entreprise.* ⇒ [accord](#), [1. aide](#), [appui](#), [concours](#), [contribution](#). « *En toute coopération on est, en quelque sorte, dépendant de ses collaborateurs et solidaire avec eux* » ([Sainte-Beuve](#)). *Faire qqch. en coopération avec qqn* ».

Or, l'idée d'une « participation à une œuvre commune » nous semble très proche des questions factuelles envisagées, et notamment la participation de plusieurs professionnels appartenant à des professions différentes à la meilleure prise en charge possible du patient ainsi qu'à la poursuite d'objectifs de santé publique.

¹² Précisons que, en droit, une obligation n'est pas un devoir, mais un lien de droit entre un créancier et un débiteur.

Il s'agit bien, en outre, dans le cadre de la mission du groupe de travail, de s'inscrire dans les évolutions présentes, en anticipant les évolutions à venir (« nouvelles formes »).

Il s'agit bien, enfin, de travailler sur les relations et les articulations entre les différents professionnels de santé, qui coopèrent dans le but de fournir les meilleurs soins possibles, mais sans que cette coopération puisse s'inscrire dans des schémas intellectuels et juridiques de transfert ou de délégation.

Dans ce contexte, si l'utilisation du vocable « articulation » à la place de celui de « coopération » a été envisagée, le second a été retenu comme englobant le premier, et pouvant, par surcroît, couvrir les situations dans lesquelles un auxiliaire médical doit « se contenter » d'exécuter une prescription médicale.

Le terme de « coopération » peut donc être considéré, du point de vue du droit, d'une part comme pertinent, d'autre part comme pouvant être décliné, au moins en deux autres termes : articulation et exécution.

Le groupe a donc choisi d'utiliser le vocable de « nouvelles formes de coopération entre professions de santé ». Nous nous tiendrons à ce choix dans le présent rapport.

IV. PROBLEMATIQUE DU RAPPORT

Il est possible, à l'issue de cette introduction, de poser les éléments d'une problématique générale, qui guidera le plan de ce rapport.

Il est ainsi nécessaire de constater que les coopérations entre professionnels de santé prennent place dans un contexte juridique caractérisé par un certain nombre de contraintes, dont l'une des conséquences a, notamment, été l'obligation de prévoir, dans une loi, et non dans un acte réglementaire, la possibilité des expérimentations de nouvelles formes de coopération précédemment évoquées. Nous consacrerons donc la deuxième partie du rapport à cette question (2). Il ne faudrait, cependant, pas croire que le système n'est constitué que de contraintes. Celui-ci comprend, en effet, un certain nombre de marges d'initiative et de possibilité laissée aux acteurs, que nous aborderons dans la troisième partie, consacrée aux libertés qu'offre le système (3). La prise en compte de ces deux caractères nous permettra, ensuite, de produire une analyse des différents modèles d'organisation des professions de santé actuellement à l'œuvre en droit français, ainsi que d'effectuer un certain nombre de propositions d'évolution (4). Le rapport se terminera, enfin, d'une part par une synthèse des orientations proposées (5), d'autre part par une série d'annexes (6).

CONTRAINTES

Trois types de contraintes peuvent être identifiés, qui pèsent sur l'organisation de la coopération entre professions de santé. Il s'agit, d'une part, des règles relatives à la protection de l'intégrité des personnes, d'autre part, de l'organisation actuelle du système de répartition de tâches entre professions, et enfin, des conséquences de l'organisation de ce système quant à d'autres champs de droit (droit fiscal et social, droit de la sécurité sociale, droit des responsabilités indemnitaires et des assurances). Nous les envisageons successivement.

I. LA NECESSAIRE PROTECTION DE L'INTEGRITE PHYSIQUE

Cette protection est organisée par deux corps de règles : les règles civiles et les règles pénales.

I.6. En droit civil

Le « respect du corps humain » fait l'objet d'une protection particulière dans le Code civil, dont l'article 16-1 prévoit que « Chacun a droit au respect de son corps. / Le corps humain est inviolable. / Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». L'article 16-1 est complété, dans la poursuite de cet objectif, par l'article 16-3, selon lequel « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir »¹³.

Le Code civil prévoit, en outre, pour assurer le respect de ces dispositions, deux règles complémentaires, l'article 16-2 selon lequel « Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci », ainsi que l'article 16-9 selon lequel « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public », énoncé signifiant que l'on ne peut déroger à ces règles par un acte de volonté, seule la loi pouvant prévoir des dérogations aux règles analysées.

On constate donc, dès l'abord, que la possibilité de porter atteinte à l'intégrité du corps humain ne peut être admise qu'à deux conditions : la nécessité médicale et le consentement de l'intéressé¹⁴. Dans ce contexte, dès lors que l'atteinte à l'intégrité corporelle n'obéit pas à une « nécessité médicale » au sens de l'article 16-3 du Code civil, et compte tenu du fait que le consentement du patient est, seul, insuffisant pour permettre l'atteinte licite à l'intégrité corporelle, seule la loi peut organiser une telle atteinte.

Encore ces articles du Code civil sont-ils récents, ne datant que de 1994. La situation antérieure ne correspondait pourtant pas à une absence de règles, puisque l'organisation de la protection de l'intégrité corporelle relève traditionnellement, en deçà des règles civiles, et au-delà du seul champ de la santé, du droit pénal.

¹³ Livre Ier : Des personnes ; Titre Ier : Des droits civils ; Chapitre II : Du respect du corps humain.

¹⁴ Nous nous contenterons, ici, de l'analyse de ce texte dans la perspective des orientations de ce groupe de travail. Celui-ci importe, en effet, au-delà de ces questions, en ce qui concerne la régulation des questions bioéthiques (notamment les prélèvements d'organes dans sa référence à « l'intérêt thérapeutique d'autrui »).

I.7. En droit pénal

Soulignons, d'emblée, deux caractéristiques liées à la régulation pénale de l'activité des professionnels de santé. Celle-ci témoigne, d'une part, de l'importance des questions envisagées, le Code pénal s'attachant essentiellement à la protection des valeurs sociales fondamentales, dont font évidemment partie la vie ainsi que l'intégrité physique des personnes. Un tel encadrement ne signifie pas, d'autre part, que les professionnels soient systématiquement attirés devant les juridictions en cas d'infraction, le ministère public - qui demande l'application de la loi au nom de la société - disposant du pouvoir de ne pas poursuivre s'il estime « inopportun »¹⁵. Notons, cependant, que nul n'est en mesure, aujourd'hui, de fournir une évaluation chiffrée des poursuites pénales engagées contre des professionnels de santé, faute de système de comptage pertinent¹⁶. Cet encadrement pénal doit, cependant, être souligné, puisque, comme nous allons le montrer, toute violation des règles d'organisation des professions se traduit, en droit pénal, par une infraction¹⁷.

Dans cette perspective, dans le système de droit français, une intervention sur le corps humain, si elle entraîne un dommage, constitue, par principe, une « atteinte à l'intégrité physique des personnes » au sens du Code pénal¹⁸. Elle est, à ce titre, punissable, la peine dépendant de la gravité de l'atteinte¹⁹.

La loi peut, cependant, organiser les conditions d'une atteinte légitime à l'intégrité corporelle, c'est-à-dire prévoir des cas dans lesquels l'atteinte sera justifiée et ne sera donc pas punissable. Cette possibilité est techniquement admise, dans le Code pénal, par le mécanisme de « l'autorisation de la loi »²⁰. Il s'agit de la technique traditionnellement utilisée en ce qui concerne l'intervention des professionnels de santé, du fait de son caractère thérapeutique. On peut donc retenir que seule la loi peut autoriser un professionnel de santé à intervenir sur le corps humain.

Se pose, dès lors, la question des critères légaux de la légitimité de ces interventions. Le critère retenu par le législateur est celui de la qualification professionnelle liée à l'obtention

¹⁵ Sur ce principe de l'opportunité des poursuites, cf., par exemple, S. Guichard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 3^{ème} édition, Litec, 2005, n°880 et s.

¹⁶ Il n'existe pas, en France, de système de comptage des atteintes à l'intégrité corporelle commises par des professionnels de santé. En effet, si la France dispose, depuis 1825, d'un système statistique relatif aux condamnations pénales, celui-ci est construit en fonction des infractions commises, et non en fonction de l'origine socioprofessionnelle des personnes condamnées. Dans ce contexte, la statistique pénale ne permet pas de différencier les homicides et les violences involontaires commises par des imprudents, des chauffards, ou des professionnels de santé.

¹⁷ Nous envisageons, ici, la question des atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité corporelle, mais le système est complété, en cas d'absence d'atteinte, par l'infraction de mise en danger délibérée de la vie d'autrui (Code pénal, article 223-1 « Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende », et, dans le cas du simple « dépassement » des compétences professionnelles, par les infractions d'exercice illégal des différentes professions de santé (cf. infra, II.1.3).

¹⁸ Livre 2, titre 2, chapitre 2 du code pénal, et notamment section 1 « des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne », principalement paragraphe 2 « des violences », articles 222-7 à 222-16-1.

¹⁹ Article 222-7 : « Les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont punies de quinze ans de réclusion criminelle » ; Article 222-9 : « Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende » ; Article 222-11 : « Les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende ».

²⁰ Article 122-4 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. / N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ».

d'un diplôme ou d'un titre équivalent, véritable « permis de soigner », permettant à un professionnel de légitimement porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui. Soulignons, à ce propos, que le système n'est pas fondé sur la compétence, possiblement entendue comme « une façon adaptée et reconnue de faire et de se comporter » des professionnels, mais sur l'inscription de l'intervention dans les cadres légaux²¹.

Il est évidemment nécessaire, dans un tel contexte, d'analyser la manière dont le système de droit organise la définition des professions de santé.

II. LE SYSTEME ACTUEL D'ORGANISATION DES PROFESSIONS DE SANTE

Le système actuel de définition des professions de santé peut être schématiquement décrit comme organisé autour de la qualification, essentiellement entendue comme la possession d'un diplôme ou d'un titre équivalent, cette qualification leur permettant d'exécuter un certain nombre d'actes, et non de la compétence des professionnels.

I.8. La qualification et non la compétence au cœur du système

La question de la coopération entre les professions de santé pose essentiellement celle de la situation des professions d'auxiliaires médicaux. Cette dernière ne peut, cependant, se comprendre indépendamment de l'organisation de l'ensemble des professions de santé.

II.1.1. L'organisation générale des professions

Au centre du système d'organisation des professions de santé se trouve la profession médicale, les compétences des autres professions étant construite comme des dérogations à son monopole, lui-même protégé par l'infraction d'exercice illégal de la médecine²².

Le Code de la santé publique est implicitement organisé, dans cette perspective, selon l'importance des qualifications professionnelles. Sa quatrième partie, consacrée au « professions de santé », se décline, ainsi, en trois livres, dévolus, respectivement aux : « professions médicales », aux « professions de la pharmacie » et aux « auxiliaires médicaux »²³. Le livre 1 est organisé en six titres, les deux premiers contenant des dispositions communes à l'ensemble des « professions médicales », les trois suivants dédiés

²¹ C'est également la raison pour laquelle le système pénal protège l'exercice même des différentes professions, ainsi que l'usage de leurs titres. Par exemple, l'article L. 4323-4 du code de la santé publique prévoit que « L'exercice illégal de la profession de masseur-kinésithérapeute est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. L'exercice illégal de la profession de pédicure-podologue est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende (...) », et l'article L. 4323-5 du même code dispose que : « L'usage sans droit de la qualité de masseur-kinésithérapeute, de gymnaste médical, de masseur, de pédicure-podologue, de pédicure, de podologue ou d'un diplôme, certificat ou autre titre légalement requis pour l'exercice de ces professions est puni comme le délit d'usurpation de titre prévu à l'article 433-17 du code pénal (...) ».

²² Mais un médecin peut toujours, quant à lui, intervenir dans le champ d'intervention d'une autre profession. Le « monopole » des professions autres que la profession médicale ne joue donc pas en ce qui concerne les médecins. Il est, par exemple, courant qu'un médecin obstétricien prenne le relais d'une sage-femme, ou qu'un médecin stomatologue succède à un chirurgien-dentiste.

²³ Il débute, en outre, par un livre préliminaire (ajouté par la loi n°2000-1257, du 23 décembre 2000) consacré à l'information des professionnels de santé est composé d'un chapitre unique relatif au fonds de promotion de l'information médicale et médico-économique

aux professions de « médecin », « chirurgien-dentiste », et « sage-femme ». Le dernier titre regroupe, quant à lui, des « dispositions pénales » qui concernent l'exercice illégal des trois professions, l'usurpation de titres ainsi que d' « autres dispositions pénales ». Le livre 2, relatif aux « professions de la pharmacie », est consacré aux professions de pharmacien et de préparateur en pharmacie. Le livre 3, relatif aux « auxiliaires médicaux », traite, dans l'ordre des titres qui leur sont consacrés, des professions d'infirmier ou d'infirmière (titre 1), de masseur-kinésithérapeute et de pédicure-podologue (titre 2), d'ergothérapeute et de psychomotricien (titre 3), d'orthophoniste et d'orthoptiste (titre 4), de manipulateur d'électroradiologie médicale (titre 5), d'audioprothésiste, d'opticien-lunetier, de prothésiste et d'orthésiste pour l'appareillage des personnes handicapées (titre 6), et de la profession de diététicien (titre 7). Ces dispositions sont, enfin, complétées par un titre 8 consacré aux « Dispositions communes et compétences respectives de l'Etat et de la région ».

Or, la partie réglementaire du code contient, depuis le 20 juillet 2005²⁴, dans le chapitre trois de ce dernier titre, des règles relatives à quatre professions, sa section 3 étant consacrée aux « Professions d'aides-soignants, d'auxiliaires de puériculture, d'ambulanciers et de techniciens en analyses biomédicales ». Ces quatre dernières professions sont donc organisées, non dans un cadre légal, mais dans un cadre réglementaire, ce qui implique, eu égard aux contraintes civiles et pénales analysées précédemment, que leurs membres ne peuvent porter atteinte à l'intégrité physique des personnes puisqu'il n'existe pas, en ce qui les concerne, de justification légale à une telle atteinte, un règlement ne pouvant porter exception à une infraction définie dans le cadre d'une loi.

Ajoutons qu'une dernière profession a été organisée par l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000²⁵ : le conseiller en génétique. Celui-ci, d'après l'article L. 1132-1 du Code de la santé publique, « sur prescription médicale et sous la responsabilité d'un médecin qualifié en génétique, participe au sein d'une équipe pluridisciplinaire : 1° A la délivrance des informations et conseils aux personnes et à leurs familles susceptibles de faire l'objet ou ayant fait l'objet d'un examen des caractéristiques génétiques à des fins médicales défini à l'article L. 1131-1, ou d'une analyse aux fins du diagnostic prénatal défini à l'article L. 2131-1 ; 2° A la prise en charge médico-sociale, psychologique et au suivi des personnes pour lesquelles cet examen ou cette analyse est préconisé ou réalisé ». L'originalité de cette organisation réside dans la place des dispositions, qui ne figurent pas dans la quatrième partie du Code, consacrée aux « professions de santé », mais dans le livre 1 de la première partie, consacré à la « protection des personnes en matière de santé », et plus précisément dans son titre 3, intitulé « examen des caractéristiques génétiques, identification génétique et recherche génétique ». Si l'on peut comprendre la place de ces dispositions dans une optique didactique, l'ensemble des règles relatives à la génétique se trouvant ainsi regroupées, elle est, en revanche critiquable, en ce qu'elle sépare cette profession des autres professions de santé. Il est vrai, cependant, que le conseiller en génétique ne pratique pas d'actes de soins, même s'il « participe » à la « prise en charge » des patients.

Nous ne traiterons pas, ici, de l'activité des ostéopathes, puisqu'il ne s'agit pas d'une profession. Nous lui consacrerons, cependant, de plus conséquents développements dans la quatrième partie de ce rapport²⁶.

II.1.2. La place centrale du diplôme comme condition de la régularité de l'exercice des professions

²⁴ Décret n° 2005-840 du 20 juillet 2005 art. 11 5° Journal Officiel du 26 juillet 2005.

²⁵ Art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2003 en vigueur le 1er janvier 2002.

²⁶ Cf. *infra*, —.

La possibilité d'exercer légalement l'une des trois « professions médicales » sur le territoire national suppose remplies un certain nombre de conditions, énumérées par l'article L. 4111-1 du Code de la santé publique²⁷.

Outre les conditions d'inscription à l'ordre professionnel et de nationalité - qui reçoivent d'ailleurs exception dans certaines circonstances²⁸ - la condition qui nous intéresse ici est la nécessité, pour appartenir à l'une des professions médicales, d'être « titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre » déterminé par la loi. Cette condition est primordiale, puisqu'elle conditionne la mise en œuvre des deux autres. Il s'agit donc bien de la condition principale de l'exercice régulier des professions médicales.

La clef de voûte de l'organisation de l'atteinte légitime au corps humain par les professions médicales est donc bien leur qualification, attestée par le diplôme, condition de licéité de l'intervention, les articles L. 4131-1, L. 4141-3 et L. L. 4151-5 précisant, dans ce contexte : « Les diplômes, certificats et titres exigés en application du 1^o de l'article L. 4111-1 (...) pour l'exercice de la profession de médecin », « (...) pour l'exercice de la profession de chirurgien-dentiste » et « (...) pour l'exercice de la profession de sage-femme ».

Il en est de même en ce qui concerne les professions d'auxiliaires médicaux. Ainsi, selon l'article L. 4311-2, « sous réserve des dispositions des articles L. 4311-4 et L. 4311-5, peuvent exercer la profession d'infirmier ou d'infirmière les personnes titulaires d'un diplôme, certificat ou titre mentionné aux articles L. 4311-3 et L. 4311-4, ou titulaires des autorisations prévues aux articles L. 4311-9 et L. 4311-10 ». Dans le même registre, l'article L. 4321-2 dispose « Peuvent exercer la profession de masseur-kinésithérapeute les personnes titulaires d'un diplôme, certificat ou titre mentionné aux articles L. 4321-3 et L. 4321-4 ou titulaires des autorisations mentionnées aux articles L. 4321-5 à L. 4321-7 ». Il en est ainsi de l'ensemble des professions d'auxiliaires médicaux²⁹.

²⁷ Article L. 4111-1 : « Nul ne peut exercer la profession de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme s'il n'est : 1^o Titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné aux articles L. 4131-1, L. 4141-3 ou L. 4151-5 ; 2^o De nationalité française, de citoyenneté andorrane ou ressortissant d'un Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, du Maroc ou de la Tunisie, sous réserve de l'application, le cas échéant, soit des règles fixées au présent chapitre, soit de celles qui découlent d'engagements internationaux autres que ceux mentionnés au présent chapitre ; 3^o Inscrit à un tableau de l'ordre des médecins, à un tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes ou à un tableau de l'ordre des sages-femmes, sous réserve des dispositions des articles L. 4112-6 et L. 4112-7 ».

²⁸ Cf., cependant, à propos de la « nouvelle procédure d'autorisation », *infra*, I.15.

²⁹ Les articles suivants prévoient, en effet : Article L. 4331-2, « Peuvent exercer la profession d'ergothérapeute et porter le titre d'ergothérapeute, accompagné ou non d'un qualificatif, les personnes titulaires du diplôme défini à l'article L. 4331-3, ou titulaires de l'autorisation prévue à l'article L. 4331-4 et dont les diplômes, certificats, titres ou autorisation ont été enregistrés conformément au premier alinéa de l'article L. 4333-1 » ; Article L. 4332-2 « Peuvent exercer la profession de psychomotricien et porter le titre de psychomotricien, accompagné ou non d'un qualificatif, les personnes titulaires du diplôme mentionné à l'article L. 4332-3 ou titulaires de l'autorisation prévue à l'article L. 4332-4 et dont les diplômes, certificats, titres ou autorisation ont été enregistrés conformément au premier alinéa de l'article L. 4333-1 » ; Article L. 4341-3 : « Les diplômes, certificats ou titres mentionnés à l'article L. 4341-2 sont le certificat de capacité d'orthophoniste (...) » ; Article L. 4342-3 : Le certificat mentionné à l'article L. 4342-2 est le certificat de capacité d'orthoptiste institué par le ministre chargé de l'enseignement supérieur » ; Article L. 4351-2 : «Peuvent exercer la profession de manipulateur d'électroradiologie médicale et porter le titre de manipulateur d'électroradiologie médicale accompagné ou non d'un qualificatif les personnes titulaires des diplômes, certificats ou titres mentionnés à l'article L. 4351-3 ou titulaires des autorisations prévues à l'article L. 4351-4, et inscrites sur une liste départementale » ; Article L. 4361-2 : «Peuvent exercer la profession d'audioprothésiste les personnes titulaires d'un diplôme, certificat ou titre mentionné aux articles L. 4361-3 et L. 4361-4 enregistré conformément au premier alinéa » ; Article L. 4362-2 : « Peuvent exercer la profession d'opticien-lunetier détaillant les personnes titulaires d'un diplôme, certificat ou titre mentionnés aux articles L. 4362-2 et L. 4362-3 enregistré conformément au premier alinéa » ; L. 4371-2 : « Seules peuvent exercer la profession de diététicien et porter le titre de diététicien, accompagné ou non d'un qualificatif, les personnes titulaires du diplôme d'Etat mentionné à l'article L. 4371-3 ou titulaires de l'autorisation prévue à l'article L. 4371-4. ».

Rappelons qu'il ne s'agit pas, à ce stade de l'analyse, de prétendre que la définition des professions renverrait uniquement aux diplômes, mais, plus simplement, de souligner que la possession d'un diplôme constitue, pour les professionnels, la principale condition (à côté des conditions de nationalité et d'inscription à un ordre professionnel ou d'enregistrement de son activité auprès de l'autorité administrative) de l'exercice régulier de leur profession.

Cette logique est, en outre, portée, en négatif, par les infractions d'exercice illégal des différentes professions, destinées, non à prévoir les conditions de l'exercice régulier des professions, mais à sanctionner ceux qui les exerceraient irrégulièrement.

Or, l'une de ces incriminations, l'exercice illégal de la médecine est particulièrement importante, dans la perspective qui est la nôtre, puisque c'est à partir de celle-ci que s'organise l'activité des différentes professions d'auxiliaires médicaux, et ce en référence aux actes professionnels que leurs membres peuvent exécuter.

I.9. L'exercice illégal de la médecine et la référence aux actes

La distribution des champs d'intervention entre les différents professionnels de la santé renvoie, dans le système actuel d'organisation des professions, aux actes que peuvent effectuer les membres des différentes professions. Or, cette construction prend sa source dans la rédaction de l'infraction d'exercice illégal de la médecine.

II.1.3. L'exercice illégal de la médecine

L'article L. 4161-1 du Code de la santé publique, qui incrimine l'exercice illégal de la médecine³⁰, outre qu'il permet de définir ce qu'il faut entendre par « profession médicale », définition qui n'existe pas dans l'article L. 4111-1 du Code, permet, de surcroît, de tracer les limites que ne sauraient franchir les non médecins sans tomber sous le coup de l'incrimination. Dans ce contexte, les 2^e, 4^e et 5^e prévoient que l'infraction est réalisée en cas d'irrespect des conditions d'exercice relatives à la nationalité et à l'inscription à l'ordre professionnel. Le 3^e de l'article L. 4131-1, prévoit, quant à lui, la répression en ce qui concerne l'assistance, par un médecin, prêtée à une personne qui exercerait illégalement l'art médical. Cette disposition présente un intérêt didactique, en ce qu'elle décrit

³⁰ Article L. 4161-1 du code de la santé publique : « Exerce illégalement la médecine : 1° Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L. 4131-1 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin, ou sans être bénéficiaire des dispositions spéciales mentionnées aux articles L. 4111-2 à L. 4111-4, L. 4111-6, L. 4111-7, L. 4112-6, L. 4131-2 à L. 4131-5 ; 2° Toute personne qui se livre aux activités définies au 1° ci-dessus sans satisfaire à la condition posée au 2° de l'article L. 4111-1 compte tenu, le cas échéant, des exceptions apportées à celle-ci par le présent livre et notamment par les articles L. 4111-6, L. 4111-7 et L. 4131-4-1 ; 3° Toute personne qui, munie d'un titre régulier, sort des attributions que la loi lui confère, notamment en prêtant son concours aux personnes mentionnées aux 1° et 2°, à l'effet de les soustraire aux prescriptions du présent titre ; 4° Toute personne titulaire d'un diplôme, certificat ou tout autre titre de médecin qui exerce la médecine sans être inscrite à un tableau de l'ordre des médecins institué conformément au chapitre II du titre Ier du présent livre ou pendant la durée de la peine d'interdiction temporaire prévue à l'article L. 4124-6 à l'exception des personnes mentionnées aux articles L. 4112-6 et L. 4112-7 ; 5° Tout médecin mentionné à l'article L. 4112-7 qui exécute des actes professionnels sans remplir les conditions ou satisfaire aux obligations prévues audit article. / Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux étudiants en médecine ni aux sages-femmes, ni aux infirmiers ou gardes-malades qui agissent comme aides d'un médecin ou que celui-ci place auprès de ses malades, ni aux personnes qui accomplissent, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine, les actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret ».

précisément une situation factuelle. On peut cependant souligner qu'elle ne constitue, techniquement, qu'une hypothèse de complicité, prévue, de manière générale, par l'article 121-7 du code pénal, qui dispose : « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation »³¹. Autrement dit, avec ou sans prévision légale explicite, un tel comportement tombe sous le coup de la loi du fait des règles relatives à la complicité.

Suite à ces premières remarques, nous intéressons donc principalement le 1^{er} du premier alinéa de l'article L. 4161-1, qui pose la définition de l'exercice illégal, ainsi que son dernier alinéa, qui prévoit les conditions de la « justification »³² de l'infraction en ce qui concerne les auxiliaires médicaux.

Dans cette perspective « Exerce illégalement la médecine (...) Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L. 4131-1 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin, ou sans être bénéficiaire des dispositions spéciales mentionnées aux articles L. 4111-2 à L. 4111-4, L. 4111-6, L. 4111-7, L. 4112-6, L. 4131-2 à L. 4131-5 »³³.

On constate ainsi que la perpétration des actes en cause n'est pas infractionnelle si elle est le fait du « titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L. 4131-1 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin, ou sans être bénéficiaire » des exceptions prévues par le Code. Autrement dit, le respect des conditions de l'exercice légitime de la médecine, posées par l'article L. 4111-1 exonère les professionnels de leur responsabilité pénale.

On comprend également que la forme de l'acte infractionnel est indifférente à la réalisation de l'infraction, puisque celle-ci est réalisée « par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient ».

Ne reste plus, à ce stade de l'analyse du contenu de l'article L. 4161-1 alinéa 1^{er}, que la définition même de l'exercice de la médecine. Il s'agit de « prend[re] part habituellement ou

³¹ Article 121-6 : « Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7 ; Article 121-7 : Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. / Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ».

³² En ce qui concerne la technique de la « justification de l'infraction » en matière pénale, cf. *supra*, I.7.

³³ Les articles L. 4161-5 et L. 4161-6 prévoient, à titre de sanctions :

Article L. 4161-5 : « L'exercice illégal de la profession de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. / Les personnes physiques encourent également les peines complémentaires suivantes : a) L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal ; b) La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, conformément à l'article 131-21 du code pénal ; c) L'interdiction définitive ou pour une durée de cinq ans au plus d'exercer une ou plusieurs professions régies par le présent code ou toute autre activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal. / Le fait d'exercer l'une de ces activités malgré une décision judiciaire d'interdiction définitive ou temporaire est puni des mêmes peines ».

Article L. 4161-6 « Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal de l'infraction prévue à l'article L. 4161-5. / Les peines encourues par les personnes morales sont : a) L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ; b) Les peines complémentaires mentionnées aux 2^o à 9^o de l'article 131-39 du code pénal, dans les conditions prévues aux articles 131-46 à 131-48 de ce code. L'interdiction mentionnée au 2^o de l'article 131-39 du code pénal porte sur une ou plusieurs professions régies par le présent code ou toute autre activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ».

par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées », ou de pratiquer « l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine ». En résumé, constitue un exercice illégal de la médecine le diagnostic d'une maladie, le traitement d'un patient, ou la réalisation des actes professionnels réservés aux médecins. Ces derniers sont prévus dans un arrêté du 6 janvier 1962, fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyse médicale non médecins³⁴.

Nous allons, à présent, préciser le champ d'application de ce dernier texte, ainsi que ses conséquences quant à la situation des autres professions que la profession médicale.

II.1.4. La référence aux actes pouvant être accomplis par les membres des autres professions

L'article L. 4161-1 alinéa 2 précise le champ d'application des alinéas qui précèdent en prévoyant que « Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux étudiants en médecine ni aux sages-femmes, ni aux infirmiers ou gardes-malades qui agissent comme aides d'un médecin ou que celui-ci place auprès de ses malades, ni aux personnes qui accomplissent, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine, les actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret ». Cet article prévoit donc une modalité générale d'organisation de l'intervention des « étudiants en médecine, (...) sages-femmes, (...) infirmiers ou gardes-malades qui agissent comme aides d'un médecin »³⁵ ou d'autres « personnes » sans que les conditions de l'intervention de ces dernières soient déterminées *a priori*.

C'est à partir de la désignation des « personnes qui accomplissent, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine, les actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret », que se développe la régulation des auxiliaires médicaux. On comprend, également, que l'intervention de l'ensemble des professions d'auxiliaires médicaux ainsi que celles de la profession de sage-femme ne s'entend, au sens du droit actuel, que comme une exception au monopole médical, puisque l'exercice illégal de la médecine a, justement, pour objet la défense de ce monopole.

³⁴ En ce qui concerne les actes réservés à la profession médicale, l'article 2 énumère : « 1) Toute mobilisation forcée des articulations et toute réduction de déplacement osseux, ainsi que toutes manipulations vertébrales, et, d'une façon générale, tous les traitements dits d'ostéopathie, de spondylothérapie (ou vertébrothérapie) et de chiropraxie. 2) Le massage prostatique. 3) Le massage gynécologique. 4) Tout acte de physiothérapie aboutissant à la destruction si limitée soit-elle des téguments, et notamment la cryothérapie, l'électrolyse, l'électrocoagulation et la diathermo-coagulation. 5) Tout mode d'épilation, sauf les épilations à la pince ou à la cire. 6) Toute abrasion instrumentale des téguments à l'aide d'un matériel susceptible de provoquer l'effusion du sang (rabotage, meulage, fraisage). 7) Le maniement des appareils servant à déterminer la réfraction oculaire. 8) Audiométrie tonale et vocale à l'exclusion des mesures pratiquées pour l'appareillage des déficients de l'ouïe, en application des dispositions de l'article L. 510-1 du code de la santé publique ».

³⁵ Précisons que la référence à la profession de sages-femmes dans cet alinéa n'a pas exactement la même portée que la référence aux autres professions. En effet, la profession de sage-femme fait partie, au sens du Code de la santé publique, des professions médicales. À ce titre ses possibilités d'intervention sont définies, dans les articles L. 4151-1 et suivants. Son intervention est donc licite en vertu de ces derniers articles, et non seulement en vertu de l'article L. 4161-1 alinéa 2 du Code. Rappelons, cependant, que ces différentes règles n'ont pas la même fonction. Les premières définissent les conditions de l'intervention licite des professionnelles ; la seconde définit l'infraction pénale d'exercice illégal de la médecine. Il serait cependant possible, techniquement, et à l'instar de la situation des chirurgiens-dentistes, et la référence aux sages-femmes dans l'article L. 4161-1 du code de la santé publique.

Du point de vue de la forme que peuvent embrasser les règles relatives à ces actes, l'article L. 4161-1 alinéa 2 précise que ces derniers doivent être accompli « dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine, (...) actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret ». Autrement dit les « décrets d'actes » ne peuvent prendre place, suite à cet article, et sous peine d'illégalité, que dans des décrets en Conseil d'État, actes du premier ministre, et non des décrets simples ou des arrêtés, pour ces derniers possiblement actes du ministre de la santé.

Encore ne faut-il pas mésestimer la place, dans ce système, de l'arrêté du 6 janvier 1962, fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyse médicales non médecins, auquel il est fait référence dans le premier alinéa de l'article L. 4161-1. En effet, le second alinéa débute par la formule selon laquelle « Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas (...) ». Or, le premier alinéa, lorsqu'il fixe les conditions de la répression de l'exercice illégal de la médecine, prévoit, comme éléments de cette définition, la pratique de « l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine ». Il faut ici bien comprendre l'article L. 4161-1 alinéa 1^{er} utilise la technique de « l'incrimination par renvoi », ce qui signifie que si l'arrêté auquel renvoie la loi peut être modifié dans les formes habituelles de modification des arrêtés, son contenu, lorsqu'on le considère comme norme d'application de l'article L. 4161-1, doit être considéré comme ayant une valeur équivalente à celle de la loi dont il précise le contenu.

Dans ce contexte, les « décrets d'actes » prévus à l'article L. 4161-1 alinéa 2, qui doivent, bien évidemment, respecter les règles légales en application desquelles ils sont pris, doivent également respecter, dans le cas de figure qui nous intéresse, les règles de l'arrêté de 1962, qui doivent être considérées, dans ce contexte, comme ayant une valeur équivalente à celle de la loi.

Or, celui-ci définit trois types d'actes en fonction du contrôle exercé sur leur réalisation par la profession médicale : l'article 2 détermine les actes qui « ne peuvent être pratiqués que par les docteurs en médecine » ; l'article 3 prévoit que « ne peuvent être exécutés par des auxiliaires médicaux qualifiés que sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin, celui-ci pouvant contrôler et intervenir à tout moment, les actes médicaux suivant, dont la liste est limitative » ; selon l'article 4, enfin, « peuvent être exécutés par des auxiliaires médicaux qualifiés et uniquement sur prescription qualitative et quantitative du médecin, mais en dehors de la présence de celui-ci, les actes médicaux suivants, dont la liste est limitative ».

Ce faisant, cet arrêté contient deux éléments d'une importance cruciale en ce qui concerne notre propos : d'une part, la liste des actes à propos desquels il prévoit la possibilité d'une exécution par les auxiliaires médicaux est limitative ; d'autre part, ces actes ne peuvent être exécutés que dans deux cadres bien identifiés : « sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin, celui-ci pouvant contrôler et intervenir à tout moment » ou « uniquement sur prescription qualitative et quantitative du médecin, mais en dehors de la présence de celui-ci ».

Le plan de cet arrêté nous indique, en outre, et de manière anticipée, la manière dont les « décrets d'actes » seront organisés. Par exemple, l'article R. 4321-5 du Code de la santé publique³⁶ prévoit : « Sur prescription médicale, le masseur-kinésithérapeute est habilité à participer aux traitements de rééducation suivants (...) » ; il prévoit, en outre, dans l'article R. 4321-8 : « Sur prescription médicale, et à condition qu'un médecin puisse intervenir à tout

³⁶ Il s'agit du « décret d'actes » de la profession de masseurs kinésithérapeutes, cette disposition prenant la suite de 5 du décret n°96-879 du 8 octobre 1996 relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession de masseur-kinésithérapeute, suite à la recodification de la partie réglementaire du code de la santé publique en 2004.

moment, le masseur-kinésithérapeute est habilité à (...) ». De manière comparable, et reprenant la contrainte figurant dans l'article L. 4342-1, selon lequel « est considérée comme exerçant la profession d'orthoptiste toute personne qui exécute habituellement des actes de rééducation orthoptique hors la présence du médecin », l'article R. 4341-2 débute par la formule suivante : « les orthoptistes sont habilités, sur prescription médicale (...) », l'article suivant comprenant la liste des actes répondant à cette exigence.

Opinion dissidente de M. F. Jornet

Lors de la dernière séance du groupe de travail, consacrée à la discussion sur le projet de rapport, le 30 août 2007, M. F. Jornet a tenu à exprimer une « opinion dissidente » relativement à l'analyse, validée par l'ensemble des autres membres du groupe de travail, de l'infraction d'exercice illégal de la médecine et à la place de l'arrêté du 6 janvier 1962 dans l'architecture du droit des professions de santé.

Nous reproduisons cette opinion telle qu'elle nous a été transmise par voie électronique.

« Comme je l'ai indiqué au cours de la réunion [du 30 août], je ne partage pas le point de vue suivant lequel de l'arrêté du 6 janvier 1962 a un caractère crucial et une grande importance pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, il apparaît bien à l'analyse de la jurisprudence en matière d'exercice illégal de la médecine que les juridictions pénales sanctionnent essentiellement des pratiques de diagnostic ou de traitement par des non médecins. Elles sont très peu saisies sur la base d'une violation de l'arrêté du 6 janvier 1962.

Cet arrêté d'ailleurs dans sa conception originelle ne vise pas que les professions de santé. On voit bien dans l'architecture de la loi que l'arrêté doit se borner à compléter (et non pas à préciser), pour des actes précis, la définition générique de l'exercice illégal.

Enfin, la thèse selon laquelle les « décrets d'actes » devraient respecter les règles de l'arrêté de 1962 me paraît contestable. En effet, si exerce illégalement la médecine toute personne qui accomplit un acte en violation de l'arrêté de 1962 (article L4161-1 1^{er}), il est indiqué au dernier alinéa de l'article L4161-1 que « les dispositions du présent article ne s'appliquent pas ... aux personnes qui accomplissent dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat les actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret. »

Il apparaît donc clair qu'en aucun cas un professionnel de santé accomplissant un acte prévu par le décret précité ne peut se trouver dans une situation d'exercice illégal de la médecine alors même, hypothèse d'école, que cet acte aurait été « réservé » par l'arrêté du 6 janvier 1962. On notera d'ailleurs qu'il s'agit d'une hypothèse d'école qui ne fait pas beaucoup avancer la problématique.

Pour autant l'articulation entre les décrets d'actes et l'arrêté du 6 janvier 1962 est inutilement complexe et un simple toilettage pourrait y remédier.

L'arrêté demeure utile en particulier lorsqu'il décrit des actes médicaux par détermination opposables à des non-professionnels de santé qui les accompliraient au mépris de la santé des personnes ».

— *Conclusion du II*

On ne peut que souligner, pour terminer, la position centrale de la profession médicale dans la régulation des professions d'auxiliaires médicaux. Ainsi, l'Académie nationale de médecine est systématiquement consultée en ce qui concerne le contenu des décrets relatifs aux actes pouvant être accompli par les différentes professions, sachant que ceux-ci

s'inscrivent dans la typologie définie dans l'arrêté du 6 janvier 1962, pris, lui aussi, après consultation de ladite Académie.

Une bonne partie des actes qui peuvent, en outre, être accomplis par des auxiliaires médicaux ne peuvent l'être que « sur prescription médicale », et même « à condition qu'un médecin puisse intervenir à tout moment ». Ces dernières remarques permettent de donner tout son sens à l'expression « auxiliaires médicaux ».

Une telle organisation implique la conséquence, qui est, à l'évidence, à l'origine même de cette construction, d'un encadrement médical systématique des interventions sur le corps des patients, gage de la meilleure prise en charge dans un système dans lequel la compétence renvoie à la qualification. On conçoit, cependant, que le système touche sa limite dès lors que l'intervention médicale ne peut plus, notamment pour des raisons démographiques ou organisationnelles être systématiquement assurée.

D'autres contraintes pèsent, en outre, sur l'organisation actuelle des professions de santé. Il s'agit des relations réciproques entre ces règles et d'autres champs de droit.

III. LES IMPLICATIONS D'AUTRES CHAMPS DU DROIT

Nous envisageons ici trois de ses champs : le champ fiscal et social, d'une part, le droit de la sécurité sociale, d'autre part, la question des responsabilités et des assurances³⁷, enfin.

I.10. Droit fiscal et social

Le succès d'une réorganisation éventuelle des professions de santé dépendra étroitement de l'adhésion des professionnels à cette nouvelle organisation, et notamment en ce qui concerne les questions fiscales et sociales liées à leurs activités.

Il est important, dans ce contexte, de souligner que les modes d'organisation fiscaux et sociaux de la collaboration ne constituent pas en eux-mêmes une solution juridique permettant le transfert ou la délégation de compétences entre professionnels.

Il faut signaler, en outre, que les expérimentations actuelles étant menées sans rémunération supplémentaire, la question ne s'est pas encore posée mais dans la perspective d'un développement des coopérations, cette problématique ne sera pas étrangère au mode de collaboration choisi.

Parmi ces différents modes de collaboration se distingue le contrat de travail qui présente des atouts pour la coopération entre professionnels de santé. Tout d'abord, même s'il est nécessairement écrit (article R. 4312-49 du CSP), il ne nécessite pas un formalisme juridique et administratif excessif au regard d'une délégation qui peut ne concerner qu'une seule tâche spécifique : pas de convention constitutive, pas de statuts, pas de considérations en terme de parts et d'associés, en terme de répartition d'un capital social, pas de question patrimoniale. Etablissant une relation juridique entre un employeur et un employé, il ne pose pas de difficulté en termes de qualification juridique d'une structure, telle qu'un établissement de santé, et n'entraîne donc pas toutes les conséquences afférentes en terme d'obligations de santé publique.

Rappelons, en outre, que le contrat de travail peut avoir une durée déterminée ou prévoir un emploi à temps partiel ce qui peut, avec souplesse, s'adapter aux nécessités des professionnels de santé concernés par une « nouvelle forme de coopération » ne portant que sur un nombre limité d'actes.

³⁷ A l'exclusion des responsabilités pénale (traitée par ailleurs) et disciplinaires, qui obéissent à d'autres logiques.

On peut également souligner que la facturation des actes à l'assurance maladie dans cette configuration, est prévue par la Convention médicale de février 2005³⁸.

Le contrat de travail peut, en revanche, susciter quelques résistances, notamment en ce qui concerne l'attachement éventuel au statut libéral pour certains professionnels. Il en est de même du lien de subordination de l'employé à l'égard de l'employeur, les obligations du droit du travail et de la sécurité sociale mais également de la fiscalité qui leur est relative, s'imposant à l'employeur. Il n'est toutefois pas avéré, à cet égard, que les obligations du droit de la sécurité sociale et de la fiscalité afférentes à l'exercice libéral soient moins contraignantes.

En conclusion, il n'est pas possible d'identifier dans les modes juridiques de collaboration entre professionnels de santé de véritables sources de blocage à la mise en œuvre de coopérations permettant les nouvelles formes de coopération. La variété de ces modes juridiques constitue, au contraire, une garantie de souplesse, puisque selon les contextes et les professions, tel ou tel mode pourra être choisi, selon les objectifs et le degré de collaboration souhaité.

I.11. Droit de la sécurité sociale

L'hypothèse de nouvelles formes de coopération entre les professionnels de santé ouvre trois pistes de réflexion dans le droit de la sécurité sociale : la première porte sur les conséquences, pour le droit de la sécurité sociale, de la reconnaissance de nouvelles compétences professionnelles ; nous le traiterons à partir de l'exemple du droit de prescription, récemment confié à certains professionnels de santé³⁹ (2.3.2.1). La deuxième évalue les nouveaux rapports tarifaires conventionnels qui pourraient se nouer entre les syndicats représentatifs des professions de santé et l'Union Nationale des Caisses d'Assurance Maladie (UNCAM) (2.3.2.2). La troisième présente, quant à elle, le parcours complexe que doit suivre la reconnaissance d'un acte dans le système d'assurance maladie (2.3.2.3).

III.1.1. Les conséquences de la reconnaissance de nouvelles compétences à partir de l'exemple du droit de prescription

Pour ne retenir que l'exemple des infirmières, il faut remarquer que le Code de la santé publique (CSP) énonce désormais les conditions légales de prescription de dispositifs médicaux, lesquelles s'articulent avec l'avis du médecin traitant et l'information du patient. Ainsi, l'article L. 4311-1 du CSP, modifié par la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2007, prévoit qu'« un arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale fixe la liste des dispositifs médicaux que les infirmiers, lorsqu'ils agissent sur prescription médicale, peuvent prescrire à leurs patients sauf en cas d'indication contraire du médecin et sous réserve, pour les dispositifs médicaux pour lesquels l'arrêté le précise, d'une information du médecin traitant désigné par le patient ».

On peut voir dans cette reconnaissance un enrichissement du métier d'infirmière ; le législateur aurait ainsi pris acte des modifications du rôle des professionnels de santé.

³⁸ Article 4.1.1.4 : « Lorsque les actes sont effectués par un auxiliaire médical, salarié d'un médecin : les feuilles de soins ou les supports, sur lesquels sont portés les actes, doivent permettre l'identification nominale et codée du médecin employeur, suivie de l'identification de l'auxiliaire médical ; l'auxiliaire médical atteste la prestation de l'acte et le médecin le paiement des honoraires ; la signature du médecin sur la feuille de soins ou tout autre support engage sa responsabilité sur l'application, par l'auxiliaire médical, des cotations de la nomenclature générale des actes professionnels et des tarifs en vigueur ainsi que du code correspondant ».

³⁹ Les deux créations récentes visent les kinésithérapeutes et les infirmières.

Reste néanmoins à observer que le droit de la sécurité sociale produit bien d'autres justifications à l'introduction de ce droit de prescription qui porte actuellement essentiellement sur une liste de dispositifs médicaux, adoptée par la voie de l'arrêté. La lecture du rapport de P.-L. Fagniez pour l'adoption de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 révèle ainsi qu'il s'agit de proposer « une simplification aux assurés et aux professionnels de santé mais surtout de réaliser des économies substantielles pour l'assurance maladie, le droit de prescription confié aux paramédicaux permettant aux patients d'éviter de retourner consulter leur médecin traitant »⁴⁰.

Ainsi, dans le droit de la sécurité sociale, la prescription a un coût pour la branche maladie et ce coût doit, pour garantir l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'équilibre financier de la sécurité sociale, pouvoir être maîtrisé. Le droit de prescription nouvellement confié aux professionnels de santé les place donc directement dans le champ de l'Objectif national des dépenses d'assurance maladie (ONDAM) modifiant, du même coup, les rapports tarifaires conventionnels entre ces professionnels et les Caisses de d'assurance maladie.

III.1.2. Les nouveaux rapports tarifaires entre l'UNCAM et les syndicats représentatifs des professions de santé

La tarification, qui est une prérogative conventionnelle, s'entend, au sens strict du terme, de la fixation de la valeur unitaire de chaque lettre clé des actes qui figurent dans la nomenclature générale des actes professionnels (NGAP)⁴¹. La détermination de la nomenclature des actes qui conduit à leur hiérarchisation relève, quant à elle, depuis la loi de financement de la sécurité sociale du 21 décembre 2006⁴² de Commissions créées pour chacune des professions composées de représentants des syndicats représentatifs et de représentants de l'UNCAM auquel est associé un représentant de l'Etat. Ces commissions détermineront ainsi les règles de hiérarchisation des actes que les partenaires conventionnels seront ensuite amenés à décliner dans le cadre de chacun des conventions nationales conclues. Quant à la décision d'inscription des actes ou des prestations sur la liste des prestations remboursables, elle relève du pouvoir de décision de l'UNCAM, prise après avis de la Haute Autorité de Santé et de l'Union nationale des organismes complémentaires d'assurance maladie (UNOCAM).

Deux questions sont ici à distinguer : celle de la licéité des actes (mission du groupe), et celle de leur remboursement. Il existe, en effet, des professions dont les actes sont licites, mais non remboursés, notamment les diététiciens et des pédicures podologues.

Les deux questions sont cependant liées. En effet, si un acte est licite mais non remboursé, la situation est problématique du point de vue de la cohérence du système ; elle l'est également eu égard aux pratiques, les professionnels pouvant avoir tendance à coder leur intervention en référence à des actes remboursés, jouant sur la qualification de leur intervention. Mais en fait, les contradictions entre licéité et remboursement semblent relativement marginales. Il n'en reste pas moins qu'elles sont possibles.

On peut, *in fine*, reconstituer le « parcours » d'un acte dans le droit de la santé et le droit de la sécurité sociale selon les étapes suivantes.

⁴⁰ P.L. Fagniez, Rapport n° 3384, Tome 1.

⁴¹ Les nomenclatures prises en application de l'article 7 du décret n° 60-451 du 12 mai 1960 modifié établissent la liste, avec leur cotation, des actes professionnels que peuvent avoir à effectuer les médecins et, dans la limite de leur compétence, les chirurgiens-dentistes, sages-femmes et auxiliaires médicaux.

⁴² V. l'article L. 162-1-7 du CSS.

III.1.3. Le parcours de reconnaissance légale d'un acte admis au remboursement

Celui-ci peut être schématisé en quatre étapes :

- La reconnaissance, dans le « décret d'actes » du professionnel concerné de la licéité de cet acte ;
- La reconnaissance de l'acte par son inscription et sa hiérarchisation dans la Nomenclature Générale des Actes Professionnels⁴³ pour la profession concernée ;
- La décision d'inscription de l'acte dans la liste des actes remboursés prise par l'UNCAM, après consultation de la HAS et de l'UNOCAM. L'acte devient alors une prestation remboursable par les régimes d'assurance maladie ;
- La fixation du tarif de l'acte par la voie conventionnelle, c'est-à-dire de sa valeur unitaire rapportée à la lettre clé fixée dans la Nomenclature. L'acte est alors pris en charge par l'assurance maladie à hauteur du tarif de responsabilité fixé d'un commun accord entre l'UNCAM et les syndicats représentatifs signataires de la convention.

Notons, d'une part, que le préalable à toute évolution des actes est l'admission de sa licéité dans le cadre des « décrets d'actes ». Soulignons, d'autre part, que ce découpage présente un caractère quelque peu artificiel dans la mesure où la reconnaissance de l'acte dans la Nomenclature et la fixation de la lettre clé (la tarification) sont deux opérations qui ont souvent lieu en même temps à l'occasion de la conclusion de la convention ou de la signature d'un avenant. Et c'est bien souvent en parallèle que l'UNCAM prend la décision d'inscrire l'acte ou la prestation sur la liste des actes remboursés. Les partenaires conventionnels prennent même souvent des initiatives et proposent l'inscription d'actes nouveaux dans le champ du remboursable ou la reconnaissance de nouvelles formes de tarification des actes.

L'identité du signataire (le directeur de l'UNCAM) de la convention conclue avec les syndicats représentatifs et la décision d'inscription de l'acte sur la liste des prestations remboursables conduit ainsi bien souvent à produire une certaine continuité entre les deux types de reconnaissance, conventionnelle et réglementaire.

I.12. Droit de la responsabilité et des assurances

La responsabilité peut être appréhendée, d'un point de vue juridique, par le fait de devoir répondre de ses actes ou de ses comportements. Dans ce contexte, on peut opposer, au sein du système de droit français, deux types de responsabilité : les responsabilités à visée indemnitaire et les responsabilités à visée sanctionnatrice. Les premières, responsabilités civile et administrative, ont pour fonction la compensation du préjudice subi par une personne, soit du fait d'un particulier, d'un professionnel exerçant à titre libéral ou d'une entreprise privée (responsabilité civile), soit du fait de l'exercice de prérogatives de puissance publique (responsabilité administrative). Les responsabilités sanctionnatrices, responsabilité pénale et disciplinaire visent, quant à elles, à compenser symboliquement, au moyen d'une peine, la violation de valeurs fortes d'un groupe particulier, ensemble de la société en ce qui concerne la responsabilité pénale, groupe professionnel, sportif, entreprise, administration en ce qui concerne la responsabilité disciplinaire.

Il s'agit ici de mesurer les implications des règles d'organisation des professions sur l'engagement de la responsabilité professionnelle à visée indemnitaire, question à laquelle les professionnels sont éminemment sensibles.

⁴³ Ou la Classification commune des actes médicaux, cf. *infra*, I.5.0.—.

A l'heure où chaque profession recherche une meilleure prévention des risques liés à son exercice, chaque arbitrage relatif à l'organisation de la profession pose question quant à la maîtrise des éventuels risques qui lui sont inhérents⁴⁴.

Il est nécessaire, en outre, de préciser qu'il est utile de distinguer les règles de responsabilité des règles d'organisation des professions, dans la mesure où ces différentes règles n'ont pas la même fonction, de même qu'elles n'interviennent pas au même moment dans l'organisation sociale des professions de santé. Ainsi, les règles d'organisation des professions interviennent *a priori*, dans le but de protéger l'intégrité corporelle des patients ainsi que d'organiser la meilleure prise en charge possible en considération notamment de la nécessité d'adapter les besoins en santé à la démographie des professions de santé ; les règles de responsabilité, quant à elles, interviennent *a posteriori*, dans le but de régler les conséquences dommageables d'un accident médical révélateur, selon les hypothèses, d'un comportement fautif ou de la réalisation d'un risque. Dans cette perspective, il n'est pas pertinent de concevoir les règles d'organisation professionnelle comme des règles d'organisation des conditions de la mise en œuvre des responsabilités. Les règles d'organisation professionnelle ne peuvent cependant faire l'économie d'un raisonnement portant sur la maîtrise des risques de l'activité concernée.

Ces différents corps de règles ont cependant des rapports, l'engagement de la responsabilité d'un professionnel pouvant, naturellement, se fonder sur la violation des règles d'organisation de sa profession, et notamment de celles qui en fixent les limites. C'est à cette question que nous nous consacrons à présent.

III.1.4. L'obligation et les garanties d'assurance

Les acteurs de santé sont soumis à l'obligation d'assurance de responsabilité civile médicale imposée par la loi du 4 mars 2002, modifiée par celle du 30 décembre 2002. Cette obligation est destinée à garantir leur responsabilité civile du fait des atteintes à la personne survenant dans le cadre de leur activité. L'obligation d'assurer corrélative, opposable aux assureurs, a conduit à la mise en place du bureau central de tarification (BCT) compétent en matière de responsabilité civile médicale. Entrent dans le champ de compétence du BCT « *les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, services de santé et organismes (...), et toute autre personne morale (...) exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé* »⁴⁵.

L'assurance de responsabilité civile professionnelle garantit les dommages causés à des patients, notamment du fait d'erreurs, de fautes, de négligences commises dans l'exercice de la profession ou encore du fait d'un défaut dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier.

Sont considérés comme assurés les préposés dont l'acteur de santé est civilement responsable.

En revanche, l'assurance ne couvre pas :

- Les actes prohibés par la profession ;

44 « (...) Tout système comporte en lui des conditions favorisantes de l'erreur : défaut de conception, défaut de réglementation, carence de management. Il s'agit d'erreurs latentes. L'opérateur de première ligne révélera ces erreurs latentes par des erreurs patentes à l'occasion de circonstances particulières (...). La littérature impute plus de 80% des événements à l'organisation avec surtout des problèmes rencontrés aux interfaces entre les acteurs et les secteurs (...) », ANAES, Principes méthodologiques pour la gestion des risques en établissement de santé, juillet 2004.

45 Article L.1142-2 du code de la santé publique.

- Les dommages provenant de l'absence de qualification de l'assuré.

III.1.5. L'assurabilité des « nouvelles formes de coopération »

Pour rester une activité couverte par une assurance responsabilité civile professionnelle, l'acte doit entrer dans le champ des compétences du professionnel et dans le cadre de la mission qui lui est dévolue à l'égard des patients. A défaut, les termes du contrat d'assurance peuvent autoriser la compagnie d'assurance à :

- Appliquer une franchise spécifique au titre du non respect de la réglementation en vigueur (lorsque cette franchise a été contractuellement organisée) ;
- Mettre en œuvre une clause d'exclusion de garantie au titre de l'exercice illégal d'une profession pour laquelle l'assuré n'est pas réputé couvert par le contrat d'assurance.

En ce sens, le principe d'omnivalence du diplôme de médecin connaît une acception relative au sein des contrats d'assurance professionnelle.

En effet, la couverture assurantielle du médecin est encadrée dans l'activité qu'il déclare à sa compagnie d'assurance dans le cadre du questionnaire d'assurance. En application du code des assurances, il appartient à l'assuré de déclarer l'étendue de son risque professionnel. La garantie n'est due par la compagnie que sur l'activité que l'assuré a déclaré exercer.

Si le professionnel est amené, dans des circonstances exceptionnelles (et non par imprudence ou négligence), à accomplir un acte de soins en dehors du champ de sa couverture assurantielle, l'article L.1142-1-1 2° du code de la santé publique issu de la loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 (JO 31 décembre 2002) a organisé les conditions de la réparation des dommages éventuellement causés à l'occasion de cette activité : « *Sans préjudice des dispositions du septième alinéa de l'article L.1142-17, ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale (...) Les dommages résultant de l'intervention, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins* ».

Les décrets dits « de compétence » pourront être amenés à évoluer. La solution proposée par le rapport « Transfert de Compétences » d'octobre 2003 (p.46) pourrait également être retenue afin d'éviter toute dérive d'interprétation en matière assurantielle : « *Les textes réglementaires devront plutôt s'attacher à décrire les contours des métiers dans leurs grands principes et à donner aux acteurs les moyens d'exercer leur profession pleinement en fonction d'une compétence acquise au travers d'une formation qui aura au préalable défini ses objectifs* ».

Sur le modèle du décret "ostéopathie", la compétence peut également être décrite négativement au titre des seuls actes interdits.

III.1.6. La responsabilité du fait des dommages causés à l'occasion d'une coopération entre professions de santé

On peut initialement s'interroger sur la iatrogénie propre à la pratique des coopérations entre professions de santé. Cependant, cette pratique, palliatif aux difficultés décrites en termes de démographie médicale, ne devra pas être interprétée par la profession assurantielle comme comportant des risques accrus en matière d'organisation et de fonctionnement des services hospitaliers dans la mesure où les conditions de maîtrise du risque seront assurées et où cette pratique permettra de répondre à une considération majeure de continuité des soins autour du patient.

Dans le cadre d'une coopération entre médicaux et paramédicaux au sein d'un établissement hospitalier, l'autorité fonctionnelle est attribuée au médecin au sein de l'équipe de soins alors que l'autorité hiérarchique est laissée à l'employeur au titre de la responsabilité du fait des préposés⁴⁶. Aussi le cadre des responsabilités dévolues à chaque titulaire de l'autorité mérite-t-il d'être clairement défini. En effet, la coopération peut être organisée entre soignants « *sous la responsabilité et la surveillance d'un médecin en mesure d'en contrôler l'exécution et d'intervenir immédiatement* ».

Les garanties assurantielles engagées pourront être décrites également sous l'angle d'autres pratiques de coopérations interprofessionnelles en cours d'expérimentation, ou sur le modèle d'une répartition inspirée des articles R.4311-4, R.4311-7, R.4311-9 et R.4311-10 du code de la santé publique : rôle propre (collaboration avec aides soignants, etc.), sur prescription médicale, sur prescription médicale à condition qu'un médecin puisse intervenir à tout moment, par participation à la mise en œuvre des techniques médicale.

En effet, l'engagement des garanties assurantielles dépend du lien juridique entre la personne qui accomplit l'acte, qui engage sa responsabilité propre ou celle de son employeur si elle est salariée, et le professionnel qui prescrit l'acte. La coopération entre professions de santé ne peut consister dans une forme délégation à caractère général. La proximité géographique est également en cause pour ce qui est de l'indépendance dans l'accomplissement de l'acte et, géographiquement, de l'accès à une compétence de recours.

Nous avons ainsi, dans cette deuxième partie, identifié un certain nombre de contraintes pesant sur les « nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé » ; nous allons, à présent, identifié un certain nombre de libertés offertes par le même système.

⁴⁶ Article 1384 alinéa 5 du code civil et L.1142-2 alinéa 4 du code de la santé publique.

LIBERTES

L'organisation des professions de santé est susceptible de variations. Celles-ci peuvent facilement se constater tant dans le cadre de comparaisons internationales que dans le cadre même du territoire national.

I. COMPARAISONS INTERNATIONALES

Les éléments d'information relatifs aux situations étrangères, que le groupe a rassemblés ont essentiellement porté sur la situation de la profession infirmière. Cette profession présente, en effet, une double caractéristique : elle constitue, tout d'abord, la profession d'auxiliaire médical aux possibilités d'intervention les plus variées (intervention sur prescription médicale, mais également rôle propre et encadrement d'équipes soignantes⁴⁷) ; elle représente, ensuite, la profession vers laquelle nombre de systèmes étrangers se sont tournés dès lors qu'il s'est agi de trouver des acteurs destinés à « remplacer » les médecins dans certaines circonstances⁴⁸.

Dans ce contexte, un certain nombre d'éléments ont pu être identifiés. Ainsi, la situation des infirmières dans les différents États semble très diversifiée, avec comme extrêmes les situations allemande (peu d'autonomie) et anglaise (une large autonomie de diagnostic et de prescription, pour certains acteurs spécifiquement formés), cette caractéristique rendant, d'ailleurs, la comparaison difficile. En outre, la question des « nouvelles formes de coopération » dans les différents pays renvoie principalement à des considérations démographiques. Dans un tel contexte, nombre d'évolutions apparaissent récentes.

En outre, les infirmières sont, dans certains États, plus autonomes qu'en France dans le sens où leurs actes se rapprochent de ceux réservés, en France, à la profession médicale, notamment en ce qui concerne l'activité diagnostique et la prescription (cas anglais et suédois). Cette plus grande autonomie s'appuie, en outre, sur le mode de définition de la profession. Celle-ci peut, en effet, semble-t-il, être définie de manière moins limitative que dans le cadre d'un décret de compétence (Allemagne, Angleterre, Suède et, au-delà de l'Europe, Québec et Ontario), pour renvoyer une définition centrée sur les missions des professionnels. L'exemple extrême est, de ce point de vue l'exemple anglais, la compétence des infirmières dépendant essentiellement de leur formation. Dans cette perspective, certains exemples étrangers montrent que l'une des manières de définir une profession est négative : les professionnels sont autorisés à exercer sauf s'ils atteignent une certaine limite. De même, le contexte d'exercice constitue une donnée importante, dans le sens où les possibilités d'action pour un professionnel sont modulées suivant ce critère, selon que le professionnel exerce dans le cadre d'une structure, et peut donc faire appel à des compétences supérieures ou autres, en cas de besoin, et pour un professionnel exerçant seul, sans possibilité de recours à une compétence autre que la sienne.

⁴⁷ Cf. *infra*, annexe n°0.

⁴⁸ Cf., notamment, Y. Bourgueil, A. Marek, J. Mousquès. Soins primaires : vers une coopération entre médecins et infirmières. L'apport d'expériences européennes et canadiennes, Rapport d'étude, 2006.

II. DIVERSITE DE L'ORGANISATION ACTUELLE DES PROFESSIONS DE SANTE

L'un des points clés de ce rapport réside dans l'analyse de la manière dont les différentes professions sont définies dans le droit positif. Nous nous contentons, pour l'heure, d'analyser deux modalités d'accès ou d'exercice des professions, qui permettent de nuancer le modèle d'organisation dominant, pour constater qu'il n'est pas unique, au sein même du droit français : le droit de l'outre-mer ainsi que la « nouvelle procédure d'autorisation ».

I.13. Situation de l'outre-mer⁴⁹

Les collectivités françaises d'outre-mer présentent une grande diversité de situation géographique : elles sont situées dans trois océans différents (Atlantique, Pacifique, Indien), de la zone équatoriale à la zone polaire. Certaines s'étendent sur des superficies considérables avec une multitude d'îles éloignées les unes des autres. Sur le plan juridique, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 s'est donné pour but de mettre fin à un grand éparpillement statutaire par une simplification des catégories de collectivités territoriales situées outre-mer. Néanmoins, l'ensemble des collectivités françaises d'outre-mer présente des particularismes factuels (1) alors même que l'ensemble des collectivités françaises d'outre-mer n'est pas juridiquement homogène (2).

II.1.1. L'ensemble des collectivités françaises d'outre-mer présente des particularismes factuels

⁴⁹ Les statuts actuels des collectivités territoriales situées outre-mer

- «Les départements et les régions d'outre-mer» (DOM-ROM) : Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion Créés par la loi n° 46-451 du 19 mars 1946, les DOM-ROM relèvent en principe du régime d'assimilation législative (article 73 de la Constitution) : «les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités».

- «Les collectivités d'outre-mer» : Mayotte, Polynésie française, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, Wallis-et-Futuna Catégorie créée par la révision constitutionnelle de 2003, les collectivités d'outre-mer relèvent en principe du régime de spécialité législative (article 74 de la Constitution) : «les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République».

- Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte. > Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. > Loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française. > Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer (notamment statuts de Saint-Barthélemy et Saint-Martin) > Loi n° 2007-224 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer > Loi n° 85-595 du 11 juin 1985 relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon. > Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer.

- La Nouvelle-Calédonie La Nouvelle-Calédonie constitue une collectivité *sui generis*, relevant du titre XIII de la Constitution. Son statut a été défini en 1999 sur la base de l'Accord de Nouméa de 1998. > Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. > Loi n° 99-210 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

- Les Terres australes et antarctiques françaises (TAAF) Les TAAF ont la particularité de ne compter aucune population permanente. Le siège administratif du territoire est à Saint-Pierre (Réunion). > Loi n° 55-1052 du 6 août 1955 conférant l'autonomie administrative et financière aux Terres australes et antarctiques françaises.

Globalement, l'outre-mer française se caractérise par une grande dispersion des territoires et une faible densité médicale et paramédicale. En conséquence, les professionnels de santé doivent faire face à des contraintes matérielles spécifiques. Il est facile d'imaginer les situations d'isolement que rencontrent quotidiennement les acteurs de terrain. Qu'il suffise d'évoquer les conditions de travail d'un infirmier, seul personnel de santé à plusieurs centaines de kilomètres de toute structure médicale (Marquises, Bélep, Mascareignes etc...). Futuna (5 000 habitants) ne dispose que de trois médecins généralistes, d'un dentiste et d'une sage-femme diplômée d'Etat. En l'absence de gynécologue-obstétricien, la plupart des Futuniennes sont évacuées sur l'hôpital de Wallis, dix jours avant la date prévue de l'accouchement. En Polynésie, certaines îles (Gambier) ne disposant pas d'infirmier ou de sage-femme, des médecins généralistes et spécialistes tournent, même sur les îles qui n'ont pas d'aérodrome⁵⁰. Pour tenter de répondre à ces particularismes, les représentants des hôpitaux de Wallis-et-Futuna, de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie se sont retrouvés, le 18 juillet 2007 pour la toute première réunion de la Fédération hospitalière régionale du Pacifique sud, qui s'est tenue à Nouméa.

L'éloignement des sites d'exercice est corroboré par un éloignement des centres de formation. Il existe ainsi par exemple 3 IFSI pour l'ensemble des Antilles et de la Guyane (800.000 habitants). L'essentiel du personnel soignant est donc le plus souvent composé d'extérieurs, dont les séjours professionnels sont généralement à durée déterminée. A cela il faut ajouter la diminution de l'offre de soins du service de santé des armées du fait de la disparition du service national (Loi n°97-1019 du 28 octobre 1997).

Les questions juridiques qui se posent sont alors de deux ordres. D'une part, comment les normes juridiques tiennent-elles compte de ces contextes particuliers ? (A), d'autre part, comment les règles de responsabilité s'appliqueraient-elles aux événements indésirables qui se produiraient, le cas échéant (B) ?

— *Isolement du soignant et norme juridique*

Dans l'hypothèse d'un non-médecin isolé, confronté à un danger qui menace une personne le concept d'état de nécessité justifierait pénalement l'infraction d'exercice illégal de la médecine qu'il commettrait en outrepassant ostensiblement ses compétences⁵¹. L'infirmier pratiquant un geste chirurgical, le dentiste réalisant un accouchement, le kinésithérapeute prescrivant un médicament seraient pénalement impunissables en démontrant l'existence d'un état de nécessité.

En application de l'adage classique : « nécessité fait loi », le droit pénal contemporain saurait tenir compte du soignant qui outrepasserait volontairement ses compétences juridiques telles que découlant des normes applicables pour parer un danger imminent. Les professionnels de la santé reconnaîtront derrière le mécanisme de l'état de nécessité, le principe de la raison proportionnée appelé aujourd'hui balance avantages/risques⁵².

On ne pourra pas poursuivre pour exercice illégal de la médecine le non-médecin qui a pratiqué un massage cardiaque sur une personne en arrêt cardio-respiratoire parce que ces gestes sont proportionnels aux risques (en l'occurrence risque de décès). Ce fondement juridique est celui qui justifie au quotidien l'action des secouristes et sauveteurs non-professionnels de santé.

⁵⁰ Les hôpitaux du Pacifique à deux vitesses, Coralie Cochin, Les nouvelles calédoniennes, 8 août 2007.

⁵¹ C. Pén., Article 122-7. N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.

⁵² Les juges " examinent la gravité de l'affection que le praticien entreprend de soigner et se demandent, si pour le malade, le mal qui peut résulter de l'intervention est moindre que celui qui résulterait de l'absence de cette dernière." DOMAGES Roger, Le corps humain dans le commerce juridique, Thèse Droit Paris 1956, p.88.

On notera par ailleurs que les textes prévoient parfois spécifiquement cette hypothèse de l'urgence pour donner à titre exceptionnel à un professionnel paramédical le « droit » d'accomplir un acte médical. Ainsi en est-il du décret de compétence des infirmiers-ères⁵³.

Hors danger actuel ou imminent, deux autres mécanismes juridiques pourraient être invoqués dans le cas où l'impossibilité d'évacuation sanitaire ou d'arrivée de secours médicaux. Il s'agit de la contrainte⁵⁴ et du commandement de l'autorité légitime⁵⁵.

La contrainte suppose que l'individu n'ait pas eu la liberté de choix d'éviter l'infraction. Le commandement de l'autorité légitime suppose un ordre hiérarchique.

— *Isolement du soignant et responsabilité*

Sur le plan indemnitaire, les professionnels de santé outre-mer, en dehors des quelques centres urbains où exercent quelques libéraux, sont principalement des agents publics ou des salariés. D'où l'on peut déduire que l'éventuel contentieux portant sur la réparation des dommages causés par le fait qu'un professionnel de santé a dépassé ses compétences juridiques entraînerait indemnisation par l'employeur⁵⁶.

L'organisation de l'offre de soins, la prévention et la préparation des opérations de secours à personne sont des missions de l'Etat et des autorités publiques⁵⁷. Il pourrait donc être plaidé que l'absence de personnel de santé ou la présence d'un personnel non compétent matériellement à tel endroit du territoire national engage la responsabilité de l'Etat.

Sur le plan répressif, en cas d'accident ayant pour origine un acte d'un professionnel hors champ de sa compétence juridique, le principe de l'analyse « *in concreto* » imposerait au juge de comparer l'acte poursuivi avec l'acte qu'aurait accompli un autre professionnel placé dans l'exacte même situation. Autrement dit, la responsabilité pénale individuelle d'un soignant serait examinée au regard du contexte qui était le sien. Un infirmier seul de nuit sur un îlot isolé n'est pas un infirmier de jour dans un service hospitalier...

A l'influence des ces particularismes factuels il faut ajouter des spécificités juridiques propres aux différentes collectivités concernées.

⁵³ C. santé publ., Article R. 4311-14 En l'absence d'un médecin, l'infirmier ou l'infirmière est habilité, après avoir reconnu une situation comme relevant de l'urgence ou de la détresse psychologique, à mettre en œuvre des protocoles de soins d'urgence, préalablement écrits, datés et signés par le médecin responsable. Dans ce cas, l'infirmier ou l'infirmière accomplit les actes conservatoires nécessaires jusqu'à l'intervention d'un médecin. Ces actes doivent obligatoirement faire l'objet de sa part d'un compte rendu écrit, daté, signé, remis au médecin et annexé au dossier du patient. En cas d'urgence et en dehors de la mise en œuvre du protocole, l'infirmier ou l'infirmière décide des gestes à pratiquer en attendant que puisse intervenir un médecin. Il prend toutes mesures en son pouvoir afin de diriger la personne vers la structure de soins la plus appropriée à son état.

⁵⁴ C.pén., Article 122-2. N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister.

⁵⁵ C.pén., Article 122-4. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. □ N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.

⁵⁶ C. santé publ., art. L.1142-2 al.4 : « L'assurance des établissements, services et organismes mentionnés au premier alinéa couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical. »

⁵⁷ C.G.Coll.terr., Article L.2212-4. En cas de danger grave ou imminent, tel que les accidents naturels prévus au 5° de l'article L. 2212-2, le maire prescrit l'exécution des mesures de sûreté exigées par les circonstances. Il informe d'urgence le représentant de l'Etat dans le département et lui fait connaître les mesures qu'il a prescrites.

I.14. L'ensemble des collectivités françaises d'outre-mer n'est pas juridiquement homogène

La simplification des catégories de collectivités territoriales situées outre-mer opérée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 met fin à un grand éparpillement statutaire. Mais la révision constitutionnelle de 2003 n'élimine pas pour autant la diversité statutaire⁵⁸. Jean-Yves Faberon identifie ainsi une dizaine de statuts possibles, pouvant rendre plus complexe encore le paysage institutionnel outre-mer. On distinguera les départements et les régions d'outre-mer, D.O.M.-R.O.M. (A) et les autres collectivités d'outre-mer (B).

II.1.2. La compétence juridique des soignants dans les D.O.M.-R.O.M.

Les DOM-ROM relèvent en principe du régime d'assimilation législative, en vertu duquel les règles métropolitaines s'appliquent sauf à connaître des modalités particulières d'application liées aux spécificités locales.

Comme exemple d'adaptation textuelle au contexte local on peut citer la dérogation explicite permettant aux infirmiers de procéder à des diagnostics par réalisation d'actes de biologie médicale.

Le Code de la santé publique prévoit expressément cette hypothèse sur l'ensemble du territoire national en ce qui concerne la lutte contre les maladies humaines transmises par l'intermédiaire d'insectes et constituant une menace pour la santé de la population⁵⁹. Le même Code vise spécialement les sites isolés, parmi lesquels les départements d'outre-mer⁶⁰. C'est par ce raisonnement que le Ministère de la santé a récemment autorisé des non-médecins à réaliser des tests de détection antigénique du paludisme dans le département de la Guyane⁶¹.

— La compétence juridique des soignants dans les autres collectivités d'outre-mer

⁵⁸ Jean-Yves Faberon, «L'outre-mer français - La nouvelle donne institutionnelle», Les Etudes de la Documentation française 2004

⁵⁹ C. santé publ., Article L3114-5 (Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 art. 72 | Journal Officiel du 17 août 2004) Un arrêté du ministre chargé de la santé établit et tient à jour la liste des départements où est constatée l'existence de conditions entraînant un risque de développement de maladies humaines transmises par l'intermédiaire d'insectes et constituant une menace pour la santé de la population. Dans ces départements, la définition des mesures de lutte nécessaires relève de la compétence de l'Etat.

⁶⁰ C. santé publ., Article L6211-8 (Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 art. 77 II, art. 80, art. 112 J.O. du 5 mars 2002) : 8° Dans les sites isolés des départements mentionnés à l'article L. 3114-5, éloignés de tout laboratoire d'analyses de biologie médicale public ou privé, les infirmiers ainsi que les personnels relevant de structures de soins ou de prévention qui, après avoir reçu une formation adaptée, effectuent, en vue du dépistage de certaines des maladies mentionnées audit article et qui présentent potentiellement un risque vital à court terme, des examens biologiques d'interprétation rapide dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat après avis de l'Académie nationale de médecine. La formation est délivrée par un organisme agréé ; son contenu et les modalités de validation des connaissances acquises sont définis par arrêté du ministre chargé de la santé.

⁶¹ Arrêté du 23 juillet 2007 relatif à la formation des personnes habilitées à réaliser des examens biologiques d'interprétation rapide pouvant être effectués dans les sites isolés du département de la Guyane. J.O n° 170 du 25 juillet 2007 page 12528. Article 1 La formation des personnels mentionnés au 8° de l'article L. 6211-8 du code de la santé publique en vue de la réalisation des examens définis à l'article R. 6211-46 du code précité comprend un enseignement théorique et pratique sur les tests de détection antigénique du paludisme. L'organisation de cette formation est placée sous la responsabilité d'un directeur d'un institut de formation autorisé pour la formation d'une des professions de santé énumérées au livre III de la partie IV du code de la santé publique, en collaboration avec un médecin ou un pharmacien, biologiste.

Les collectivités d'outre-mer relèvent en principe du régime de spécialité législative⁶² en vertu duquel les règles métropolitaines ne sont pas applicables, sauf validation explicite⁶³.

Ainsi par exemple, le statut de la Nouvelle Calédonie, lui donne-t-il compétence pour voter des « lois de pays », normes juridiques *sui generis*, pour réglementer plusieurs domaines dont la santé et le droit du travail. C'est pourquoi le Code de la santé publique n'y est pas globalement applicable et que les Ordres professionnels y connaissent une organisation particulière⁶⁴.

Récemment, la commission permanente du Congrès de Nouvelle Calédonie vient d'adopter un projet de loi de pays instituant un statut cohérent des personnels soignant et créant un cadre territorial des psychologues⁶⁵.

A Mayotte, les soignants non-titulaires des diplômes visés à l'article L.4311-3 du Code de la santé publique pour exercer la profession d'infirmier peuvent néanmoins être autorisés à travailler en vertu d'une autorisation d'exercer le profession d'infirmier délivrée par l'autorité administrative⁶⁶.

En conclusion, toute modification des règles qui gouvernent la répartition des rôles respectifs des acteurs de santé dans l'offre de soin et donc de leurs compétences juridiques devrait absolument tenir compte des spécificités factuels et normatives propres aux collectivités ultra-marines et ce d'autant que, du fait de la mobilité croissante des acteurs fait que des métropolitains (voire intra-communautaires ou même extra-comunautaires) sont de plus en plus souvent amenés à exercer outre-mer et réciproquement.

I.15. Nouvelle procédure d'autorisation⁶⁷

Les autorisations individuelles d'exercice accordées par le ministre de la santé constituent, depuis la fin des années 30, une voie d'accès à la profession médicale, destinée à permettre, de manière exceptionnelle, l'exercice régulier sur le territoire national de personnes qui ne possèdent pas de diplômes systématiquement reconnus par l'État, ou qui ne sont pas de nationalité française, n'appartiennent pas à un certain nombre d'État avec lesquels est organisée la reconnaissance bilatérale des diplômes (Tunisie et Maroc notamment), ou ne sont pas ressortissants de l'Europe communautaire (plus récemment). Dans ce contexte,

⁶² Cf. note n°49.

⁶³ Du partage des compétences au partage de la souveraineté: des TOM au "pays d'outre-mer", PAGE Jeanne, Thèse Droit AIX (PONTIER J.-M.), 01/08/2000.

⁶⁴ Le droit médical en Nouvelle-Calédonie, G. Agniel, A. Leca et G. Orfila. SCEREN-CDP Nouvelle-Calédonie (Université), 2005

⁶⁵ Les Nouvelles calédoniennes, 30 juin 2007.

⁶⁶ Décret n° 2007-769 du 10 mai 2007 modifiant le décret n° 2004-1526 du 30 décembre 2004 fixant les conditions d'intégration et de titularisation dans des cadres d'emplois de la fonction publique territoriale de certains agents publics de la collectivité départementale, des communes et des établissements publics administratifs de Mayotte et le décret n° 2004-1527 du 30 décembre 2004 portant statut particulier du cadre d'emplois des agents territoriaux de Mayotte, J.O. 109 du 11 mai 2007. « « Les infirmiers non titulaires de la collectivité départementale de Mayotte ne possédant pas un des diplômes, certificats ou titres mentionnés à l'article L. 4311-3 du code de la santé publique tel qu'il a été mis en application à Mayotte sont titularisés en application du présent décret sous réserve d'être titulaires d'une autorisation d'exercer la profession d'infirmier, selon les dispositions prévues par l'article L. 4311-4 de ce même code. ».

⁶⁷ Pour une analyse plus détaillée, cf., J. Moret-Bailly, Étude et comparaison les aspects réglementaires des qualifications médicales, d'une part pour le secteur libéral ambulatoire et d'autre part pour les médecins hospitaliers de la fonction publique hospitalière. Description des différents modes d'autorisation d'exercice en vigueur ainsi que leur impact (enjeux et risques) en termes de responsabilités juridiques, in, Y. Matillon, *Modalités et conditions d'évaluation des compétences professionnelles médicales*, rapport au Ministre de la santé, mars 2006, pages 91-143, ici, 105-117

différents cas sont envisagés par le législateur, à l'article L. 4111-2 du Code de la santé publique⁶⁸.

Le premier concerne « les personnes françaises ou étrangères titulaires d'un diplôme, titre ou certificat de valeur scientifique attestée par le ministre chargé de l'enseignement supérieur (L. 4111-2 I al 1)⁶⁹ ».

Le deuxième est relatif aux ressortissants d'un État autre que ceux membres de la Communauté européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen et titulaires d'un diplôme, certificat ou autre titre obtenu dans l'un de ces États, conformément aux obligations communautaires (L. 4111-2 I al 3)⁷⁰.

Le troisième concerne la situation des ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne titulaires d'un diplôme, certificat ou autre titre délivré par un État tiers, mais qui a été reconnu dans un État membre autre que la France et permet d'y exercer légalement la profession (L. 4111-2 II).

De manière plus ramassée, il s'agit 1) des nationaux ou étrangers titulaires d'un diplôme non communautaire mais reconnu par le ministre de l'enseignement supérieur⁷¹ ; 2) des ressortissants non communautaires, titulaires d'un diplôme communautaire ; 3) des ressortissants communautaires, titulaires d'un diplôme non communautaire reconnu par un État de la communauté.

Dans ce contexte, le premier cas, organise la situation des médecins pouvant devenir « assistant généraliste associé ou, selon le cas, (...) assistant spécialiste associé » (article D. 4111-8 CSP)⁷².

⁶⁸ « I. - A compter du 1er janvier 2002, le ministre chargé de la santé peut, après avis d'une commission comprenant notamment des délégués des conseils nationaux des ordres et des organisations nationales des professions intéressées, choisis par ces organismes, autoriser individuellement à exercer les personnes françaises ou étrangères titulaires d'un diplôme, titre ou certificat de valeur scientifique attestée par le ministre chargé de l'enseignement supérieur. Ces personnes doivent avoir été classées en rang utile à des épreuves de vérification des connaissances qui, en ce qui concerne les médecins, sont organisées pour une ou plusieurs disciplines ou spécialités. La commission doit rendre un avis dans l'année suivant le dépôt de la candidature. / Les médecins doivent en outre avoir exercé pendant trois ans des fonctions hospitalières. Des dispositions réglementaires fixent les conditions d'organisation des épreuves de sélection et les modalités d'exercice des fonctions hospitalières. / Le ministre chargé de la santé peut également, après avis de ladite commission, autoriser individuellement à exercer des ressortissants d'un Etat autre que ceux membres de la Communauté européenne ou parties à l'accord sur l'Espace économique européen et titulaires d'un diplôme, certificat ou autre titre obtenu dans l'un de ces Etats, conformément aux obligations communautaires. / Le nombre maximum de candidats susceptibles d'être autorisés à exercer pour chaque profession et, en ce qui concerne les médecins, pour chaque discipline ou spécialité, est fixé par arrêté du ministre chargé de la santé, en accord avec la commission susmentionnée. En sus de ce nombre maximum, les réfugiés politiques, apatrides et bénéficiaires de l'asile territorial ainsi que les Français ayant regagné le territoire national à la demande des autorités françaises peuvent être autorisés à exercer par le ministre chargé de la santé après avis de la commission susmentionnée et après avis d'un jury de la discipline concernée dont les modalités d'organisation sont définies par arrêté. / Nul ne peut être candidat plus de deux fois aux épreuves de sélection et à l'autorisation d'exercice. / II. - Le ministre chargé de la santé peut également, selon des modalités prévues par décret en Conseil d'Etat, autoriser individuellement à exercer la profession de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme les ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne titulaires d'un diplôme, certificat ou autre titre délivré par un Etat tiers, mais qui a été reconnu dans un Etat membre autre que la France et permet d'y exercer légalement la profession, après avoir examiné les connaissances et qualifications attestées par ce diplôme et par l'ensemble de la formation et de l'expérience professionnelle acquises dans un Etat membre au regard de celles exigées par les règles en vigueur pour l'accès et l'exercice de cette profession ».

⁶⁹ Les médecins doivent en outre avoir exercé pendant trois ans des fonctions hospitalières.

⁷⁰ *Addé*, alinéa 4 : « les réfugiés politiques, apatrides et bénéficiaires de l'asile territorial ainsi que les Français ayant regagné le territoire national à la demande des autorités françaises ».

⁷¹ Cette liste ne semble pas faire l'objet d'une publication officielle.

⁷² Le Décret n°2005-1475 du 30 novembre 2005 relatif aux fonctions hospitalières des candidats à l'autorisation ministérielle d'exercice de la médecine ou de la pharmacie et modifiant le code de la santé publique (Dispositions réglementaires), vient de préciser un certain nombre de points. Il prévoit, notamment, dans de nouveaux articles R. 6152-542 et R. 6152-343 al. 1 : Art. R. 6152-542 : « Les candidats à l'autorisation ministérielle d'exercice, classés en rang utile aux épreuves de vérification des connaissances, dans les conditions déterminées par les

Plus largement, en ce qui concerne l'économie générale de la question des qualifications, la « procédure ministérielle » constitue une voie parallèle à la voie du diplôme pour obtenir une qualification médicale. Dans une logique de compréhension de la construction du système de droit, il s'agit d'une exception à la voie normale d'attribution des qualifications médicales, destinée à régler des situations individuelles. Cette exception est cependant tout à fait intéressante dans le cadre des présentes analyses puisqu'elle instaure, *de facto*, une voie d'accès à la qualification, fondée sur une compétence non attestée par un diplôme.

Nous venons de le constater, tant le système de droit français que les systèmes étrangers offrent un certain nombre d'exemples d'organisation des professions de santé, construits sur des modalités quelque peu différentes du modèle canonique.

Nous allons, à présent, systématiser ces différents modèles d'organisation puis formuler un certain nombre de propositions d'évolution.

articles D. 4111-1 à D. 4111-5 pour les médecins, et par les articles D. 4221-1 à D. 4221-4 pour les pharmaciens, sont recrutés à temps plein pour remplir des fonctions hospitalières d'une durée de trois ans en qualité d'assistant généraliste associé ou, selon le cas, d'assistant spécialiste associé, dans les services agréés pour recevoir des internes. / Ces candidats exercent leurs fonctions sous la responsabilité directe du responsable de la structure dans laquelle ils sont affectés ou, en cas d'empêchement de celui-ci, de l'un de ses collaborateurs médecin ou pharmacien. Ils sont associés à la continuité des soins ou à la permanence pharmaceutique assurée sur place, mais ne sont pas autorisés à effectuer des remplacements » ; .Art. R. 6152-543 : « Les candidats à l'autorisation ministérielle d'exercice sont recrutés par contrat écrit conclu avec le directeur de l'établissement public de santé. Ils peuvent présenter leur démission sous réserve de respecter un délai de préavis de deux mois ».

MODELES D'ORGANISATION ET PROPOSITIONS

Le système actuel d'organisation de la répartition des tâches entre professions de santé peut être schématisé de la manière suivante : les professions sont organisées selon deux modalités principales : la référence aux actes professionnels et la référence à leur mission, ces deux modalités d'organisation étant elle-même aménagées en fonction des contextes d'exercice professionnel. L'analyse plus approfondie de cette organisation (1) nous amènera à proposer un certain nombre d'orientations quant à son évolution (2).

I. LES MODELES : L'ORGANISATION PAR LES ACTES OU PAR LES MISSIONS

Deux modèles généraux d'organisation des professions de santé peuvent aujourd'hui être identifiés. Le premier de ces modèles renvoie à l'organisation de l'intervention professionnelle en référence aux actes que les professionnels peuvent effectuer ; le second réside dans la définition du champ d'intervention des professionnels essentiellement en référence à leurs missions, ces deux modalités d'organisation étant elle-même aménagées en fonction des contextes d'exercice professionnel. Nous analysons successivement ces trois questions.

I.1. La définition des professions par les types d'actes

Nous avons décrit, dans la deuxième partie de ce rapport, la manière dont les possibilités d'intervention des auxiliaires médicaux sont organisées en référence à une liste limitative d'actes, soit sous contrôle direct, soit sur prescription médicale, en référence à la nomenclature décidée par l'arrêté du 6 janvier 1962.

Dans ce contexte, l'exemple le plus complexe, donc le plus riche dans la mise en œuvre de cette architecture, est celui de la profession infirmière. Nous l'avons donc plus particulièrement analysé, dans la mesure où toutes les possibilités envisageables dans un système organisé autour des actes sont utilisées en ce qui concerne cette profession. Nous ne nous sommes, pour autant, pas interdit la comparaison avec d'autres professions, le cas échéant, avant de procéder à une évaluation de ce type d'organisation.

L'idée sous-jacente à ces analyses est que l'ensemble des professions d'auxiliaires médicaux pourrait être organisé sur leur modèle de la profession infirmière, en distinguant entre « rôle propre », actes effectués sur prescription médicale et encadrement d'équipe soignante.

I.1.1. L'exemple de la profession infirmière

— *La référence aux actes*

Selon l'article L. 4311-1 du code de la santé publique, « Est considérée comme exerçant la profession d'infirmière ou d'infirmier toute personne qui donne habituellement des soins infirmiers sur prescription ou conseil médical, ou en application du rôle propre qui lui est dévolu. / L'infirmière ou l'infirmier participe à différentes actions, notamment en matière de prévention, d'éducation de la santé et de formation ou d'encadrement. / Un arrêté des

ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale fixe la liste des dispositifs médicaux que les infirmiers, lorsqu'ils agissent sur prescription médicale, peuvent prescrire à leurs patients sauf en cas d'indication contraire du médecin et sous réserve, pour les dispositifs médicaux pour lesquels l'arrêté le précise, d'une information du médecin traitant désigné par leur patient ».

La possibilité de prescription de dispositifs médicaux, qui fait l'objet du troisième alinéa de cet article, est relativement récente puisqu'elle date de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006⁷³. On ne peut que souligner, à cet égard, l'encadrement médical fort de ces prescriptions. La liste des dispositifs médicaux que les infirmiers peuvent prescrire est, 1) prévue par arrêté, 2) ne concerne que les cas dans lesquels les infirmiers agissent sur prescription médicale, 3) n'existe que sous réserve l'indication contraire du médecin, 4) peut nécessiter une information du médecin traitant.

Cependant, les dispositions qui nous intéressent ici particulièrement résident dans les deux premiers alinéas de l'article L. 4311-1. Dans cette perspective, le second alinéa est consacré aux activités qui n'impliquent pas directement d'actes de soins, « prévention », « éducation de la santé », « formation », « encadrement », l'activité la plus proche de l'acte étant « l'encadrement ». Le premier alinéa est, quant à lui, consacré aux activités directement soignantes, l'infirmier ou l'infirmière étant défini comme la « personne qui donne habituellement des soins infirmiers sur prescription ou conseil médical, ou en application du rôle propre qui lui est dévolu ». Or, cette définition n'est que peu éclairante quant à l'activité concrète de ces professionnels. En effet, la formule utilisée est absolument tautologique, puisque l'infirmier ou l'infirmière est la personne qui « donne des soins infirmiers ». Le texte précise, en revanche, les conditions dans lesquelles ces « soins infirmiers » sont dispensés : ils ne sont soit sur « prescription ou conseil médical », soit « en application du rôle propre » de ces professionnels. Ici encore, la loi ne nous apprend que peu de choses lorsqu'elle prévoit que les soins infirmiers sont donnés sur « prescription ou conseil médical » puisqu'il ne s'agit, en fait, que de reprendre les conditions posées à l'article L. 4161-1 alinéa 2, lorsque ce dernier pose les conditions générales de l'intervention des auxiliaires médicaux comme exception au monopole médical. Le seul apport normatif de l'article L. 4311-1 réside donc dans la référence au « rôle propre » des infirmières et infirmiers, qui nécessitera des investigations supplémentaires.

Précisons, pour l'heure, que lorsque l'article L. 4311-1 fait référence aux soins dispensés sur prescription ou conseil médical, il renvoie, pour définir plus précisément la profession, à son « décret d'actes », qui constitue donc l'élément principal de la définition de la profession. Dans ce contexte, le premier article de ce dernier, codifié à l'article R. 4311-1 précise que « L'exercice de la profession d'infirmier ou d'infirmière comporte l'analyse, l'organisation, la réalisation de soins infirmiers et leur évaluation, la contribution au recueil de données cliniques et épidémiologiques et la participation à des actions de prévention, de dépistage, de formation et d'éducation à la santé »⁷⁴. L'article suivant, R. 4311-2, précise enfin ce que l'on peut entendre par l'expression « soins infirmiers », en leur associant des critères qualitatifs et téléologiques, décidant : « Les soins infirmiers, préventifs, curatifs ou palliatifs, intègrent qualité technique et qualité des relations avec le malade. Ils sont réalisés en tenant compte de l'évolution des sciences et des techniques. Ils ont pour objet, dans le respect des droits de la personne, dans le souci de son éducation à la santé et en tenant compte de la personnalité de celle-ci dans ses composantes physiologique, psychologique, économique, sociale et culturelle : 1° De protéger, maintenir, restaurer et promouvoir la santé physique et

⁷³ Article 51 Journal Officiel du 22 décembre 2006. Cf., à propos des incidences de cet alinéa sur le droit de la sécurité sociale, *supra*, 24, *infra*, 70, et annexe numéro 5.

⁷⁴ Les deux alinéas suivants précisent, quant à eux : « Dans l'ensemble de ces activités, les infirmiers et infirmières sont soumis au respect des règles professionnelles et notamment du secret professionnel. / Ils exercent leur activité en relation avec les autres professionnels du secteur de la santé, du secteur social et médico-social et du secteur éducatif ».

mentale des personnes ou l'autonomie de leurs fonctions vitales physiques et psychiques en vue de favoriser leur maintien, leur insertion ou leur réinsertion dans leur cadre de vie familial ou social ; 2° De concourir à la mise en place de méthodes et au recueil des informations utiles aux autres professionnels, et notamment aux médecins pour poser leur diagnostic et évaluer l'effet de leurs prescriptions ; 3° De participer à l'évaluation du degré de dépendance des personnes ; 4° De contribuer à la mise en oeuvre des traitements en participant à la surveillance clinique et à l'application des prescriptions médicales contenues, le cas échéant, dans des protocoles établis à l'initiative du ou des médecins prescripteurs ; 5° De participer à la prévention, à l'évaluation et au soulagement de la douleur et de la détresse physique et psychique des personnes, particulièrement en fin de vie au moyen des soins palliatifs, et d'accompagner, en tant que de besoin, leur entourage ».

Dans ce contexte, il est possible d'isoler quatre types d'activités qui constituent les modalités d'intervention des infirmiers et infirmières, activités déclinées dans les articles R. 4311-3 à 15 du Code de la santé publique. Il s'agit, en premier lieu, des activités de formation, d'éducation, de prévention et de recherche, prévues à l'article R. 4311-15⁷⁵. Celles-ci ne sont, cependant, pas directement liées aux actes de soins, cœur des présentes réflexions sur les « nouvelles coopérations des professions de santé ». Nous ne les analyserons donc pas plus avant. Les trois autres types d'activités que l'on peut repérer dans les dispositions analysées sont constituées par les actes s'inscrivant dans leur « rôle thérapeutique propre » (articles R. 4311-5 et 6) ; des actes encadrés par la profession médicale dans le cadre de l'intervention traditionnelle des auxiliaires médicaux (R. 4311-7 à 10) ; et des fonctions d'animation d'équipe et d'encadrement (R. 4311-4).

Nous les envisageons à présent successivement.

— *Le rôle propre*

Selon l'article R. 4311-3, « Relèvent du rôle propre de l'infirmier ou de l'infirmière les soins liés aux fonctions d'entretien et de continuité de la vie et visant à compenser partiellement ou totalement un manque ou une diminution d'autonomie d'une personne ou d'un groupe de personnes ». Et d'ajouter, dans l'alinéa suivant « Dans ce cadre, l'infirmier ou l'infirmière a compétence pour prendre les initiatives et accomplir les soins qu'il juge nécessaires conformément aux dispositions des articles R. 4311-5 et R. 4311-6. Il identifie les besoins de la personne, pose un diagnostic infirmier, formule des objectifs de soins, met en oeuvre les actions appropriées et les évalue. Il peut élaborer, avec la participation des membres de l'équipe soignante, des protocoles de soins infirmiers relevant de son initiative. Il est chargé de la conception, de l'utilisation et de la gestion du dossier de soins infirmiers »⁷⁶. La liste

⁷⁵ Article R. 4311-15 : « Selon le secteur d'activité où il exerce, y compris dans le cadre des réseaux de soins, et en fonction des besoins de santé identifiés, l'infirmier ou l'infirmière propose des actions, les organise ou y participe dans les domaines suivants : 1° Formation initiale et formation continue du personnel infirmier, des personnels qui l'assistent et éventuellement d'autres personnels de santé ; 2° Encadrement des stagiaires en formation ; 3° Formation, éducation, prévention et dépistage, notamment dans le domaine des soins de santé primaires et communautaires ; 4° Dépistage, prévention et éducation en matière d'hygiène, de santé individuelle et collective et de sécurité ; 5° Dépistage des maladies sexuellement transmissibles, des maladies professionnelles, des maladies endémiques, des pratiques addictives ; 6° Education à la sexualité ; 7° Participation à des actions de santé publique ; 8° Recherche dans le domaine des soins infirmiers et participation à des actions de recherche pluridisciplinaire. / Il participe également à des actions de secours, de médecine de catastrophe et d'aide humanitaire, ainsi qu'à toute action coordonnée des professions de santé et des professions sociales conduisant à une prise en charge globale des personnes ».

⁷⁶ L'article R. 4311-4 complète le dispositif en prévoyant « Lorsque les actes accomplis et les soins dispensés relevant de son rôle propre sont dispensés dans un établissement ou un service à domicile à caractère sanitaire, social ou médico-social, l'infirmier ou l'infirmière peut, sous sa responsabilité, les assurer avec la collaboration d'aides-soignants, d'auxiliaires de puériculture ou d'aides médico-psychologiques qu'il encadre et dans les limites de la qualification reconnue à ces derniers du fait de leur formation. Cette collaboration peut s'inscrire dans le

des actes que l'infirmier est autorisé à effectuer dans ce cadre fait l'objet des articles R. 4311-5 et R. 4311-6 (santé mentale). L'article R. 4311-5 dispose ainsi que « 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 : (...) », faisant suivre cette formule d'une liste de 42 actes⁷⁷. L'article R. 4311-6 précise, quant à lui, que « Dans le domaine de la santé mentale, outre les actes et soins mentionnés à l'article R. 4311-5, l'infirmier ou l'infirmière accomplit les actes et soins suivants : (...) », faisant suivre la formule une liste de 4 actes⁷⁸.

— *Les actes effectués sur prescription médicale*

cadre des protocoles de soins infirmiers mentionnés à l'article R. 4311-3 ». Cf. immédiatement *infra*, les développements relatifs aux fonctions d'encadrement d'équipes soignantes.

⁷⁷ 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 : 1° Soins et procédés visant à assurer l'hygiène de la personne et de son environnement ; 2° Surveillance de l'hygiène et de l'équilibre alimentaire ; 3° Dépistage et évaluation des risques de maltraitance ; 4° Aide à la prise des médicaments présentés sous forme non injectable ; 5° Vérification de leur prise ; 6° Surveillance de leurs effets et éducation du patient ; 7° Administration de l'alimentation par sonde gastrique, sous réserve des dispositions prévues à l'article R. 4311-7 et changement de sonde d'alimentation gastrique ; 8° Soins et surveillance de patients en assistance nutritive entérale ou parentérale ; 9° Surveillance de l'élimination intestinale et urinaire et changement de sondes vésicales ; 10° Soins et surveillance des patients sous dialyse rénale ou péritonéale ; 11° Soins et surveillance des patients placés en milieu stérile ; 12° Installation du patient dans une position en rapport avec sa pathologie ou son handicap ; 13° Préparation et surveillance du repos et du sommeil ; 14° Lever du patient et aide à la marche ne faisant pas appel aux techniques de rééducation ; 15° Aspirations des sécrétions d'un patient qu'il soit ou non intubé ou trachéotomisé ; 16° Ventilation manuelle instrumentale par masque ; 17° Utilisation d'un défibrillateur semi-automatique et surveillance de la personne placée sous cet appareil ; 18° Administration en aérosols de produits non médicamenteux ; 19° Recueil des observations de toute nature susceptibles de concourir à la connaissance de l'état de santé de la personne et appréciation des principaux paramètres servant à sa surveillance : température, pulsations, pression artérielle, rythme respiratoire, volume de la diurèse, poids, mensurations, réflexes pupillaires, réflexes de défense cutanée, observations des manifestations de l'état de conscience, évaluation de la douleur ; 20° Réalisation, surveillance et renouvellement des pansements non médicamenteux ; 21° Réalisation et surveillance des pansements et des bandages autres que ceux mentionnés à l'article R. 4311-7 ; 22° Prévention et soins d'escarres ; 23° Prévention non médicamenteuse des thromboses veineuses ; 24° Soins et surveillance d'ulcères cutanés chroniques ; 25° Toilette périnéale ; 26° Préparation du patient en vue d'une intervention, notamment soins cutanés préopératoires ; 27° Recherche des signes de complications pouvant survenir chez un patient porteur d'un dispositif d'immobilisation ou de contention ; 28° Soins de bouche avec application de produits non médicamenteux ; 29° Irrigation de l'oeil et instillation de collyres ; 30° Participation à la réalisation des tests à la sueur et recueil des sécrétions lacrymales ; 31° Surveillance de scarifications, injections et perfusions mentionnées aux articles R. 4311-7 et R. 4311-9 ; 32° Surveillance de patients ayant fait l'objet de ponction à visée diagnostique ou thérapeutique ; 33° Pose de timbres tuberculiques et lecture ; 34° Détection de parasitoses externes et soins aux personnes atteintes de celles-ci ; 35° Surveillance des fonctions vitales et maintien de ces fonctions par des moyens non invasifs et n'impliquant pas le recours à des médicaments ; 36° Surveillance des cathéters, sondes et drains ; 37° Participation à la réalisation d'explorations fonctionnelles, à l'exception de celles mentionnées à l'article R. 4311-10, et pratique d'examen non vulnérants de dépistage de troubles sensoriels ; 38° Participation à la procédure de désinfection et de stérilisation des dispositifs médicaux réutilisables ; 39° Recueil des données biologiques obtenues par des techniques à lecture instantanée suivantes : a) Urines : glycosurie acétonurie, protéinurie, recherche de sang, potentiels en ions hydrogène, pH ; b) Sang : glycémie, acétonémie ; 40° Entretien d'accueil privilégiant l'écoute de la personne avec orientation si nécessaire ; 41° Aide et soutien psychologique ; 42° Observation et surveillance des troubles du comportement ».

⁷⁸ Article R. 4311-6 « Dans le domaine de la santé mentale, outre les actes et soins mentionnés à l'article R. 4311-5, l'infirmier ou l'infirmière accomplit les actes et soins suivants : 1° Entretien d'accueil du patient et de son entourage ; 2° Activités à visée sociothérapeutique individuelle ou de groupe ; 3° Surveillance des personnes en chambre d'isolement ; 4° Surveillance et évaluation des engagements thérapeutiques qui associent le médecin, l'infirmier ou l'infirmière et le patient ».

Les articles R. 4311-1 et suivants reprennent, en ce qui concerne les autres interventions des infirmiers et infirmières, la typologie à l'œuvre en ce qui les concerne l'ensemble des professions d'auxiliaires médicaux, telle qu'elle résulte de l'organisation interne de l'arrêté du 6 janvier 1962, opposant les actes effectués sur prescription médicale, ceux qui nécessitent la présence du médecin, sans préjudice de la participation des professionnels aux actes effectués par le médecin.

L'article R. 4311-7 dispose ainsi, en ce qui concerne les actes nécessitant une prescription médicale ou un protocole établi par le médecin: « L'infirmier ou l'infirmière est habilité à pratiquer les actes suivants soit en application d'une prescription médicale qui, sauf urgence, est écrite, qualitative et quantitative, datée et signée, soit en application d'un protocole écrit, qualitatif et quantitatif, préalablement établi, daté et signé par un médecin : (...) », faisant suivre cet énoncé d'une liste de 43 actes⁷⁹. L'article R. 4311-8 prévoit, quant à lui : « L'infirmier ou l'infirmière est habilité à entreprendre et à adapter les traitements antalgiques, dans le cadre des protocoles préétablis, écrits, datés et signés par un médecin. Le protocole est intégré dans le dossier de soins infirmiers ».

⁷⁹ Article R. 4311-7 : « L'infirmier ou l'infirmière est habilité à pratiquer les actes suivants soit en application d'une prescription médicale qui, sauf urgence, est écrite, qualitative et quantitative, datée et signée, soit en application d'un protocole écrit, qualitatif et quantitatif, préalablement établi, daté et signé par un médecin : 1° Scarifications, injections et perfusions autres que celles mentionnées au deuxième alinéa de l'article R. 4311-9, instillations et pulvérisations ; 2° Scarifications et injections destinées aux vaccinations ou aux tests tuberculiques ; 3° Mise en place et ablation d'un cathéter court ou d'une aiguille pour perfusion dans une veine superficielle des membres ou dans une veine épicroténienne ; 4° Surveillance de cathéters veineux centraux et de montages d'accès vasculaires implantables mis en place par un médecin ; 5° Injections et perfusions, à l'exclusion de la première, dans ces cathéters ainsi que dans les cathéters veineux centraux et ces montages : a) De produits autres que ceux mentionnés au deuxième alinéa de l'article R. 4311-9 ; b) De produits ne contribuant pas aux techniques d'anesthésie générale ou locorégionale mentionnées à l'article R. 4311-12. Ces injections et perfusions font l'objet d'un compte rendu d'exécution écrit, daté et signé par l'infirmier ou l'infirmière et transcrit dans le dossier de soins infirmiers ; 6° Administration des médicaments sans préjudice des dispositions prévues à l'article R. 4311-5 ; 7° Pose de dispositifs transcutanés et surveillance de leurs effets ; 8° Renouvellement du matériel de pansements médicamenteux ; 9° Réalisation et surveillance de pansements spécifiques ; 10° Ablation du matériel de réparation cutanée ; 11° Pose de bandages de contention ; 12° Ablation des dispositifs d'immobilisation et de contention ; 13° Renouvellement et ablation des pansements médicamenteux, des systèmes de tamponnement et de drainage, à l'exception des drains pleuraux et médiastinaux ; 14° Pose de sondes gastriques en vue de tubage, d'aspiration, de lavage ou d'alimentation gastrique ; 15° Pose de sondes vésicales en vue de prélèvement d'urines, de lavage, d'instillation, d'irrigation ou de drainage de la vessie, sous réserve des dispositions du troisième alinéa de l'article R. 4311-10 ; 16° Instillation intra-urétrale ; 17° Injection vaginale ; 18° Pose de sondes rectales, lavements, extractions de fécalomes, pose et surveillance de goutte-à-goutte rectal ; 19° Appareillage, irrigation et surveillance d'une plaie, d'une fistule ou d'une stomie ; 20° Soins et surveillance d'une plastie ; 21° Participation aux techniques de dilatation de cicatrices ou de stomies ; 22° Soins et surveillance d'un patient intubé ou trachéotomisé, le premier changement de canule de trachéotomie étant effectué par un médecin ; 23° Participation à l'hyperthermie et à l'hypothermie ; 24° Administration en aérosols et pulvérisations de produits médicamenteux ; 25° Soins de bouche avec application de produits médicamenteux et, en tant que de besoin, aide instrumentale ; 26° Lavage de sinus par l'intermédiaire de cathéters fixés par le médecin ; 27° Bains d'oreilles et instillations médicamenteuses ; 28° Enregistrements simples d'électrocardiogrammes, d'électro-encéphalogrammes et de potentiels évoqués sous réserve des dispositions prévues à l'article R. 4311-10 ; 29° Mesure de la pression veineuse centrale ; 30° Vérification du fonctionnement des appareils de ventilation assistée ou du monitoring, contrôle des différents paramètres et surveillance des patients placés sous ces appareils ; 31° Pose d'une sonde à oxygène ; 32° Installation et surveillance des personnes placées sous oxygénothérapie normobare et à l'intérieur d'un caisson hyperbare ; 33° Branchement, surveillance et débranchement d'une dialyse rénale, péritonéale ou d'un circuit d'échanges plasmatique ; 34° Saignées ; 35° Prélèvements de sang par ponction veineuse ou capillaire ou par cathéter veineux ; 36° Prélèvements de sang par ponction artérielle pour gazométrie ; 37° Prélèvements non sanglants effectués au niveau des téguments ou des muqueuses directement accessibles ; 38° Prélèvements et collecte de sécrétions et d'excrétions ; 39° Recueil aseptique des urines ; 40° Transmission des indications techniques se rapportant aux prélèvements en vue d'analyses de biologie médicale ; 41° Soins et surveillance des personnes lors des transports sanitaires programmés entre établissements de soins ; 42° Entretien individuel et utilisation au sein d'une équipe pluridisciplinaire de techniques de médiation à visée thérapeutique ou psychothérapeutique ; 43° Mise en oeuvre des engagements thérapeutiques qui associent le médecin, l'infirmier ou l'infirmière et le patient, et des protocoles d'isolement ».

Les actes que « L'infirmier ou l'infirmière est habilité à accomplir sur prescription médicale écrite, qualitative et quantitative, datée et signée, les actes et soins suivants, à condition qu'un médecin puisse intervenir à tout moment : (...) » sont, quant à eux, prévues par l'article R. 4311-9, et sont en nombre de 10⁸⁰.

Les derniers de ces actes sont ceux de l'article R. 4311-10, selon lequel « L'infirmier ou l'infirmière participe à la mise en œuvre par le médecin des techniques suivantes : (...) », suivant une liste de 10 actes⁸¹.

L'article R. 4311-14 est relatif, enfin, au cas particulier de l'urgence, en prévoyant que « En l'absence d'un médecin, l'infirmier est habilité, après avoir reconnu une situation comme relevant de l'urgence ou de la détresse psychologique, à mettre en œuvre des protocoles de soins d'urgence, préalablement écrits, datés et signés par le médecin responsable. Dans ce cas, l'infirmier accomplit les actes conservatoires nécessaires jusqu'à l'intervention d'un médecin. Ces actes doivent obligatoirement faire l'objet de sa part d'un compte rendu écrit, daté, signé, remis au médecin et annexé au dossier du patient. / En cas d'urgence et en dehors de la mise en œuvre du protocole, l'infirmier ou l'infirmière décide des gestes à pratiquer en attendant que puisse intervenir un médecin. Il prend toutes mesures en son pouvoir afin de diriger la personne vers la structure de soins la plus appropriée à son état ».

On constate, ici encore, que le modèle dominant est celui de l'encadrement médical. Dans cette perspective, le « retour à l'autonomie » prévue dans le cadre du second alinéa dans lequel « l'infirmier ou l'infirmière décide des gestes à pratiquer » ne doit pas tromper. Il ne s'agit ici, en effet, que d'un « retour au droit commun » selon lequel, si une personne constate qu'une autre personne a besoin de soins urgents, elle doit les dispenser, dans la mesure de ses compétences et de la prudence nécessaire, sous peine de se voir appliquer les règles relatives à la non-assistance à personne en péril⁸². Relevons, cependant, que le texte prévoit explicitement, le fait de « diriger la personne vers la structure de soins la plus appropriée à son état ».

La dernière modalité d'intervention des infirmiers et infirmières réside dans l'organisation d'équipes soignantes.

⁸⁰ Article R. 4311-9 : « L'infirmier ou l'infirmière est habilité à accomplir sur prescription médicale écrite, qualitative et quantitative, datée et signée, les actes et soins suivants, à condition qu'un médecin puisse intervenir à tout moment : 1° Injections et perfusions de produits d'origine humaine nécessitant, préalablement à leur réalisation, lorsque le produit l'exige, un contrôle d'identité et de compatibilité obligatoire effectué par l'infirmier ou l'infirmière ; 2° Injections de médicaments à des fins analgésiques dans des cathéters périduraux et intrathécaux ou placés à proximité d'un tronc ou d'un plexus nerveux, mis en place par un médecin et après que celui-ci a effectué la première injection ; 3° Préparation, utilisation et surveillance des appareils de circulation extracorporelle ; 4° Ablation de cathéters centraux et intrathécaux ; 5° Application d'un garrot pneumatique d'usage chirurgical ; 6° Pose de dispositifs d'immobilisation ; 7° Utilisation d'un défibrillateur manuel ; 8° Soins et surveillance des personnes, en postopératoire, sous réserve des dispositions prévues à l'article R. 4311-12 ; 9° Techniques de régulation thermique, y compris en milieu psychiatrique ; 10° Cures de sevrage et de sommeil ».

⁸¹ Article R. 4311-10 : « L'infirmier ou l'infirmière participe à la mise en œuvre par le médecin des techniques suivantes : 1° Première injection d'une série d'allergènes ; 2° Premier sondage vésical chez l'homme en cas de rétention ; 3° Enregistrement d'électrocardiogrammes et d'électroencéphalogrammes avec épreuves d'effort ou emploi de médicaments modificateurs ; 4° Prise et recueil de pression hémodynamique faisant appel à des techniques à caractère vulnérant autres que celles mentionnées à l'article R. 4311-7 ; 5° Actions mises en œuvre en vue de faire face à des situations d'urgence vitale ; 6° Explorations fonctionnelles comportant des épreuves pharmacodynamiques, d'effort, de stimulation ou des tests de provocation ; 7° Pose de systèmes d'immobilisation après réduction ; 8° Activités, en équipe pluridisciplinaire, de transplantation d'organes et de greffe de tissus ; 9° Transports sanitaires : a) Transports sanitaires urgents entre établissements de soins effectués dans le cadre d'un service mobile d'urgence et de réanimation ; b) Transports sanitaires médicalisés du lieu de la détresse vers un établissement de santé effectués dans le cadre d'un service mobile d'urgence et de réanimation ; 10° Sismothérapie et insulinothérapie à visée psychiatrique ».

⁸² Sur cette logique appliquée au cas particulier de l'Outre-mer, cf. *supra*, I.13.

— *L'organisation d'équipes soignantes*

Selon l'article R.4311-3, l'infirmier « peut », dans le cadre de son rôle propre, « élaborer, avec la participation des membres de l'équipe soignante, des protocoles de soins infirmiers relevant de son initiative ». Approfondissant la même logique, l'article R. 4311-4 dispose, quant à lui : « Lorsque les actes accomplis et les soins dispensés relevant de son rôle propre sont dispensés dans un établissement ou un service à domicile à caractère sanitaire, social ou médico-social, l'infirmier ou l'infirmière peut, sous sa responsabilité, les assurer avec la collaboration d'aides-soignants, d'auxiliaires de puériculture ou d'aides médico-psychologiques qu'il encadre et dans les limites de la qualification reconnue à ces derniers du fait de leur formation. Cette collaboration peut s'inscrire dans le cadre des protocoles de soins infirmiers mentionnés à l'article R. 4311-3 ». Autrement dit, l'infirmier peut organiser l'activité des équipes soignantes sous forme de protocoles, dès lors que son activité se déroule dans le cadre d'une collectivité.

On peut remarquer, plus largement, que ces différentes dispositions mettent en place une organisation qui reprend le modèle des rapports entre les médecins et les auxiliaires médicaux. Ce ne sont, cependant, cette fois-ci, pas les médecins qui encadrent et contrôlent des auxiliaires médicaux, mais les infirmiers et infirmières qui encadrent et contrôlent les aides-soignants, auxiliaires de puériculture et aides médico-psychologiques « dans les limites de la qualification reconnue à ces derniers du fait de leur formation ». Il ne faudrait pas, cependant, qu'une telle construction conduise à accréditer l'idée d'une possibilité de protocoles « en cascade ». Les protocoles relatifs aux relations entre les médecins et les infirmiers concernent, en effet, les actes pouvant être effectués sur prescription médicale (article R. 4311-7) ainsi que les actes accomplis en situation d'urgence (article R. 4311-14) ; les protocoles relatifs aux relations entre infirmiers et équipe soignante ne peuvent concerner, quant à eux, que le champ du rôle propre infirmier, c'est-à-dire « les soins liés aux fonctions d'entretien et de continuité de la vie ».

L'organisation des interventions professionnelles en référence aux actes peut, à présent, faire l'objet d'une première évaluation.

I.1.2. Évaluation

L'analyse de la situation de la profession infirmière permet de mettre en lumière certains traits saillants liés à une organisation reposant sur la référence aux actes professionnels.

Le premier d'entre eux réside dans la protection importante des patients dans le cadre de ce système, puisque le médecin, c'est-à-dire le professionnel le plus qualifié, est systématiquement appelé à intervenir dès lors que l'on ne se situe pas dans le périmètre du « rôle propre »⁸³.

En outre, les précédents développements ont permis de dégager plusieurs modes de « coopération » actuellement à l'œuvre :

- La participation aux actes effectués par un professionnel plus qualifié (médecin)
- La réalisation d'actes sous le contrôle immédiat possible d'un professionnel plus qualifié (médecin)
- La réalisation d'actes sur prescription (prescription médicale)

⁸³ Encore cette affirmation repose-t-elle sur le postulat que les règles sont respectées, réalité sur laquelle nous n'avons que peu de prise. On pourrait même penser, eu égard, notamment, à l'enquête réalisée par la Haute Autorité de Santé sur la « délégation des tâches entre professionnels » que tel n'est toujours pas le cas.

- La réalisation d'actes prévus dans le cadre de protocoles (établis, selon les cas, soit par des médecins soit par des infirmiers).
- La réalisation de protocoles à destination d'autres professionnels

Le groupe de travail a envisagé, dans ce contexte, une « nouvelle forme de coopération » : étendre le « modèle infirmier » à d'autres professions d'auxiliaires médicaux. Il s'agirait, dans cette perspective, d'éventuellement prévoir un « rôle propre » pour d'autres professions, ainsi qu'une possibilité d'organisation, pour certaines professions, de l'activité de professionnels moins qualifiés lorsque cela semble pertinent. Il s'agirait, également, de développer la possibilité réglementaire de l'organisation de l'activité des professions d'auxiliaires médicaux sous la forme de protocoles.

Le modèle rencontre, toutefois, ses limites, en ce qu'il reste organisé autour d'actes limitativement énumérés.

Le médecin constitue, en effet, dans le modèle de la distribution des tâches des professionnels de santé en référence aux actes, le passage obligé pour l'entrée dans le système de soins. On constate qu'il s'agit, ici, de l'inverse de l'argument utilisé plus tôt, qui voyait dans ce passage obligé un point positif, puisque permettant au patient d'être pris en charge par le professionnel le plus qualifié. Cependant, dans un cadre prospectif, on ne peut qu'anticiper de futures difficultés liées à la démographie du corps médical dans certaines situations (difficultés d'ores et déjà sous-jacentes et réglées, à propos de l'intervention des infirmiers dans les situations d'urgence dans l'article R. 4311-14).

Le second point négatif de ce modèle réside dans sa lourdeur. Nous avons ainsi pu dénombrer, à propos de la profession infirmière, pas moins de 109 actes énumérés dans les articles R. 4311-1 à 15⁸⁴. On peut se demander, dans ce contexte, s'il ne serait pas possible de rendre licites des séries ou des types d'actes, en fonction des missions à accomplir, quitte à en préciser les limites ainsi que celles des interventions des professionnels.

Mais il s'agit dès lors sans doute de s'engager dans une définition des professions en référence à leurs missions, modèle d'organisation de la répartition des tâches auquel nous nous consacrons à présent nos analyses.

I.2. La définition des professions par leurs missions

Comme en ce qui concerne l'analyse de la définition des professions en référence aux actes professionnels, nous allons procéder en partant de l'exemple de professions organisées en référence à leurs missions : les professions médicales ; nous procéderons, ensuite, à une évaluation de cette organisation.

I.2.1. L'exemple des professions médicales

Le Code de la santé publique qualifie deux professions autres que la profession de médecin de « professions médicales » : les professions de chirurgien-dentiste et de sage-femme. L'organisation de ces professions se caractérise, en ce qui concerne les actes professionnels, par la capacité, accordée aux professionnels, de déterminer et de pratiquer l'ensemble des soins qu'ils jugent utiles, si tant est que ceux-ci interviennent dans leur

⁸⁴ 42 (article R. 4311-5) + 4 (-6) + 43 (-7) + 10 (-9) + 10 (-10) = 109 actes, sans compter les actes pouvant être effectués par des infirmiers et infirmières disposant de qualifications particulières (cf. *infra*, I.1 et —).

champ de compétence, déterminées par la loi. Le législateur ne limite donc pas les actes possibles, mais les domaines dans lesquels les professionnels peuvent intervenir. Nous analysons successivement la manière dont ces professions sont organisées.

— *Les chirurgiens dentistes*

Selon l'article L. 4141-1 « La pratique de l'art dentaire comporte la prévention, le diagnostic et le traitement des maladies congénitales ou acquises, réelles ou supposées, de la bouche, des dents, des maxillaires et des tissus attenants, suivant les modalités fixées par le code de déontologie de la profession mentionné à l'article L. 4127-1 », l'article L. 4141-2⁸⁵ précisant que « Les chirurgiens-dentistes peuvent prescrire tous les actes, produits et prestations nécessaires à l'exercice de l'art dentaire ».

On constate ainsi que la définition de la profession de chirurgien-dentiste reprend les termes centraux de la définition de l'exercice illégal de la médecine, le « diagnostic ou le traitement des maladies congénitales ou acquises, réelles ou supposées », le chirurgien-dentiste pouvant donc intervenir de la même manière que le médecin, mais dans un domaine spécifique : « la bouche, les dents, les maxillaires et les tissus attenants ». Soulignons, encore, que, à la différence de l'article L. 4311-1, qui trace les contours de la profession infirmière, et renvoie implicitement, pour une définition plus précise, au « décret d'actes » intégré aux articles R. 4311-1 et suivants, l'article L. 4141-1 renvoie, quant à lui, pour définir la profession de chirurgiens-dentistes, au Code de déontologie de la profession, qui prévoit, notamment, dans l'article R. 4127-204 que : « Le chirurgien-dentiste ne doit en aucun cas exercer sa profession dans des conditions susceptibles de compromettre la qualité des soins et des actes dispensés ainsi que la sécurité des patients. Il doit notamment prendre, et faire prendre par ses adjoints ou assistants, toutes dispositions propres à éviter la transmission de quelque pathologie que ce soit. / Sauf circonstances exceptionnelles, il ne doit pas effectuer des actes, donner des soins ou formuler des prescriptions dans les domaines qui dépassent sa compétence professionnelle ou les possibilités matérielles dont il dispose ».

On est donc amené à constater que, dans le modèle d'une définition professionnelle par les missions, c'est le professionnel qui décide, sur le modèle de la profession médicale, et dans le champ qui est le sien, des actes à effectuer, dans la limite de sa compétence, qu'il évalue lui-même.

— *Les sages-femmes*

En ce qui concerne la profession de sage-femme, l'article L. 4151-1⁸⁶ dispose : « L'exercice de la profession de sage-femme comporte la *pratique des actes* nécessaires au diagnostic, à la surveillance de la grossesse et à la préparation psychoprophylactique à l'accouchement, ainsi qu'à la surveillance et à la pratique de l'accouchement et des soins postnataux en ce qui concerne la mère et l'enfant, sous réserve des dispositions des articles L. 4151-2 à L. 4151-4 et suivant les modalités fixées par le code de déontologie de la profession, mentionné à l'article L. 4127-1. / L'examen postnatal peut être pratiqué par une sage-femme si la grossesse a été normale et si l'accouchement a été eutocique. / L'exercice de la profession de sage-femme peut comporter également la participation aux consultations de planification familiale »⁸⁷. Une première remarque d'être effectué, soulignant le fait que cette disposition ne reprend pas, à la différence l'article relatif à la profession de chirurgien-dentiste, les termes centraux de la définition de la profession médicale, à savoir « la

⁸⁵ Tel qu'il résulte de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 art. 53 Journal Officiel du 22 décembre 2006.

⁸⁶ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 art. 101 Journal Officiel du 11 août 2004.

⁸⁷ C'est nous qui soulignons.

prévention, le diagnostic et le traitement des maladies congénitales ou acquises, réelles ou supposées », mais renvoie à la « pratique [d'] actes ».

Tout comme en ce qui concerne les chirurgiens-dentistes, en revanche, l'article L. 4151-4 prévoit, quant à lui, que « Les sages-femmes peuvent prescrire les dispositifs médicaux, dont la liste est fixée par l'autorité administrative, et les examens strictement nécessaires à l'exercice de leur profession. Elles peuvent également prescrire les médicaments d'une classe thérapeutique figurant sur une liste fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé ». Soulignant, cependant, que l'autonomie des sages-femmes est ici plus limitée que celle des chirurgiens-dentistes, puisque celle-ci est autrement limitée que par la seule évaluation des professionnelles elles-mêmes, la liste des dispositifs médicaux ainsi que la classe thérapeutique des médicaments pouvant être prescrits faisant l'objet d'un encadrement réglementaire. On peut ainsi observer des variations dans les possibilités d'action des professionnels, même dans le cadre du titre Ier de la quatrième partie du Code de la santé publique, c'est-à-dire en ce qui concerne les « professions médicales ».

La même tonalité se dégage des articles L. 4151-2 et 3, qui disposent, respectivement, que « Les sages-femmes sont autorisées à pratiquer les vaccinations dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé », et que « En cas de pathologie maternelle, foetale ou néonatale pendant la grossesse, l'accouchement ou les suites de couches, et en cas d'accouchement dystocique, la sage-femme doit faire appel à un médecin. Les sages-femmes peuvent pratiquer les soins prescrits par un médecin en cas de grossesse ou de suites de couches pathologiques »⁸⁸.

Dans cette perspective, le Code de déontologie de la profession prévoit des normes d'application. Ainsi, d'un point de vue général, l'article R. 4127-313 prévoit, à l'instar de la profession de chirurgiens-dentistes « Dans l'exercice de sa profession, la sage-femme ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, effectuer des actes ou donner des soins, ni formuler des prescriptions dans les domaines qui débordent sa compétence professionnelle ou dépassent ses possibilités », laissant ainsi à la sage-femme l'évaluation des limites de sa compétence. L'article R. 4127-318 dispose, quant à lui que « : I. - Pour l'exercice des compétences qui lui sont dévolues par l'article L. 4151-1, la sage-femme est autorisée à pratiquer notamment : [suivant une liste de 13 actes]. II. - La sage-femme est autorisée, au cours du travail, à effectuer la demande d'anesthésie loco-régionale auprès du médecin anesthésiste-réanimateur. Elle en informe le médecin gynécologue-obstétricien. / Sous réserve qu'un médecin puisse intervenir à tout moment, la sage-femme peut participer à la technique d'analgésie loco-régionale pratiquée lors de l'accouchement, à l'exclusion de la période d'expulsion. La première injection doit être réalisée par un médecin. La sage-femme ne peut pratiquer les injections suivantes que par la voie du dispositif mis en place par le médecin. Elle peut procéder au retrait de ce dispositif »⁸⁹. Ce dernier article mérite d'être

⁸⁸ Ces dispositions sont, en outre, précisées par l'article 18 du code de déontologie des sages-femmes, (article R. 4127-318) : cf. immédiatement *infra*.

⁸⁹ Article R. 4127-318 : « I. - Pour l'exercice des compétences qui lui sont dévolues par l'article L. 4151-1, la sage-femme est autorisée à pratiquer notamment : 1° L'échographie dans le cadre de la surveillance de la grossesse ; 2° Le frottis cervico-vaginal au cours de la grossesse et lors de l'examen postnatal mentionné à l'article L. 2122-1 ; 3° L'amnioscopie de fin de grossesse ; 4° La surveillance électronique de l'état du fœtus et de la contraction utérine pendant la grossesse et au cours du travail ; 5° Le prélèvement de sang foetal par scarification cutanée et la mesure du pH du sang ; 6° L'oxymétrie du poulx foetal ; 7° L'anesthésie locale au cours de l'accouchement ; 8° L'épisiotomie, la réfection de l'épisiotomie non compliquée et la restauration immédiate des déchirures superficielles du périnée ; 9° La réanimation du nouveau-né dans l'attente du médecin ; 10° La délivrance artificielle et la révision utérine, à l'exclusion des cas d'utérus cicatriciels ; en cas de besoin, la demande d'anesthésie auprès du médecin anesthésiste-réanimateur peut être faite par la sage-femme ; 11° Le dépistage des troubles neuro-sensoriels du nouveau-né ; 12° La surveillance des dispositifs intra-utérins ; 13° La rééducation périnéo-sphinctérienne en cas de troubles consécutifs à un accouchement. / II. - La sage-femme est autorisée, au cours du travail, à effectuer la demande d'anesthésie loco-régionale auprès du médecin anesthésiste-réanimateur. Elle en informe le médecin gynécologue-obstétricien. / Sous réserve qu'un médecin

commenté en détail puisqu'il introduit nombre de subtilités dans l'architecture que nous analysons.

Ainsi, si l'article R. 4127-318 I prévoit, à l'instar des professions d'auxiliaires médicaux, une liste d'actes qui peuvent être effectués par la sage-femme, cette liste n'est, contrairement à celle qui encadre l'exercice des professions d'auxiliaires médicaux, pas limitative, puisque l'article prévoit que « la sage-femme est autorisée à pratiquer *notamment* »⁹⁰.

Dans le même registre, le II du même article « autorise » les professionnels à effectuer une demande à un médecin anesthésiste, sous réserve d'en informer un médecin obstétricien. Autrement dit, si un contrôle médical existe, où peut exister, l'initiative de l'action professionnelle revient à un non médecin.

La répartition des tâches entre la sage-femme et le médecin est, enfin,, à propos de la « technique d'analgésie loco-régionale pratiquée lors de l'accouchement » réglementée dans le détail, mais dans un cadre grammatical positif, cohérent avec la définition générale de la profession.

I.2.2. Évaluation

Un certain nombre de points utiles à notre analyse s'évincent des développements qui précèdent.

On est ainsi amené à constater, dans un système essentiellement organisé autour des actes professionnels, qu'au moins une autre modalité d'organisation est possible : l'organisation autour des missions. Dans ce contexte, l'exemple des sages femmes est particulièrement intéressant du fait de la subtilité de son organisation,, puisqu'il ne s'agit pas, lorsque le législateur organise les possibilités d'intervention des sages-femmes, de leur donner une liberté intégrale ; il s'agit plutôt de leur donner une importante marge d'initiative, mais uniquement dans le cadre de leur qualification, un médecin devant intervenir dès lors que l'on atteint les limites de cette dernière.

Relevons, également, que l'intervention d'un médecin peut résulter de l'initiative de la sage-femme, soit pendant le suivi de la grossesse, soit à propos de « demande d'anesthésie loco-régionale ». Il est donc possible, dans ce modèle, d'entrer dans le système sanitaire par un autre professionnel que le médecin, même si les sages-femmes appartiennent à une « profession médicale ». La logique habituelle du parcours de soins relativement aux interlocuteurs du patient est ici inversée : il ne s'agit pas, comme dans le modèle habituel, de rencontrer, en première intention, un médecin, qui peut éventuellement renvoyer le patient à un auxiliaire médical ; il s'agit de rencontrer un professionnel autre que le médecin, qui pourra ou devra, selon les cas, renvoyer à un médecin ou, *a minima*, l'informer de ses interventions pour permettre un contrôle.

Une telle organisation implique donc que les professionnels fassent en sorte de faire appel à d'autres professionnels plus compétents lorsque leur propre compétence atteint ses limites, nécessité prévue par les codes de déontologie, et donc éventuellement sanctionnée, en cas de carence, dans un cadre au moins disciplinaire.

Il n'en reste pas moins que même dans la perspective d'une profession définie par ses missions, l'article R. 4127-318 dresse une liste d'actes que peuvent accomplir les sages-femmes. Il est cependant nécessaire de rappeler que cette liste n'est pas limitative, les

puisse intervenir à tout moment, la sage-femme peut participer à la technique d'analgésie loco-régionale pratiquée lors de l'accouchement, à l'exclusion de la période d'expulsion. La première injection doit être réalisée par un médecin. La sage-femme ne peut pratiquer les injections suivantes que par la voie du dispositif mis en place par le médecin. Elle peut procéder au retrait de ce dispositif ».

⁹⁰ C'est nous qui soulignons.

professionnels pouvant donc accomplir d'autres actes que ceux énumérés, dans les limites de leurs « compétences » (article R. 4127-313). Autrement dit, un système organisé autour de « missions professionnelles » peut fort bien intégrer une référence aux actes, notamment dans un but didactique, ou pour lever un certain nombre d'ambiguïtés, mais sans que cette liste soit limitative.

Il ne s'agit, bien évidemment, pas de prôner ici le passage généralisé à un tel système, mais bien de prendre conscience qu'un système autre qu'organisé autour d'une liste d'actes limitativement énumérés est possible. C'est, en outre, la voie dans laquelle semblent s'être engagées la Grande-Bretagne et la Suède en ce qui concerne certaines infirmières⁹¹.

Soulignons, en outre, que dans un tel système, les règles déontologiques jouent un rôle de premier plan (les articles R. 4127-301 et suivants constituent le Code de déontologie des sages-femmes), puisque le professionnel évalue lui-même les limites de son intervention en fonction de sa compétence. Un tel système pourrait même receler une certaine pertinence en termes d'acceptabilité professionnelle, lorsque l'on sait que les professionnels sont très attachés à la régulation déontologique, perçue comme une « autorégulation », et souvent mieux acceptée que d'autres types de règles perçues comme une « réglementation » externe à la profession.

Les analyses que nous avons pu mener, tant en ce qui concerne l'organisation des professions en référence à leurs actes qu'en référence à leurs missions ont également montré que les modalités d'intervention des professionnels dépendaient des contextes d'exercice professionnel. C'est à cette dimension que nous nous attachons à présent.

I.3. Les aménagements transversaux : les contextes d'exercice

Ces aménagements sont actuellement de deux types : les qualifications particulières, gages de compétences particulières ; les liens entre les actes possibles et l'environnement structurel.

I.3.1. Les qualifications particulières

Nous envisageons ici deux types de qualifications particulières : les qualifications médicales et les qualifications infirmières.

— Les qualifications médicales

Il existe, aujourd'hui, en France, trois manières d'obtenir une qualification (dans le langage courant, une spécialité) médicale⁹². La première manière, la plus ancienne⁹³, réside dans l'obtention d'un diplôme ; la deuxième réside dans la reconnaissance d'une qualification du

⁹¹ Cf. *supra*, I.

⁹² Cf., à ce propos, J. Moret-Bailly, Étude et comparaison les aspects réglementaires des qualifications médicales, d'une part pour le secteur libéral ambulatoire et d'autre part pour les médecins hospitaliers de la fonction publique hospitalière. Description des différents modes d'autorisation d'exercice en vigueur ainsi que leur impact (enjeux et risques) en termes de responsabilités juridiques, *in*, Y. Matillon, *Modalités et conditions d'évaluation des compétences professionnelles médicales*, rapport au Ministre de la santé, mars 2006, ici, 91-143.

⁹³ Depuis l'organisation légale de la profession médicale en 1803.

fait des compétences du professionnel ; la troisième, enfin, réside dans l'obtention d'une autorisation individuelle d'exercice d'une profession émanant du ministre de la santé⁹⁴.

En ce qui concerne la première de ces modalités, c'est-à-dire la qualification résultant de l'obtention d'un diplôme, l'article premier de l'arrêté du 30 juin 2004, portant règlement de qualification des médecins, prévoit que « sont reconnus qualifiés les médecins qui possèdent l'un des documents suivants : 1. Le diplôme d'études spécialisées ; 2. Le diplôme d'études spécialisées complémentaire, dit du groupe II qualifiant ; 3. Le document annexé au diplôme de docteur en médecine sur lequel il est fait état de la qualification en médecine générale ». Ces trois modalités de qualification correspondent à l'organisation actuelle des diplômes de troisième cycle⁹⁵.

Selon le décret n°2004-252 du 19 mars 2004, relatif aux conditions dans lesquelles les docteurs en médecine peuvent obtenir une qualification de spécialiste, les médecins « peuvent obtenir une qualification de spécialiste différente de la qualification de généraliste ou de spécialiste qui leur a été initialement reconnue ». Il est donc aujourd'hui nécessaire de séparer l'obtention originelle d'une qualification, du changement de qualification. Le règlement de qualification permet ainsi à un médecin d'obtenir une qualification du fait de ses compétences. Cette possibilité est tout à fait intéressante en ce qu'elle renvoie, non à la possession d'un diplôme, mais à la formation, et surtout à l'expérience dont se prévaut l'intéressé, qui lui assurent des « compétences ». Cette organisation réglementaire doit sans doute être rapprochée de l'évolution du rôle de l'Ordre des médecins du fait de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé, dite loi « démocratie sanitaire », puisque celui-ci se trouve investi, depuis cette loi, de la mission de veiller au maintien de la compétence des professionnels. Selon l'article L. 4121-2 alinéa 2 du Code de la santé publique, en effet, « l'Ordre des médecins, celui des chirurgiens-dentistes et celui des sages-femmes veillent au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine, de l'art dentaire, ou de la profession de sage-femme et à l'observation, par tous leurs membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le Code de déontologie prévu à l'article L. 4127-1 »⁹⁶.

Rappelons, dans le même registre, que selon l'article 1 du décret du 19 mars 2004, relatif aux conditions dans lesquelles les docteurs en médecine peuvent obtenir une qualification de spécialiste, « les [médecins] peuvent obtenir une qualification de spécialiste différente de la qualification de généraliste ou de spécialiste qui leur a été initialement reconnue ».

La troisième possibilité d'accès à la profession réside dans la « nouvelle procédure d'autorisation », précédemment analysée⁹⁷.

Ces différents mécanismes nous intéressent un double titre.

Ils montrent, en effet, d'une part qu'il est possible de moduler les interventions des professionnels d'une même profession en ce qui concerne leurs possibilités d'intervention sur le corps humain. Soulignons qu'ici, comme en ce qui concerne les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes, la limite de l'intervention des professionnels renverra à leur appréciation de leur propre compétence, notamment en référence aux articles 47 et 70 de leur code de déontologie (article R. 4127-47 et 70). Selon le premier, en effet, « un médecin

⁹⁴ Cf. *supra*, I.15.

⁹⁵ Le texte fait, en outre, référence à l'organisation ancienne, en reconnaissant également qualifiés les médecins qui possèdent « 4. Le certificat d'études spéciales ; 5. La décision de qualification en médecine générale prononcée par le Conseil national de l'Ordre des médecins pour les médecins ayant obtenu le diplôme d'Etat de docteur en médecine avant le 1er janvier 1995 ».

⁹⁶ C'est nous qui soulignons.

⁹⁷ Cf. *supra*, I.15.

a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles »⁹⁸ ; selon le second, le médecin « ne doit pas (...) entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose »⁹⁹. La logique portée par le Code de déontologie est claire : un professionnel ne doit pas accomplir d'actes professionnels au-delà de sa compétence (ses connaissances et son expérience) ; il peut, en outre, refuser des soins en fonction de considérations « professionnelles », au nombre desquelles on peut ranger des motivations relatives aux compétences que le professionnel estime être les siennes¹⁰⁰.

Il s'inscrit, d'autre part, dans une logique qui ne renvoie pas à la seule qualification, c'est-à-dire au diplôme, dans le sens où la qualification peut être obtenue sur la base de l'évaluation de la compétence du professionnel, c'est-à-dire en grande partie de son savoir-faire. Autrement dit, il est possible, pour les médecins, de se voir reconnaître une spécialité, c'est-à-dire une capacité particulière d'intervention sur le corps humain, en fonction de leurs compétences réelles. La réalité de la capacité d'intervention du professionnel constitue donc ici le critère de sa possibilité de réalisation d'actes futurs.

On peut sans doute envisager d'étendre un tel modèle au-delà de la profession médicale.

— *Les qualifications infirmières*

Les articles R. 4311-11, 12 et 13 du code de la santé publique établissent des listes d'actes en lien avec des diplômes particuliers relatifs à la profession infirmière. Ainsi, « L'infirmier ou l'infirmière titulaire du diplôme d'Etat de bloc opératoire ou en cours de formation préparant à ce diplôme, exerce en priorité les activités suivantes : (...) », suivant une liste de cinq activités (article R. 4311-11¹⁰¹) ; de manière comparable, « L'infirmier ou l'infirmière, anesthésiste diplômé d'Etat, est seul habilité, à condition qu'un médecin anesthésiste-réanimateur puisse intervenir à tout moment, et après qu'un médecin anesthésiste-réanimateur a examiné le patient et établi le protocole, à appliquer les techniques suivantes : (...) », suivant une liste de trois techniques (article R. 4311-12¹⁰²) ; enfin, selon l'article R.

⁹⁸ Article R. 4127-47 Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée. / Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. / S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins.

⁹⁹ Article R. 4127-70 : « Tout médecin est, en principe habilité à pratiquer tous les actes de diagnostic, de prévention et de traitement. Mais il ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent ses connaissances, son expérience et les moyens dont il dispose ».

¹⁰⁰ Ces règles reçoivent, cependant, exception « en cas d'urgence » en ce qui concerne « le droit de refuser des soins » ainsi qu'en cas de « circonstances exceptionnelles » en ce qui concerne l'abstention de dispensation d'actes de soins en cas d'incompétence.

¹⁰¹ Article R. 4311-11 : « L'infirmier ou l'infirmière titulaire du diplôme d'Etat de bloc opératoire ou en cours de formation préparant à ce diplôme, exerce en priorité les activités suivantes : 1° Gestion des risques liés à l'activité et à l'environnement opératoire ; 2° Elaboration et mise en oeuvre d'une démarche de soins individualisée en bloc opératoire et secteurs associés ; 3° Organisation et coordination des soins infirmiers en salle d'intervention ; 4° Traçabilité des activités au bloc opératoire et en secteurs associés ; 5° Participation à l'élaboration, à l'application et au contrôle des procédures de désinfection et de stérilisation des dispositifs médicaux réutilisables visant à la prévention des infections nosocomiales au bloc opératoire et en secteurs associés. / En per-opératoire, l'infirmier ou l'infirmière titulaire du diplôme d'Etat de bloc opératoire ou l'infirmier ou l'infirmière en cours de formation préparant à ce diplôme exerce les activités de circulant, d'instrumentiste et d'aide opératoire en présence de l'opérateur. / Il est habilité à exercer dans tous les secteurs où sont pratiqués des actes invasifs à visée diagnostique, thérapeutique, ou diagnostique et thérapeutique dans les secteurs de stérilisation du matériel médico-chirurgical et dans les services d'hygiène hospitalière ».

¹⁰² Article R. 4311-12 : « L'infirmier ou l'infirmière, anesthésiste diplômé d'Etat, est seul habilité, à condition qu'un médecin anesthésiste-réanimateur puisse intervenir à tout moment, et après qu'un médecin anesthésiste-réanimateur a examiné le patient et établi le protocole, à appliquer les techniques suivantes : 1° Anesthésie générale ; 2° Anesthésie loco-régionale et réinjections dans le cas où un dispositif a été mis en place par un

4311-13, « Les actes concernant les enfants de la naissance à l'adolescence, et en particulier ceux ci-dessous énumérés, sont dispensés en priorité par une infirmière titulaire du diplôme d'Etat de puéricultrice et l'infirmier ou l'infirmière en cours de formation préparant à ce diplôme : (...) », suivant une liste de cinq actes¹⁰³.

Dans ce contexte, et dans l'optique qui est la nôtre, deux remarques peuvent être effectuées. D'une part, les vocables employés à propos de trois qualifications ne sont pas les mêmes : activités, techniques, actes.

D'autre part, les infirmiers de bloc opératoire ainsi que les infirmières puéricultrices se voient accorder une « priorité » dans la réalisation des actes des articles R. 4311-11 et 13. L'infirmier ou infirmière anesthésiste est, en revanche, « seul habilité » à appliquer un certain nombre de techniques. Cette capacité d'intervention exclusive est, toutefois, soumise à un double contrôle médical : la possibilité pour un médecin anesthésiste-réanimateur d' « intervenir à tout moment » (conformément à l'article 4 de l'arrêté 6 janvier 1962), et dans le cadre d'un protocole établi par un médecin anesthésiste-réanimateur.

Ici, comme en ce qui concerne les qualifications médicales, on peut constater qu'une répartition de compétences, donc d'actes possibles peut exister à l'intérieur même d'une profession, et qu'une telle organisation n'est pas obligatoirement synonyme d'une absence de contrôle médical.

I.3.2. Le lien avec l'environnement structurel

Nous avons déjà constaté que les possibilités d'intervention des professionnels dépendaient, dans un certain nombre de cas, du contexte dans lequel se développe l'activité.

Il en est ainsi, notamment, des auxiliaires médicaux, dont les actes possibles dépendent, notamment, de la proximité du médecin, les actes se distribuant, suivant la typologie retenue par le décret du 6 janvier 1962, entre les actes effectués « sur prescription médicale », et ceux effectués à proximité du médecin, celui-ci « pouvant intervenir à tout instant ».

Il en est de même en ce qui concerne l'animation d'équipes soignantes par les infirmiers ou infirmière. Rappelons, en effet, que selon l'article R.4311-3, l'infirmier « peut », dans le cadre de son rôle propre, « élaborer, avec la participation des membres de l'équipe soignante, des protocoles de soins infirmiers relevant de son initiative ». Approfondissant la même logique, l'article R. 4311-4 dispose, quant à lui : « Lorsque les actes accomplis et les soins dispensés relevant de son rôle propre sont dispensés dans un établissement ou un service à domicile à caractère sanitaire, social ou médico-social, l'infirmier ou l'infirmière peut, sous sa responsabilité, les assurer avec la collaboration d'aides-soignants, d'auxiliaires de puériculture ou d'aides médico-psychologiques qu'il encadre et dans les limites de la qualification reconnue à ces derniers du fait de leur formation. Cette collaboration peut s'inscrire dans le cadre des protocoles de soins infirmiers mentionnés à l'article R. 4311-3 ».

médecin anesthésiste-réanimateur ; 3° Réanimation peropératoire. / Il accomplit les soins et peut, à l'initiative exclusive du médecin anesthésiste-réanimateur, réaliser les gestes techniques qui concourent à l'application du protocole. / En salle de surveillance postinterventionnelle, il assure les actes relevant des techniques d'anesthésie citées aux 1°, 2° et 3° et est habilité à la prise en charge de la douleur postopératoire relevant des mêmes techniques. / Les transports sanitaires mentionnés à l'article R. 4311-10 sont réalisés en priorité par l'infirmier ou l'infirmière anesthésiste diplômé d'Etat. / L'infirmier ou l'infirmière, en cours de formation préparant à ce diplôme, peut participer à ces activités en présence d'un infirmier anesthésiste diplômé d'Etat ».

¹⁰³ Article R. 4311-13 : « Les actes concernant les enfants de la naissance à l'adolescence, et en particulier ceux ci-dessous énumérés, sont dispensés en priorité par une infirmière titulaire du diplôme d'Etat de puéricultrice et l'infirmier ou l'infirmière en cours de formation préparant à ce diplôme : 1° Suivi de l'enfant dans son développement et son milieu de vie ; 2° Surveillance du régime alimentaire du nourrisson ; 3° Prévention et dépistage précoce des inadaptations et des handicaps ; 4° Soins du nouveau-né en réanimation ; 5° Installation, surveillance et sortie du nouveau-né placé en incubateur ou sous photothérapie ».

Autrement dit, l'infirmier peut organiser l'activité des équipes soignantes sous forme de protocoles, *dès lors que son activité se déroule dans le cadre d'une collectivité.*

Il en est également ainsi pour les sages-femmes, en ce qui concerne l' « anesthésie loco-régionale », et l' « analgésie loco-régionale », à propos desquelles différentes modalités de contrôle médical sont prévues.

Rappelons, enfin, que l'environnement structurel constitue l'un des critères de pertinence retenus dans le cadre des expérimentations relatives aux nouvelles coopérations entre professions prévues par la loi n°2004-806, relative à la politique de santé publique.

Dans l'ensemble de ces exemples, le contexte d'exercice constitue une donnée importante, dans le sens où les possibilités d'action pour un professionnel sont plus importantes si le professionnel exerce dans le cadre d'une structure et peut donc faire appel à des compétences supérieures ou autres en cas de besoin, et pour un professionnel exerçant seul.

On pourrait imaginer, dans cette perspective, que certains actes ne soient possibles que dans un établissement (dont un réseau), mais non pour un auxiliaire médical agissant seul. Il s'agit, notamment, de la logique portée à propos de l'organisation d'équipes soignantes par des infirmières¹⁰⁴.

I.4. Conclusion du titre I

À l'issue de ces développements relatifs aux différents modèles d'organisation des professions de santé relativement aux actes qu'elles peuvent accomplir, deux pistes d'évolution peuvent être envisagées, dans la perspective d'un développement de « nouvelles formes de coopération entre les professions de santé ».

La première consiste à faire évoluer le système actuel, centré, notamment en ce qui concerne l'ensemble des professions d'auxiliaires médicaux, autour des actes professionnels. Dans cette perspective, l'exemple de la profession infirmière est particulièrement intéressant, puisque celle-ci connaît six types d'interventions, qui pourraient servir de modèle d'organisation pour l'ensemble des professions :

- La participation aux actes effectués par un professionnel plus qualifié (médecin)
- La réalisation d'actes sous le contrôle immédiat possible d'un professionnel plus qualifié (médecin)
- La réalisation d'actes sur prescription (prescription médicale)
- La réalisation d'actes prévus dans le cadre de protocoles (établis par des médecins)
- La réalisation de protocoles à destination d'autres professionnels de santé
- Le rôle propre

Dans un tel scénario, on pourrait imaginer de faire évoluer les décrets d'actes, profession par profession, lorsque cela semble pertinent, à condition que les professionnels soient formés pour prendre en charge les nouveaux actes. Cette évolution impliquerait, cependant, en ce qui concerne le rôle propre, des évolutions légales, et non réglementaires par les décrets d'actes, puisque les interventions envisagées conduisent à porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui. C'est d'ailleurs de cette manière que les dispositions relatives à la profession d'infirmières sont construites, l'article L. 4311-1 prévoyant : « Est considérée

¹⁰⁴ On peut ajouter que cette dernière idée recoupe celle selon laquelle la « coopération entre professionnels » serait d'autant plus pertinente qu'elle serait effectuée dans le cadre d'une « proximité juridique », entendue comme renvoyant à une structure unique, et non seulement par une proximité géographique. Cf. *supra*, les contraintes fiscales et sociales pesant sur la question de la coopération, I.10.

comme exerçant la profession d'infirmière ou d'infirmier toute personne qui donne habituellement des soins infirmiers sur prescription ou conseil médical, ou en application du rôle propre qui lui est dévolu ».

Mais, sauf en ce qui concerne le rôle propre, les évolutions envisagées sont tout à fait possibles sans évolution normative autre que celle des décrets d'actes. Une telle évolution des décrets d'actes n'implique donc pas d'autres évolutions techniques particulières sur le plan du droit. Il s'agirait de développer de nouvelles formes de coopération, mais sans changer l'architecture des règles juridiques en matière.

La seconde piste d'évolution consiste à sortir, en ce qui concerne les auxiliaires médicaux, du système actuel organisé autour des décrets d'actes, pour passer à un système dans lequel les professions seraient définies, à l'instar des professions médicales (médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme), en fonction de types d'intervention, ou de missions, bornées par certains critères.

Cette piste présente, dans la perspective des réflexions sur les « nouvelles formes de coopération entre professions de santé » un certain nombre d'atouts eu égard aux enjeux attachés à cette question tels qu'ils ont été repérés par la Haute Autorité de Santé, et servent de problématique de départ aux présentes réflexions.

Il en est ainsi, notamment, de la question de « l'opportunité des décrets d'actes », des perspectives impliquées par une réflexion sur les « nouvelles formes » de coopération, ainsi que des objectifs sous-jacents de « revalorisation » des professions d'auxiliaires médicaux¹⁰⁵. Une telle évolution correspondrait, en outre, à un certain nombre d'exemples étranger, notamment en Grande-Bretagne, en Suède, ou dans différentes provinces du Canada¹⁰⁶.

Elle correspond, enfin, aux orientations qui se sont dégagées des débats du groupe de travail, qui ont présidé à l'élaboration de ce rapport

Envisager de telles évolutions ne doit, cependant, se faire qu'avec prudence, car, au-delà de l'intérêt ou de la nécessité de la gestion de la démographie de certaines professions, ou de l'adéquation entre certaines propositions d'évolution et des revendications professionnelles, les règles dont il s'agit ont pour but premier de protéger l'intégrité corporelle des patients.

En outre, cette seconde piste d'évolution du système implique des changements plus conséquents que la première au sein du système de droit, et doit donc être analysée avec attention.

C'est la raison pour laquelle nous allons à présent développer les orientations proposées par le groupe, qui vont dans le sens de la seconde piste d'évolution envisagée, en tentant, dans le même temps, d'en anticiper les conséquences.

II. LES ORIENTATIONS PROPOSEES

Nous allons, dans un premier temps, en exposer le principe, à savoir des professions définies d'abord par leur mission et par leurs limites, pour décliner, dans un second temps, ce principe dans un certain nombre d'exemples, avant de tenter, dans un troisième temps, d'en mesurer les implications dans différents champs du droit.

¹⁰⁵ Cf. l'introduction de ce rapport, et notamment les références à HAS, en collaboration avec l'Observatoire national de la Démographie des Professionnels de Santé, *Délégation, transfert, nouveaux métiers... Conditions des nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé*, Rapport d'étape, Janvier 2007, n°II.3.1, 23.

¹⁰⁶ Cf. *supra*, I.

II.1. Principe : des professions définies par leurs missions et par leurs limites

Le principe selon lequel la piste d'évolution du système de définition des professions de santé la plus pertinente réside dans un procédé de définition renvoyant à leur mission et à leurs limites, s'est dégagé petit à petit des débats du groupe de travail.

Rappelons, dans cette perspective, que le groupe était composé, certes de juristes spécialisés dans différentes branches du droit (universitaires, mais également praticien de l'hospitalisation publique et privée, de l'ordre national des médecins, de l'organisme national d'indemnisation des accidents médicaux, avocats), mais également de professionnels du monde de la santé, notamment des représentants des professions de médecin, chirurgien-dentiste, sage-femme, infirmier et masseur kinésithérapeute. Cette orientation a donc été construite en référence à des analyses à la fois juridiques et professionnelles.

Dans cette perspective, l'adoption du principe s'est, en outre, essentiellement appuyé sur des exemples d'organisation des tâches d'ores et déjà existant, en particulier en ce qui concerne les sages-femmes (illustrant la définition par les missions) et les ostéopathes (illustrant l'encadrement des activités dans des limites strictes).

C'est la raison pour laquelle nous allons décliner ce modèle dans une série d'exemples.

II.2. Exemples

Nous allons un premier temps, nous attacher à des exemples d'ores et déjà à l'oeuvre, pour adopter, ensuite, une attitude prospective en ce qui concerne la faisabilité d'une redéfinition des professions d'auxiliaires médicaux suivant l'optique proposée.

II.2.1. Exemples actuels

Nous allons reprendre certaines caractéristiques particulières relatives à la profession de sage-femme, et compléter ces développements par l'analyse juridique de l'organisation des tâches des ostéopathes.

— *Les sages-femmes*

Il ne s'agit pas, bien entendu, de reprendre ici les analyses précédentes relatives à la construction de l'intervention de ces professionnels¹⁰⁷, mais de rappeler les modalités de définition de la profession en référence aux missions ainsi qu'aux limites de l'intervention des professionnelles.

En ce qui concerne les missions, rappelons que selon l'article L. 4151-1, « L'exercice de la profession de sage-femme comporte la pratique des actes nécessaires au diagnostic, à la surveillance de la grossesse et à la préparation psychoprophylactique à l'accouchement, ainsi qu'à la surveillance et à la pratique de l'accouchement et des soins postnataux en ce qui concerne la mère et l'enfant (...) / L'examen postnatal peut être pratiqué par une sage-femme si la grossesse a été normale et si l'accouchement a été eutocique / L'exercice de la profession de sage-femme peut comporter également la participation aux consultations de planification familiale ». De la même manière, selon l'article L. 4151-2, « Les sages-femmes sont autorisées à pratiquer les vaccinations dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé ».

¹⁰⁷ Cf. *supra*, —.

Dans cette perspective, le Code de déontologie de la profession prévoit des normes d'application de ces dispositions. Ainsi, d'un point de vue général, l'article R. 4127-313 prévoit, « Dans l'exercice de sa profession, la sage-femme ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, effectuer des actes ou donner des soins, ni formuler des prescriptions dans les domaines qui débordent sa compétence professionnelle ou dépassent ses possibilités », laissant ainsi à la sage-femme l'évaluation des limites de sa compétence.

Dans le même registre, si l'article R. 4127-318 I prévoit, à l'instar des professions d'auxiliaires médicaux, une liste d'actes qui peuvent être effectués par la sage-femme, cette liste n'étant pas limitative, puisque précédée de l'adverbe « notamment ».

Mais la définition de la profession comprend également des limites. Ainsi, l'article L. 4151-1, définit, à la fin de l'alinéa premier, l'exercice de la profession « (...) sous réserve des dispositions des articles L. 4151-2 à L. 4151-4 et suivant les modalités fixées par le code de déontologie de la profession, mentionné à l'article L. 4127-1 ». L'article L. 4151-4 prévoit, quant à lui, que « Les sages-femmes peuvent prescrire les dispositifs médicaux, dont la liste est fixée par l'autorité administrative, et les examens strictement nécessaires à l'exercice de leur profession. Elles peuvent également prescrire les médicaments d'une classe thérapeutique figurant sur une liste fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé ».

Dans le même registre, les articles L. 4151-2, et 3 disposent, respectivement, que « Les sages-femmes sont autorisées à pratiquer les vaccinations dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé », et que « En cas de pathologie maternelle, foétale ou néonatale pendant la grossesse, l'accouchement ou les suites de couches, et en cas d'accouchement dystocique, la sage-femme doit faire appel à un médecin. Les sages-femmes peuvent pratiquer les soins prescrits par un médecin en cas de grossesse ou de suites de couches pathologiques ».

Rappelons, en outre, que pour un certain nombre d'interventions, la coopération entre la sage-femme et le médecin semble être construite au plus près des compétences des uns et des autres. Notamment, l'article R. 4127-318 prévoient que « : I. - Pour l'exercice des compétences qui lui sont dévolues par l'article L. 4151-1, la sage-femme est autorisée à pratiquer notamment : [suivant une liste de 13 actes]. II. - La sage-femme est autorisée, au cours du travail, à effectuer la demande d'anesthésie loco-régionale auprès du médecin anesthésiste-réanimateur. Elle en informe le médecin gynécologue-obstétricien. / Sous réserve qu'un médecin puisse intervenir à tout moment, la sage-femme peut participer à la technique d'analgésie loco-régionale pratiquée lors de l'accouchement, à l'exclusion de la période d'expulsion. La première injection doit être réalisée par un médecin. La sage-femme ne peut pratiquer les injections suivantes que par la voie du dispositif mis en place par le médecin. Elle peut procéder au retrait de ce dispositif ».

Il ne s'agit donc pas, lorsque le législateur organise les possibilités d'intervention des sages-femmes, de leur donner une liberté intégrale quant à leurs interventions ; il s'agit plutôt de leur donner une importante marge d'initiative, mais uniquement dans les limites de leur qualification, un médecin devant intervenir dès lors qu'on les atteint.

Rappelons, également, que l'intervention d'un médecin peut résulter de l'initiative de la sage-femme, soit pendant le suivi de la grossesse, soit à propos de « demande d'anesthésie loco-régionale ».

— *Les ostéopathes*

L'activité des ostéopathes a été récemment organisée¹⁰⁸. Or, cette organisation présente d'indéniables intérêts en ce qui concerne celle des activités des professionnels de santé dans la perspective qui est la nôtre¹⁰⁹.

Rappelons, cependant, qu'il ne s'agit pas, ici, de l'organisation d'une profession mais d'un titre, puisque les membres de différentes professions (médecins, sages-femmes, masseurs-kinésithérapeutes et infirmiers), ainsi que des personnes n'appartenant pas à l'une des professions réglementées par le Code de la santé publique, peuvent pratiquer l'ostéopathie¹¹⁰, mais bien comme le rappelle le titre du décret n°2007- 435 d'un texte relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie.

Dans ce contexte, l'article 1^{er} alinéa 1^{er} du décret est construit sur le modèle « mission- limite », prévoyant que « Les praticiens justifiant d'un titre d'ostéopathe *sont autorisés* à pratiquer des manipulations ayant pour seul but de prévenir ou de remédier à des troubles fonctionnels du corps humain, à l'exclusion des pathologies organiques qui nécessitent une intervention thérapeutique, médicale, chirurgicale, médicamenteuse ou par agents physiques. Ces *manipulations* sont musculo-squelettiques et myo-fasciales, *exclusivement manuelles et externes*. Ils *ne peuvent agir lorsqu'il existe des symptômes justifiant des examens paracliniques* »¹¹¹.

En outre, du point de vue de la coopération entre professionnels, l'article 2 du décret prévoit que « Les praticiens mentionnés à l'article 1^{er} sont tenus, s'ils n'ont pas eux-mêmes la qualité de médecin, d'orienter le patient vers un médecin lorsque les symptômes nécessitent un diagnostic ou un traitement médical, lorsqu'il est constaté une persistance ou une aggravation de ces symptômes ou que les troubles présentés excèdent son champ de compétences ». Il s'agit, ici, d'une nouvelle illustration d'un mécanisme que nous avons souligné à propos des sages-femmes, c'est-à-dire la possibilité d'entrer dans le système de soins par un autre professionnel que le médecin, système n'existant pas en ce qui concerne les professions d'auxiliaires médicaux.

Soulignons, en outre, deux particularités normatives.

D'une part, la référence aux actes reste présente, malgré la définition de l'activité des ostéopathes sur le modèle « missions-limites ». En effet, selon l'article 3 du décret, « I. – Le praticien justifiant d'un titre d'ostéopathe ne peut effectuer les actes suivants : 1o Manipulations gynéco-obstétricales ; 2o Touchers pelviens. II. – Après un diagnostic établi par un médecin attestant l'absence de contre-indication médicale à l'ostéopathie, le praticien justifiant d'un titre d'ostéopathe est habilité à effectuer les actes suivants : 1o Manipulations du crâne, de la face et du rachis chez le nourrisson de moins de six mois ; 2o Manipulations du rachis cervical. III. – Les dispositions prévues aux I et II du présent article ne sont pas applicables aux médecins ni aux autres professionnels de santé lorsqu'ils sont habilités à

¹⁰⁸ Décret n° 2007-435 du 25 mars 2007 relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie.

¹⁰⁹ Il ne s'agit pas, ici, de prendre position quant à la pertinence du fond du texte analysé, mais seulement de prendre l'organisation de l'activité des ostéopathes comme un exemple d'organisation possible des activités des professionnels de santé. En ce qui concerne la pertinence de fond du décret n° 2007- 435, la circulaire n°2007-046 du conseil national de l'ordre des médecins, adressée aux Conseils départementaux le 31 mai 2007 rappelle que le Conseil national de l'ordre a saisi en référé le Conseil d'Etat d'un recours contre les textes relatifs à la pratique de l'ostéopathie. En effet, il considère, d'une part, « comme dangereuse pour la santé publique l'autorisation donnée à des personnes qui ne sont ni médecin ni masseur-kinésithérapeute, le droit de pratiquer des manipulations sans diagnostic médical préalable », et, d'autre part, que « les médecins tiennent de leur inscription au tableau de l'ordre leur droit d'exercice et non d'un enregistrement auprès du préfet ».

¹¹⁰ Art. 4 : « L'usage professionnel du titre d'ostéopathe est réservé : 1o Aux médecins, sages-femmes, masseurs-kinésithérapeutes et infirmiers autorisés à exercer, titulaires d'un diplôme universitaire ou interuniversitaire sanctionnant une formation suivie au sein d'une unité de formation et de recherche de médecine délivré par une université de médecine et reconnu par le Conseil national de l'ordre des médecins. 2o Aux titulaires d'un diplôme délivré par un établissement agréé dans les conditions prévues aux articles 5 à 9 du décret du 25 mars 2007 susvisé ; 3o Aux titulaires d'une autorisation d'exercice de l'ostéopathie ou d'user du titre d'ostéopathe délivrée par l'autorité administrative en application des articles 9 ou 16 du présent décret ».

¹¹¹ C'est nous qui soulignons.

réaliser ces actes dans le cadre de l'exercice de leur profession de santé et dans le respect des dispositions relatives à leur exercice professionnel ».

On est même amené à constater, que les actes sont visés à la fois pour en exclure certains de la pratique des ostéopathes (à part les médecins, ou les sages-femmes, intervenant à ces derniers titres, et non comme ostéopathes) et pour en autoriser d'autres, mais à certaines conditions, c'est-à-dire « Après un diagnostic établi par un médecin attestant l'absence de contre-indication médicale à l'ostéopathie ». On comprend donc, que même si l'activité des ostéopathes renvoie à une définition construite en fonction des missions des personnes qui possèdent ce titre ainsi que des limites de leurs interventions, la référence précise à certains actes peut présenter une utilité pour la régulation de l'activité en cause. Rappelons que nous avons effectué le même constat en ce qui concerne les sages-femmes, la modalité de définition adoptée n'empêchant pas la référence ponctuelle à des actes précis, pour les autoriser ou les exclure.

D'autre part, l'encadrement de l'activité des titulaires du titre d'ostéopathe renvoie, pour certaines questions, non plus à un décret d'actes mais à des recommandations de bonnes pratiques établies par la Haute Autorité de Santé. En effet, l'article 1 alinéa 2 du décret prévoit que : « Pour la prise en charge de ces troubles fonctionnels, l'ostéopathe effectue des actes de manipulations et mobilisations non instrumentales, directes et indirectes, non forcées, dans le respect des recommandations de bonnes pratiques établies par la Haute Autorité de santé ». Cette modalité de régulation de l'exercice des professions n'est pas inédite puisqu'on la trouve, notamment, à propos de l'information du patient par les professionnels de santé, dans l'article L. 1111-2 alinéa 6¹¹². Elle tend, cependant, à confirmer l'idée selon laquelle il est difficile de se passer d'un encadrement en ce qui concerne l'activité des professionnels de santé. On pourrait penser qu'il s'agit ici d'un cas particulier, puisque l'ostéopathie concerne des personnes qui peuvent ne pas appartenir à une profession de santé ; l'argument tombe pourtant puisque la même modalité de régulation est prévue en ce qui concerne l'information du patient par les professionnels dont l'activité est organisée par le code.

Nous abordons, à présent, la situation des professions qui ne sont pas définies selon le modèle « missions- limites », pour examiner, dans un cadre prospectif, la manière dont celles-ci pourraient être redéfinies.

II.2.2. Prospective : la redéfinition des professions d'auxiliaires médicaux

Nous allons réserver une place spécifique à la profession infirmière, dans la mesure où celle-ci occupe une place particulière dans le système de soins, du fait de son organisation ainsi que de ses champs d'intervention. Nous envisagerons, ensuite, la situation des autres professions d'auxiliaires médicaux.

— *La profession infirmière*

Rappelons que la profession infirmière est définie, dans l'article L. 4311-1 du code de la santé publique, de la manière suivante : « Est considérée comme exerçant la profession d'infirmière ou d'infirmier toute personne qui donne habituellement des soins infirmiers sur prescription ou conseil médical, ou en application du rôle propre qui lui est dévolu. / L'infirmière ou l'infirmier participe à différentes actions, notamment en matière de prévention,

¹¹² « Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé ».

d'éducation de la santé et de formation ou d'encadrement ». Nous avons indiqué, analysant spécifiquement ce texte, que la formule utilisée était largement tautologique, renvoyant, pour une définition plus précise, au décret d'actes, intégré aux articles R. 4311-1 et suivants¹¹³. Ce dernier dispose ainsi, dans son alinéa 1^{er}, que : « L'exercice de la profession d'infirmier comporte l'analyse, l'organisation, la réalisation de soins infirmiers et leur évaluation, la contribution au recueil de données cliniques et épidémiologiques et la participation à des actions de prévention, de dépistage, de formation et d'éducation à la santé. (...) », ajoutant que les infirmiers « exercent leur activité en relation avec les autres professionnels du secteur de la santé, du secteur social et médico-social et du secteur éducatif »¹¹⁴.

La mission des infirmiers est, enfin, précisée, en ce qui concerne leur rôle propre, dans l'article R. 4311-3, selon lequel « Relèvent du rôle propre de l'infirmier ou de l'infirmière les soins liés aux fonctions d'entretien et de continuité de la vie et visant à compenser partiellement ou totalement un manque ou une diminution d'autonomie d'une personne ou d'un groupe de personnes ». Et d'ajouter, dans l'alinéa suivant « Dans ce cadre, l'infirmier ou l'infirmière a compétence pour prendre les initiatives et accomplir les soins qu'il juge nécessaires conformément aux dispositions des articles R. 4311-5 et R. 4311-6. Il identifie les besoins de la personne, pose un diagnostic infirmier, formule des objectifs de soins, met en oeuvre les actions appropriées et les évalue. Il peut élaborer, avec la participation des membres de l'équipe soignante, des protocoles de soins infirmiers relevant de son initiative. Il est chargé de la conception, de l'utilisation et de la gestion du dossier de soins infirmiers ».

Pour en revenir à la question de la définition de la profession, et compte tenu du fait que la formule de l'article R. 4311-1 est plus précise que celle de l'article L. 4311-1, une proposition simple réside dans le fait de remplacer la prévision légale par la prévision réglementaire, ou d'ajouter la prévision réglementaire à la prévision légale.

Dans ce contexte, la référence aux limites des interventions des infirmiers ne fait pas l'objet de prévisions textuelles explicites. Il faut, cependant, souligner que celles-ci ne sont pas nécessaires, dans la mesure où, dans le système actuel, les infirmiers ne sont autorisés - hors rôle propre - qu'à effectuer des actes sous contrôle médical. Ainsi, tout acte qui n'est pas explicitement autorisé est exclu ; il n'est donc pas besoin de préciser les limites de l'intervention professionnelle. Si l'on devait se diriger vers un système dans lequel la référence aux actes devenait secondaire par rapport aux missions, cette configuration textuelle serait amenée à évoluer, et la définition de la profession devrait intégrer, à l'exemple des dispositions relatives aux sages-femmes et aux ostéopathes, un certain nombre de limites¹¹⁵.

— Les autres professions

¹¹³ Cf. *supra*, I.1.1.

¹¹⁴ Dans cette perspective, l'article R. 4311-2 précise, en outre, que : « Les soins infirmiers (...) ont pour objet (...) : 1° De protéger, maintenir, restaurer et promouvoir la santé physique et mentale des personnes ou l'autonomie de leurs fonctions vitales physiques et psychiques en vue de favoriser leur maintien, leur insertion ou leur réinsertion dans leur cadre de vie familial ou social ; 2° De concourir à la mise en place de méthodes et au recueil des informations utiles aux autres professionnels, et notamment aux médecins pour poser leur diagnostic et évaluer l'effet de leurs prescriptions ; 3° De participer à l'évaluation du degré de dépendance des personnes ; 4° De contribuer à la mise en oeuvre des traitements en participant à la surveillance clinique et à l'application des prescriptions médicales contenues, le cas échéant, dans des protocoles établis à l'initiative du ou des médecins prescripteurs ; 5° De participer à la prévention, à l'évaluation et au soulagement de la douleur et de la détresse physique et psychique des personnes, particulièrement en fin de vie au moyen des soins palliatifs, et d'accompagner, en tant que de besoin, leur entourage ».

¹¹⁵ Il pourrait en être de même, à l'instar de sage-femme, d'une référence explicite à la déontologie de la profession

Les masseurs- kinésithérapeutes

L'article L. 4321-1 dispose que « 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'Etat, après avis de l'Académie nationale de médecine. / Lorsqu'ils agissent dans un but thérapeutique, les masseurs-kinésithérapeutes pratiquent leur art sur ordonnance médicale et peuvent prescrire, sauf indication contraire du médecin, les dispositifs médicaux nécessaires à l'exercice de leur profession. La liste de ces dispositifs médicaux est fixée par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale après avis de l'Académie nationale de médecine ».

Cet article, à l'instar de la situation de la profession infirmière renvoie donc au décret d'actes la définition précise des contours de la profession, construction renvoyant à la logique d'organisation des professions d'auxiliaires médicaux comme exception au monopole médical.

Dans ce contexte, l'article R. 4321-1 précise que « 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 ». L'article R. 4321-3 ajoute, dans la même registre, « 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 »¹¹⁶.

Ici, comme en ce qui concerne les infirmiers et infirmières, on est amené à constater que la définition des professions est tributaire du système organisé en référence aux actes. Le décret d'actes contient, cependant, un certain nombre d'articles plus larges que les seules listes d'actes, qui pourrait servir de base à une redéfinition légale des professions.

Les pédicures-podologues

La définition de la profession de pédicure podologue est, quant à elle, plus centré sur les missions des professionnels, puisque l'article L. 4322-1 dispose que « Seuls les pédicures-podologues ont qualité pour traiter directement les affections épidermiques, limitées aux couches cornées et les affections unguéales du pied, à l'exclusion de toute intervention provoquant l'effusion de sang. / Ils ont également seuls qualité pour pratiquer les soins d'hygiène, confectionner et appliquer les semelles destinées à soulager les affections épidermiques. / Sur ordonnance et sous contrôle médical, les pédicures-podologues peuvent traiter les cas pathologiques de leur domaine de compétence ».

Cette configuration de la définition de la profession, plus « ouverte » que celle des professions d'infirmier et infirmière et de masseur kinésithérapeute, est sans doute lié au fait que les pédicures podologues peuvent intervenir pour un certain nombre d'actes, sans prescription médicale préalable. L'article R. 4322-1 dispose, en effet : « Les pédicures-

¹¹⁶ Notons également, au titre de la coopération entre les professions, que l'article R. 4321-2 dispose également : « (...) Le masseur-kinésithérapeute communique au médecin toute information en sa possession susceptible de lui être utile pour l'établissement du diagnostic médical ou l'adaptation du traitement en fonction de l'état de santé de la personne et de son évolution. / Dans le cadre de la prescription médicale, il établit un bilan qui comprend le diagnostic kinésithérapique et les objectifs de soins, ainsi que le choix des actes et des techniques qui lui paraissent les plus appropriés. / Ce bilan est adressé au médecin prescripteur et, à l'issue de la dernière séance, complété par une fiche retraçant l'évolution du traitement kinésithérapique, également adressée au médecin prescripteur ».

podologues accomplissent, sans prescription médicale préalable et dans les conditions fixées par l'article L. 4322-1, les actes professionnels suivants : (...) », suivant une liste de six actes¹¹⁷.

Cette organisation est, dans la perspective adoptée, particulièrement intéressante. Elle permet, en effet, de constater qu'il est possible, dès aujourd'hui, d'une part d'organiser une profession d'auxiliaire médical en la définissant en référence à ses missions, d'autre part de développer l'entrée dans le système de soins, en première intention, par des auxiliaires médicaux, et non seulement par des professions médicales.

Les autres professions d'auxiliaires médicaux

Les développements qui suivent concernent les professions d'ergothérapeute (articles L. 4331-1 et suivants¹¹⁸), de psychomotriciens (articles L. 4332-1 et suivants¹¹⁹), d'orthophoniste (articles L. 4341-1 et suivants¹²⁰), d'orthoptiste (articles L. 4342-1 et suivants¹²¹), de manipulateur d'électroradiologie médicale (articles L. 4351-1 et suivants¹²²), audioprothésiste (articles L. 4361-1 et suivants¹²³), opticiens lunetiers (articles

¹¹⁷ Article R. 4322-1 dispose, en effet : « Les pédicures-podologues accomplissent, sans prescription médicale préalable et dans les conditions fixées par l'article L. 4322-1, les actes professionnels suivants : 1° Diagnostic et traitement des : a) Hyperkératoses mécaniques ou non, d'étiologie ou de localisations diverses ; b) Verrues plantaires ; c) Ongles incarnés, onychopathies mécaniques ou non, et des autres affections épidermiques ou unguéales du pied, à l'exclusion des interventions impliquant l'effusion de sang ; 2° Exfoliation et abrasion des téguments et phanères par rabotage, fraisage et meulage ; 3° Soins des conséquences des troubles sudoraux ; 4° Soins d'hygiène du pied permettant d'en maintenir l'intégrité : surveillance et soins des personnes, valides ou non, pouvant présenter des complications spécifiques entrant dans le champ de compétence des pédicures-podologues ; 5° Prescription et application des topiques à usage externe figurant sur une liste fixée par un arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine ; 6° Prescription, confection et application des prothèses et orthèses, onychoplasties, orthonyxies, orthoplasties externes, semelles orthopédiques et autres appareillages podologiques visant à prévenir ou à traiter les affections épidermiques et unguéales du pied ».

¹¹⁸ Article L. 4331-1 : « Est considérée comme exerçant la profession d'ergothérapeute toute personne qui, non médecin, exécute habituellement des actes professionnels d'ergothérapie, définis par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine. / Les ergothérapeutes exercent leur art sur prescription médicale ».

¹¹⁹ Article L. 4332-1 : « Est considérée comme exerçant la profession de psychomotricien toute personne qui, non médecin, exécute habituellement des actes professionnels de rééducation psychomotrice, définis par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine. / Les psychomotriciens exercent leur art sur prescription médicale ».

¹²⁰ Article L. 4341-1, « Est considérée comme exerçant la profession d'orthophoniste toute personne qui, non médecin, exécute habituellement des actes de rééducation constituant un traitement des anomalies de nature pathologique, de la voix, de la parole et du langage oral ou écrit, hors la présence du médecin ».

¹²¹ Article L. 4342-1 : « Est considérée comme exerçant la profession d'orthoptiste toute personne qui exécute habituellement des actes professionnels d'orthoptie, définis par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine. / Les orthoptistes ne peuvent pratiquer leur art que sur ordonnance médicale ou, dans le cadre notamment du cabinet d'un médecin ophtalmologiste, sous la responsabilité d'un médecin ».

¹²² Article L. 4351-1 : « Est considérée comme exerçant la profession de manipulateur d'électroradiologie médicale toute personne qui, non médecin, exécute habituellement, sous la responsabilité et la surveillance d'un médecin en mesure d'en contrôler l'exécution et d'intervenir immédiatement, des actes professionnels d'électroradiologie médicale, définis par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine. / Les manipulateurs d'électroradiologie médicale exercent leur art sur prescription médicale ».

¹²³ Article L. 4361-1 : « Est considérée comme exerçant la profession d'audioprothésiste toute personne qui procède à l'appareillage des déficients de l'ouïe. / Cet appareillage comprend le choix, l'adaptation, la délivrance, le contrôle d'efficacité immédiate et permanente de la prothèse auditive et l'éducation prothétique du déficient de l'ouïe appareillé. / La délivrance de chaque appareil de prothèse auditive est soumise à la prescription médicale préalable et obligatoire du port d'un appareil, après examen otologique et audiométrique tonal et vocal ».

L. 4362-1 et suivants¹²⁴), prothésistes et orthésistes pour l'appareillage des personnes handicapées (article L. 4364-1¹²⁵) et diététicien (article L. 4371-1¹²⁶).

La définition de ces différentes professions renvoie systématiquement aux actes professionnels. Celles-ci sont, en effet, construites sur le modèle suivant : « Est considérée comme exerçant la profession [considérée] toute personne qui, non médecin, exécute habituellement des actes professionnels [de la profession], définis par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine. / Les [professionnels] exercent leur art sur prescription médicale »¹²⁷. Il s'agit ici de la traduction, dans la définition du champ d'intervention de différents professionnels, de la conception des professions d'auxiliaires médicaux portée par l'exception au monopole médical déterminé, à leur profit, dans le cadre de l'infraction d'exercice illégal de la profession médicale : les auxiliaires médicaux interviennent, par exception, dans le champ médical, sous le contrôle des médecins. On peut comprendre, dans ce modèle que la « définition » d'une profession se résume à la détermination des actes qu'elle peut effectuer.

Quelques dispositions s'écartent, cependant, peu ou prou de ce modèle. C'est le cas de l'article L. 4342-1 alinéa 2 qui dispose, depuis le 21 décembre 2006¹²⁸, que « Les orthoptistes ne peuvent pratiquer leur art que sur ordonnance médicale ou, dans le cadre notamment du cabinet d'un médecin ophtalmologiste, sous la responsabilité d'un médecin ». Il en est de même de l'article L. 4361-1, alinéa 1 et 2, qui dispose « Est considérée comme exerçant la profession d'audioprothésiste toute personne qui procède à l'appareillage des déficients de l'ouïe. / Cet appareillage comprend le choix, l'adaptation, la délivrance, le contrôle d'efficacité immédiate et permanente de la prothèse auditive et l'éducation prothétique du déficient de l'ouïe appareillé ». C'est également le cas de la profession de diététicien, puisque « Est considérée comme exerçant la profession de diététicien toute personne qui, habituellement, dispense des conseils nutritionnels et, sur prescription médicale, participe à l'éducation et à la rééducation nutritionnelle des patients atteints de troubles du métabolisme ou de l'alimentation, par l'établissement d'un bilan diététique personnalisé et une éducation diététique adaptée. / Les diététiciens contribuent à la définition, à l'évaluation et au contrôle de la qualité de l'alimentation servie en collectivité, ainsi qu'aux activités de prévention en santé publique relevant du champ de la nutrition ».

Une seule définition échappe à ce modèle, celle des opticiens lunetiers, dans l'article L. 4362-1 alinéa 2, qui ne fait que renvoyer à la condition de diplôme nécessaire pour exercer la profession : « Peuvent exercer la profession d'opticien-lunetier détaillant les personnes

¹²⁴ Article L. 4362-1 : « Les opticiens-lunetiers sont tenus de faire enregistrer sans frais leurs diplômes, certificats ou titres auprès du service de l'Etat compétent ou de l'organisme désigné à cette fin. En cas de changement de situation professionnelle, ils en informent ce service ou cet organisme. / Il est établi, pour chaque département, par le service de l'Etat compétent ou l'organisme désigné à cette fin, une liste de cette profession, portée à la connaissance du public. Un opticien-lunetier ne peut être inscrit que dans un seul département. / Peuvent exercer la profession d'opticien-lunetier détaillant les personnes titulaires d'un diplôme, certificat ou titre mentionnés aux articles L. 4362-2 et L. 4362-3 enregistré conformément au premier alinéa. / Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret ».

¹²⁵ Article L. 4364-1 : « Peut exercer les professions de prothésiste ou d'orthésiste toute personne qui réalise, sur prescription médicale, l'appareillage nécessaire aux personnes handicapées et qui peut justifier d'une formation attestée par un diplôme, un titre ou un certificat ou disposer d'une expérience professionnelle et satisfaire à des règles de délivrance de l'appareillage. Les conditions d'application du présent article sont définies par décret ».

¹²⁶ Article L. 4371-1 : « Est considérée comme exerçant la profession de diététicien toute personne qui, habituellement, dispense des conseils nutritionnels et, sur prescription médicale, participe à l'éducation et à la rééducation nutritionnelle des patients atteints de troubles du métabolisme ou de l'alimentation, par l'établissement d'un bilan diététique personnalisé et une éducation diététique adaptée. / Les diététiciens contribuent à la définition, à l'évaluation et au contrôle de la qualité de l'alimentation servie en collectivité, ainsi qu'aux activités de prévention en santé publique relevant du champ de la nutrition ».

¹²⁷ La définition de l'activité des prothésistes ou d'orthésistes obéit au même modèle, même si la formulation est différente. Cf. note n°125.

¹²⁸ Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 art. 54 I Journal Officiel du 22 décembre.

titulaires d'un diplôme, certificat ou titre mentionnés aux articles L. 4362-2 et L. 4362-3 enregistré conformément au premier alinéa ».

Dans un tel contexte, il paraît bien difficile, pour ces professions, de faire évoluer le mode de définition en partant des dispositions actuelles, tant celles-ci sont proches des actes que les professionnels sont autorisés à accomplir.

II.2.3. Conclusion du 4.2 : vers une réalité normative forcément hybride ?

En conclusion de ces développements consacrés à l'analyse de l'organisation de l'intervention des professions en référence à des missions assorties de limites, un certain nombre de points peuvent être considérés comme acquis.

On est ainsi amené à constater, d'une part, qu'il n'existe pas de modèle « pur » d'organisation d'une profession en référence au modèle « missions-limites ». Ainsi, en ce qui concerne la profession de sage-femme, l'activité des ostéopathes, les professions d'infirmier et infirmière ou de pédicure-podologue, les régulations en cause prévoient systématiquement des références, à la fois aux missions des professionnels, aux limites de leurs interventions, ainsi qu'à un certain nombre d'actes autorisés ou non, selon une distribution renvoyant aux particularités de chaque profession ainsi qu'aux différents contextes d'exercice professionnel. Encore cette référence aux actes doit-elle sans doute beaucoup à la logique générale du système de droit français en la matière, construit en référence à ces derniers.

Les seuls modèles « purs » existant actuellement concernent les professions d'auxiliaires médicaux les moins qualifiées, construites exclusivement en référence aux actes que les professionnels peuvent exécuter et systématiquement sous contrôle médical.

La référence aux actes dans la définition des différentes professions doit donc faire l'objet d'une approche nuancée. Il ne s'agit pas, en effet, de considérer que celle-ci manque totalement de pertinence, et doit être complètement écartée au profit d'un modèle de définition des professions construit exclusivement en référence à des missions professionnelles assorties de limites.

En effet, d'une part, la définition des missions et des limites des professions peut être construite en référence à certains actes professionnels particuliers, et notamment en ce qui concerne les limites interventionnelles. Il peut être utile, d'autre part, de viser certains actes pour préciser les modalités de coopération entre professionnels, à l'image des rapports entre les médecins et les sages-femmes¹²⁹.

L'attention doit être attirée, en revanche, dans une optique de réflexion relative aux « nouvelles formes de coopération entre professions de santé », sur l'obstacle que constitue, en ce qui concerne l'évolution du système, la référence *exclusive* aux actes pour définir le champ d'intervention légale des professions d'auxiliaires médicaux, ou encore le fait que l'ensemble de ces actes doit être effectué sous contrôle médical.

Trois exemples *a contrario*, tirés du droit en vigueur, permettent de l'illustrer. Il s'agit, d'une part de la situation de la profession de sage-femme (même s'il s'agit d'une profession médicale au sens du Code de la santé publique), dont la liste des actes entrant dans le cadre de sa mission n'est pas limitative, débutant par l'adverbe « notamment ». Il s'agit, d'autre part, de la situation des ostéopathes, dont l'activité est définie en référence à leurs missions, assorties de limites strictes, limites précisées notamment sous la forme d'actes autorisés ou défendus. Il s'agit, enfin, de la situation des pédicures-podologues, qui peuvent effectuer certains actes hors prescription médicale préalable.

¹²⁹ Cf. *supra*, MMMMMMMMMMMMMMDCLXXVII.2089937184.2089948264.—.

Il ne s'agit donc pas ici de gommer toute référence aux actes dans la définition des tâches professionnelles, mais d'éviter que la référence aux actes constitue la référence exclusive pour permettre l'intervention d'un professionnel sur le corps d'un patient.

Il faut avoir conscience, cependant, que d'éventuelles redéfinitions des professions seront sans doute variables en fonction du degré d'autonomie et du contenu de la formation des différents professionnels. Ainsi, si une évolution semble relativement aisée en ce qui concerne les professions d'infirmier et infirmière, de masseurs kinésithérapeutes, voire de pédicure podologue (si cela est utile eu égard au degré d'autonomie déjà existant dans le cadre de cette profession), celle-ci semble plus difficile en ce qui concerne les autres professions d'auxiliaires médicaux, tant celles-ci semblent construites pour effectuer certains actes précis.

Dans cette perspective, il semble pertinent de proposer :

- la redéfinition des professions d'auxiliaires médicaux principalement en référence à un double critère : leurs missions et les limites de ces dernières
- la sortie, corrélative, du système actuel de définition des professions, dans lequel la référence aux actes est la condition exclusive de l'intervention des auxiliaires médicaux sur le corps des patients
- de ne pas exclure, par principe, la référence aux actes professionnels, en tant qu'ils permettent de préciser les missions et limites définissant les professions

Soulignons, une fois de plus, qu'il s'agit ici d'ouvrir des possibilités d'intervention pour un certain nombre de professions, ce qui ne signifie pas que l'ensemble des professionnels pourront, demain, effectuer l'ensemble des actes qu'ils estiment pertinents. Il est, en effet, tout à fait possible, dans le cadre du système proposé, de maintenir, pour certaines professions, activités, ou même nouveaux métiers, le modèle actuellement à l'œuvre en ce qui concerne la majorité des professions d'auxiliaires médicaux, c'est-à-dire l'intervention, pour certains actes limitativement énumérés, et sous contrôle médical.

Rappelons, enfin, qu'il ne s'agit, dans le cadre de ce rapport, que d'analyser le système juridique d'organisation des tâches des différentes professions de santé, et non de se prononcer sur l'opportunité de l'intervention effective de telle ou telle profession à tel propos.

De telles modifications dans la définition des professions n'iront, cependant, pas sans un certain nombre d'implications.

II.2.4. Implications

Celles-ci concernent essentiellement le droit des professions de santé, le droit de la sécurité sociale ainsi que le droit de la responsabilité et des assurances¹³⁰.

— *Droit des professions de santé*

Les premiers mécanismes concernés par les évolutions proposées sont ceux du droit des professions de santé. Il en est ainsi, pour permettre l'évolution proposée, de la nécessaire évolution de l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique, consacré à l'exercice illégal de

¹³⁰ Les développements précédents, consacrés au droit fiscal et au droit social nous ont montré que les incidences des nouvelles formes de coopération dans leurs champs ne seraient que très marginales, cf. *supra*, I.10.

la médecine ; une telle évolution en implique, en outre, sans doute d'autres dans l'agencement des normes relatives à la définition des tâches professionnelles ; il en est de même, de la création, dans le modèle analysé, de champs communs à différentes professions ; il en est de même, enfin, en ce qui concerne la manière dont les tâches seraient autorisées en fonction de l'expérience différents professionnels.

La nécessaire évolution de l'article L. 4161-1 CSP

Nous avons montré que la répartition des tâches entre les différentes professions de santé était essentiellement organisée autour de l'infraction d'exercice illégal de la médecine, l'intervention des auxiliaires médicaux constituant, dans le droit actuel, une exception au monopole médical défendu par l'infraction d'exercice illégal, obligeant, dans le texte même de cette infraction à prévoir un « fait justificatif de l'infraction » permettant aux auxiliaires médicaux d'intervenir légitimement¹³¹. Rappelons, en outre, que l'énoncé analysé renvoie à l'arrêté du 6 janvier 1962, fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins ou pouvant être pratiqués également par des auxiliaires médicaux ou par des directeurs de laboratoires d'analyse médicales non médecins, auquel il est fait référence dans le premier alinéa de l'article L. 4161-1, et dont la valeur est équivalente à celle de la loi, dans le cadre de la définition des professions, le législateur ayant eu recours à la technique de « l'incrimination par renvoi ».

Dans ce contexte, les « décrets d'actes » prévus à l'article L. 4161-1 alinéa 2, qui doivent, bien évidemment, respecter les règles légales en application desquelles ils sont pris, doivent également respecter, dans le cas de figure qui nous intéresse, les règles de l'arrêté de 1962. Or, celui-ci ne permet pas d'autres systèmes que celui de la définition des professions en référence aux actes professionnels. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire, si l'on s'engage dans la voie d'une redéfinition des professions non exclusivement fondée sur les actes professionnels, de gommer la référence à l'arrêté de 1962 dans l'article L. 4161-1.

Signalons toutefois qu'il serait possible, techniquement, de modifier le système dans le sens proposé, sans abrogation de la référence à l'arrêté de 1962 dans l'article L. 4161-1. Il suffirait, pour ce faire, de modifier les règles légales de définition des professions, et donc de prévoir, implicitement, une exception légale à l'article L. 4161-1, l'exception prévalant alors sur la règle générale. Tel est notamment le cas en ce qui concerne les sages-femmes. Une telle solution semble toutefois peu pertinente à un double point de vue : elle manquerait, en effet, de lisibilité, obligeant, pour en mesurer les effets, à une série d'interprétation passablement techniques, lorsque l'objectif de l'accès au droit est constitutionnel ; elle impliquerait, en outre, des interventions légales à chaque fois qu'il s'agirait de modifier, même marginalement, le champ d'intervention d'une profession, rendant, paradoxalement, le système plus difficile à faire évoluer qu'aujourd'hui. Nous choisissons donc d'écarter cette solution.

Ces analyses nous conduisent donc à proposer deux modifications de l'article L. 4161-1 du Code de la santé publique :

- supprimer du premier alinéa la formule : « ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine »

¹³¹ L'article L. 4161-1 alinéa 2 dispose ainsi que : « Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux étudiants en médecine ni aux sages-femmes, ni aux infirmiers ou gardes-malades qui agissent comme aides d'un médecin ou que celui-ci place auprès de ses malades, ni aux personnes qui accomplissent, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine, les actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret ».

- modifier le second alinéa en remplaçant la formule « dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine, les actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret », par la formule « leurs missions professionnelles dans les conditions définies par la loi »

Les alinéas 1 et 2 de l'article L. 4161-1 seraient donc rédigés comme suit :

- alinéa 1 : « Exerce illégalement la médecine : 1° Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L. 4131-1 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin (...) »
- alinéa 2 : « Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux étudiants en médecine ni aux sages-femmes, ni aux infirmiers ou gardes-malades qui agissent comme aides d'un médecin ou que celui-ci place auprès de ses malades, ni aux personnes qui accomplissent leurs missions professionnelles dans les conditions déterminées par la loi ».

Deux remarques complémentaires doivent, cependant, être effectuées.

On pourrait craindre, d'une part, que de telles modifications nuisent à la capacité répressive du juge pénal en ce qui concerne l'exercice illégal de la médecine. Or, il n'en est rien. En effet, supprimer la référence à l'arrêté de 1962 ne modifie en rien la définition « générique » de la médecine portée par l'article L. 4161-1, l'arrêté de 1962 ne faisant actuellement que préciser cette définition. Autrement dit, le juge pourra réprimer les mêmes comportements, avec ou sans la référence à l'arrêté précité.

On pourrait s'inquiéter, d'autre part, de la disparition de la référence à l'avis de l'Académie nationale de médecine à propos de la définition des actes des auxiliaires médicaux. La modification proposée ne l'implique pourtant pas : la définition légale des professions peut, en effet, renvoyer, comme c'est le cas actuellement pour nombre de professions d'auxiliaires médicaux, à une norme réglementaire qui pourra, quant à elle, être prise après avis de cette institution.

Mais c'est déjà, ce faisant, aborder la question d'une éventuelle évolution des normativités en la matière.

Opinion dissidente de M. F. Jornet

Lors de la dernière séance du groupe de travail, consacrée à la discussion sur le projet de rapport, le 30 août 2007, M. F. Jornet a tenu à exprimer une « opinion dissidente » relativement à l'analyse, validée par l'ensemble des autres membres du groupe de travail, de l'infraction d'exercice illégal de la médecine et à la place de l'arrêté du 6 janvier 1962 dans l'architecture du droit des professions de santé.

Nous reproduisons cette opinion telle qu'elle nous a été transmise par voie électronique.

« Là encore, je ne peux valider cette proposition comme je l'ai expliqué à l'occasion de la réunion du groupe de travail. En effet, la démonstration n'est pas faite que l'architecture actuelle même si elle doit être « toilettée » interdit les évolutions et les coopérations entre professionnels de santé. En particulier, en mon sens, aucune des expérimentations actuellement en cours ne nécessite, dans le cadre de sa généralisation, une modification législative.

Par ailleurs, la question des missions ne peut être traitée de la même manière pour des

professions pour lesquelles le champ anatomique ou pathologique est clairement déterminé (chirurgiens-dentistes, sages-femmes, pédicures-podologues) et d'autres pour lesquelles ce n'est pas le cas (infirmières).

Enfin, cette notion de mission ne peut qu'accroître considérablement l'insécurité juridique, le professionnel de santé ne sachant pas si l'acte qu'il accomplit est ou non pénalement répréhensible au titre de l'exercice illégal. Le patient, par ailleurs, doit disposer d'informations claires et précises sur le champ de compétence du professionnel auquel il s'adresse.

Une fois encore l'arrêté du 6 janvier 1962 ne précise pas la définition de l'exercice illégal de la médecine mais en est une des deux branches. Exerce illégalement la médecine, celui qui accomplit des actes de diagnostic ou de soins ou encore celui qui accomplit un acte contraire aux dispositions de l'arrêté ».

L'évolution des normativités ?

Plusieurs types de normes contribuent, aujourd'hui, à l'encadrement des tâches des professions de santé : la loi, les normes réglementaires, notamment les décrets d'actes et les règles déontologiques (professions médicales, et notamment profession de sage-femme, mais également, professions d'infirmiers et infirmières, masseur kinésithérapeute et pédicure podologue), les recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité de Santé (ensemble des professionnels de santé en ce qui concerne l'information du patient, certaines interventions des ostéopathes, notamment)¹³².

Il va de soi, en effet, que le mode de redéfinition proposé ne peut qu'augmenter l'importance de la loi en la matière. Cependant, puisqu'il s'agit, dans cette perspective, de donner d'avantage de souplesse au système actuel afin de favoriser les « nouvelles formes de coopération entre professions de santé », l'importance de l'intervention légale en la matière n'aura qu'un temps, les normes d'application ne perdant rien de leur importance.

De ce dernier point de vue, le système proposé implique une perte d'importance des « décrets d'actes », même s'il ne signifie pas forcément leur disparition. Cependant, si les listes d'actes incluses dans les décrets ne sont plus, pour certaines professions, limitatives, ces décrets perdront, *ipso facto*, de leur importance.

D'autres normes réglementaires pourront, cependant, prendre le relais : les codes de déontologie. Il en est ainsi, en effet, à l'heure actuelle, en ce qui concerne la profession de sage-femme, dont le code contient des règles relatives à la « coopération » entre ces professionnels et les médecins.

Il en est de même des recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de Santé, comme c'est actuellement le cas à propos de certains actes possibles pour les ostéopathes.

Il en sera de même, également, des professionnels eux-mêmes, qui gagneront un certain nombre de marges d'initiative dans leur exercice professionnel (d'autant plus si certaines listes d'actes sont, à l'instar de celle de la profession de sage-femme aujourd'hui, non limitatives) et pourront même, pour certains d'entre eux l'organiser sous forme de protocoles. Une place particulière doit être faite, ici, à l'Académie de médecine. Son rôle est, en effet, aujourd'hui central, puisque toute évolution de l'arrêté de 1962 ainsi que des décrets d'actes nécessitent de recueillir son avis. Or, le recul de ce mode de régulation implique le recul de l'importance de ces avis. Il serait, toutefois, tout à fait possible de conserver cette place en réintroduisant la nécessité de cet avis dans les dispositions réglementaires.

¹³² Sans compter les règles de l'assurance maladie pour la cotation ou le remboursement des actes, qui peuvent avoir une influence considérable en ce qui concerne la réalité de leur exécution. Or, la redéfinition des professions que nous proposons implique une évolution dans l'articulation de ces différentes normativités, cf. annexe n°0.

Des champs communs à différentes professions

La réorganisation envisagée implique également l'apparition éventuelle de champs communs à différentes professions.

Une telle configuration ne constitue pourtant pas une nouveauté. Il existe, en effet, aujourd'hui un certain nombre d'activités pouvant être exercées par des professionnels appartenant à des professions différentes. Il en est ainsi, notamment, de l'activité des directeurs de laboratoires d'analyses de biologie médicale, qui peuvent appartenir aux professions de médecin, pharmacien ou vétérinaire¹³³. Il en est de même, à propos de l'activité d'ostéopathe, des médecins, sages-femmes, masseurs-kinésithérapeutes, infirmiers, ou de personnes titulaires de certains diplômes¹³⁴. Il en est également ainsi des médecins et des sages-femmes en cas d'accouchement eutocique¹³⁵. Il en est de même ce qui concerne les médecins et pharmaciens à propos de la propharmacie¹³⁶. Il en est de même, enfin, pour les médecins à propos de l'activité de l'ensemble des autres professions de santé, cette logique découlant directement de la construction du système telle que nous l'avons analysée¹³⁷.

Terminons en soulignant que l'une des conséquences impliquée par la redéfinition des professions sur le modèle proposé - certaines missions pouvant donc être communes à différentes professions -, résiderait dans la possibilité d'entrer dans le système de soins par un professionnel autre qu'un membre d'une « profession médicale ».

Repenser les missions et les tâches en fonction de l'expérience et du contexte professionnels

Nous avons souligné, dans les analyses précédentes, les liens existants (et qui doivent sans doute perdurer) entre les possibilités d'intervention des professionnels et les contextes d'exercice, vocable sous lequel nous avons regroupé les contextes organisationnels ainsi que les qualifications particulières, en soulignant que ces logiques d'organisation des tâches étaient transversales.

Dans cette perspective, une des pistes connexes à la réflexion que nous menons ici réside dans la prise en compte, dans le cadre de la distribution des possibilités d'intervention des professionnels, de l'expérience de ces derniers dans le cadre même de leur profession. On pourrait ainsi, par exemple, imaginer un système progressif dans la reconnaissance des possibilités d'action des professionnels, un professionnel franchissant certaines étapes qui, à

¹³³ Article L. 6221-1 : « Les directeurs et directeurs adjoints de laboratoire doivent être titulaires de l'un des titres ou diplômes permettant l'exercice de la médecine, de la pharmacie ou de l'art vétérinaire, être inscrits au tableau de l'ordre professionnel dont ils relèvent et avoir reçu une formation spécialisée dont la nature et les modalités sont fixées par décret ».

¹³⁴ Cf. *supra*, I.5.0.—.

¹³⁵ Cf. *supra*, I.5.0.—.

¹³⁶ Article L. 4211-3 : « Les médecins établis dans une commune dépourvue d'officine de pharmacie ou dans une commune qui n'est pas desservie par une pharmacie dans les conditions prévues à l'article L. 5125-12 peuvent être autorisés par le représentant de l'Etat dans le département, après avis du directeur régional des affaires sanitaires et sociales, à avoir chez eux un dépôt de médicaments, et à délivrer aux personnes auxquelles ils donnent leurs soins, les médicaments remboursables et non remboursables, ainsi que les dispositifs médicaux nécessaires à la poursuite du traitement qu'ils ont prescrit, selon une liste établie par le ministre chargé de la santé, après avis du Conseil national de l'ordre des médecins, et du Conseil national de l'ordre des pharmaciens. Cette autorisation ne doit être accordée que lorsque l'intérêt de la santé publique l'exige. / Elle mentionne les localités dans lesquelles la délivrance des médicaments au domicile du malade est également autorisée. / Elle est retirée dès qu'une officine de pharmacie est créée dans une des communes mentionnées dans l'autorisation. / Les médecins bénéficiant d'une autorisation d'exercer la propharmacie sont soumis à toutes les obligations législatives et réglementaires incombant aux pharmaciens. / Ils ne peuvent en aucun cas avoir une officine ouverte au public. Ils doivent ne délivrer que les médicaments prescrits par eux au cours de leur consultation ».

¹³⁷ Cf. notamment, *supra*, I.9.

chaque fois, lui permettraient d'accomplir un certain nombre de tâches (étudiant, étudiant avancé, professionnel débutant, professionnel confirmé, professionnel disposant de compétences particulières, par exemple).

Un tel modèle n'est pas sans rappeler celui qui s'applique en ce qui concerne la formation des médecins.

D'autres implications doivent, cependant, être déclinées en ce qui concerne le droit de la sécurité sociale.

— *Droit de la sécurité sociale*

Celles-ci sont au nombre de deux : la définition, et la revalorisation des actes.

La définition des actes dans la Nomenclature des Actes Professionnels (NGAP), et à terme dans la Classification commune des Actes médicaux (CCAM)

Jusqu'à aujourd'hui, les tarifs des prestations effectuées par les professionnels de santé sont fixés par les conventions nationales à partir d'une liste d'actes élaborée selon la procédure prévue à l'article L. 162-1-7 du Code de la sécurité sociale¹³⁸. Cette liste, appelée Nomenclature générale des actes professionnels (NGAP) et publiée par la voie d'un arrêté ministériel, décrit, selon la nature de l'acte et pour chacune des professions, une hiérarchie des actes et fixe des cotations à partir desquels les conventions nationales définissent une lettre clé tarifaire et un coefficient¹³⁹.

A terme, la NGAP doit être remplacée par la Classification commune des actes médicaux (CCAM). Or, cette nouvelle classification repose sur une approche bien différente de classement des actes puisqu'elle a pour objet d'attribuer un nombre de points à un geste médical, la valeur du point étant la même dans toutes les spécialités. Il s'agit, en fait, d'obtenir, à terme bien sûr, des libellés communs d'actes, qu'il s'agisse d'actes effectués dans le secteur libéral ou dans les établissements de santé. Cette nouvelle codification des actes devrait en outre affecter la hiérarchisation des actes

On peut même penser, dans cette perspective, qu'à terme la CCAM ne devrait plus permettre de différence de prix pour un même acte technique, le type de professionnel qui l'exécute n'étant pas le critère de détermination de sa technicité.

Une revalorisation des actes ?

Une réflexion sur le système de tarification des actes doit également être introduite dès lors que l'on demande aux professionnels de santé d'exécuter de nouvelles tâches. Trois cas de figure sont alors envisageables.

Soit on maintient le système en vigueur et les partenaires conventionnels vont devoir négocier la tarification des nouveaux actes qui entrent dans leur champ de compétence. Des rémunérations supplémentaires ou l'augmentation des lettres-clés, sans remise en cause de

¹³⁸ Pour les frais d'hospitalisation dans les établissements de santé, cette liste est élaborée conformément à l'article L. 162-22-6 du CSS ; V. également, l'article R. 162-52 du CSS.

¹³⁹ On trouve ainsi dans les conventions nationales et dans les accords de bon usage des soins la détermination du tarif de l'acte.

la hiérarchisation des actes, sont largement imaginables en contrepartie d'objectifs de maîtrise médicalisée chiffrés.

Soit on prend acte de l'évolution de la Nomenclature des actes qui est en cours et les nouvelles formes de coopérations auront très certainement des conséquences fortes sur cette Nomenclature. Jusqu'à aujourd'hui, la Nomenclature Générale des Actes Professionnels était établie par profession et permettait d'affecter une lettre-clé aux différents actes effectués par le professionnel de santé. A terme, on prévoit d'introduire une Classification Commune des actes médicaux (CCAM) qui a pour objet de contenir des libellés communs d'actes entre le secteur public et le secteur privé et de refondre de manière globale les honoraires médicaux, refonte qui devrait affecter la hiérarchisation des actes. Les deux critères principaux de hiérarchisation des actes devraient en effet porter sur le travail médical mis en œuvre (et non plus le travail à l'acte) et les charges professionnelles (coût de la pratique professionnelle en cause). Ces scores de travail (stress, compétence technique, effort mental..) seront ensuite convertis en euros dans le cadre des négociations conventionnelles. Si, aujourd'hui, cette classification est en cours d'élaboration et n'est effective que pour les actes les plus techniques qui concernent essentiellement les médecins spécialistes, on peut très bien imaginer, à titre d'exemple, que les nouvelles prescriptions puissent faire partie des actes techniques à haute hiérarchisation qui donneront lieu à une valeur-clé de haut niveau pour tous les professionnels de santé. La technicité du droit de prescription pourrait déjà conduire les infirmières libérales à demander des rémunérations supplémentaires ou une hiérarchisation différentes des actes qu'elles exécutent. On peut même imaginer, qu'à terme, la CCAM ne permette plus de différence de tarification pour un même acte technique, le type de professionnel qui l'exécute n'étant plus le critère de détermination de sa technicité et donc de sa valeur.

Cette seconde possibilité de structuration des actes par la CCAM est cohérente avec la possibilité d'une entrée dans le système de soins non plus en fonction de la profession, mais en fonction de la mission envisagée et donc des compétences du professionnel concerné.

Cette seconde possibilité pose également question quant à la perpétuation d'une négociation conventionnelle par profession, qui pourrait conduire à une facturation différente du même acte selon les professions. La loi du 6 mars 2002 portant rénovation des rapports conventionnels a d'ailleurs créé d'autres cadres conventionnels que les seules conventions nationales en prévoyant la conclusion d'accords-cadres, véritables socles de principes communs aux professionnels de santé, ou encore les accords interprofessionnels qui pourraient encadrer l'intervention de plusieurs professionnels autour d'une même pathologie

La dernière piste consiste à envisager, pour tenir compte de nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé, de modifier les mécanismes de tarification des actes réalisés par les professionnels de santé. Le système retenu en Allemagne pourrait ici servir d'exemple pour renouveler notre système de tarification. L'Allemagne ne connaît, en effet, pas le tarif forfaitaire. La valeur monétaire de chaque consultation que réalise le médecin est déterminée en fonction des actes médicaux ou administratifs accomplis à cette occasion. La Nomenclature médicale indique la valeur, exprimée en points, de ces actes. Des suppléments forfaitaires sont, en outre, prévus pour la prise en charge des consommables ou des matériels à usage unique. Les consultations de prévention ou celles effectuées dans le cadre de prises en charges spécifiques (tel le diabète) font quant à elle l'objet d'une rémunération spécifique¹⁴⁰. Dans une telle perspective, il ne s'agirait plus de tarifier l'acte lui-même, mais l'ensemble des actes techniques et administratifs susceptibles d'être réalisés auprès du patient, ce indépendamment de la profession exercée par celui qui l'exécute. Une difficulté majeure se pose cependant à ce stade : un tel modèle conduirait à une modification profonde du système même de Nomenclature et même de la classification

¹⁴⁰ V. A. Vasselle et B. Cazeau, *Préserver la compétitivité du « site Allemagne » : les mutations de la protection sociale outre Rhin*, Les rapports du Sénat, n° 439, 2005-2006, spéc. p. 55.

commune des actes médicaux, dernière réforme en la matière, non encore achevée. Il semble, dès lors, que cette possibilité soit aujourd'hui politiquement peu réaliste.

— *Droit de la responsabilité*

Une couverture assurantielle plus proche des réalités professionnelles

Pour rester une activité couverte par une assurance responsabilité civile professionnelle, l'acte doit entrer dans le champ des compétences du professionnel et dans le cadre de la mission qui lui est dévolue à l'égard des patients.

A défaut, les termes du contrat d'assurance peuvent autoriser la compagnie d'assurance : soit à appliquer une franchise spécifique au titre du non respect de la réglementation en vigueur (lorsque cette franchise a été contractuellement organisée) ; soit à mettre en œuvre une clause d'exclusion de garantie au titre de l'exercice illégal d'une profession pour laquelle l'assuré n'est pas réputé couvert par le contrat d'assurance.

Dans ce contexte, si la définition des professions évolue, ces mécanismes permettront de faciliter leur appréhension par les compagnies d'assurance. Il convient en effet d'éviter le risque de voir un surcoût assurantiel éventuel devoir être supporté aussi bien par le professionnel de santé organisant la coopération que par l'établissement de santé responsable hiérarchiquement de l'acteur de santé participant à cette coopération. Une contractualisation accrue et une protocolisation des responsabilités respectives, associant la profession assurantielle, peuvent apparaître nécessaires.

En tout état de cause, il appartient à l'assuré, en application du code des assurances, de déclarer l'étendue de son risque professionnel. La garantie n'est due par la compagnie que sur l'activité que l'assuré a déclaré exercer. Aussi, les éventuelles coopérations engagées devront-elles faire l'objet de déclarations auprès des compagnies d'assurance des acteurs de santé concernés.

Les garanties quant à l'impact des coopérations en termes de charges assurantielles

L'organisation d'une coopération entre professions de santé devra garantir une maîtrise du risque propre à éviter tout impact assurantiel. Le raisonnement renvoie aux coopérations inter-hospitalières (réseaux, groupements de coopération sanitaire, etc.) qui ne sont pas décrites comme étant à l'origine de surcoûts assurantiels.

L'analyse est variable selon le statut de l'établissement hospitalier :

Dans le cadre d'un exercice statutaire (hospitalisation publique notamment), l'établissement de santé restera en charge des dommages du fait de l'activité du personnel médical et paramédical. La coopération entre professions de santé devra s'organiser de manière à ne pas accroître la responsabilité encourue du fait du défaut d'organisation et de fonctionnement du service. Ce type de coopération, organisée et encadrée, ne légitime pas plus un surcoût assurantiel dans le cadre des contrats personnels des médicaux et paramédicaux couvrant l'hypothèse de faute détachable du service. Rappelons, en outre, que la clause de défense recours est liée à la garantie d'assurance responsabilité civile médicale correspondante, notamment au pénal et pour l'engagement de la responsabilité personnelle du soignant.

Dans le cadre de l'exercice libéral et salarié (hospitalisation privée, cabinet libéral de ville ou hospitalisation à domicile), outre la responsabilité encourue par l'établissement de santé du fait du défaut d'organisation et de fonctionnement du service, l'activité libérale des médecins engage leur responsabilité (donc leur propre assurance) dans le cadre de la gestion de

l'équipe de soins. Il convient donc de s'assurer des conditions de maîtrise du risque dans les coopérations entre professions de santé de façon à ce qu'aucun surcoût ne pèsent, ni alternativement, encore moins cumulativement, sur la charge d'assurance du médecin organisant la coopération ou de la clinique du fait des paramédicaux préposés participant à cette coopération¹⁴¹. Rappelons que les soignants peuvent être salariés de l'établissement de santé mais également d'un médecin ou d'une société d'exercice libéral (SEL). C'est alors la garantie d'assurance de ce médecin ou de cette SEL qui couvre la garantie professionnelle du salarié.

Ajoutons, pour conclure, que la limite de l'intervention des professionnels renvoie à leur appréciation des conditions légales de leur intervention et l'engagement de leurs responsabilités respectives ne saurait reposer sur une telle appréciation subjective. Aussi l'encadrement des pratiques de coopération entre professions de santé par des normes et recommandations de bonnes pratiques peut-il valider ces pratiques et maîtriser en amont les risques systémiques qui s'y rattachent.

III. CONCLUSION : COHERENCES

La conclusion de cette partie relative au modèle d'organisation des interventions professionnelles prendra la forme de la mise en évidence d'un certain nombre de lignes de cohérence entre les options adoptées, et d'autres évolutions du système de santé.

Il en est ainsi de sa cohérence internationale, puisque nombre d'États (Grande-Bretagne, Suède, Ontario et le Québec) choisissent, depuis quelques années, de s'orienter vers une définition des professions centrée sur les missions, et non sur les actes¹⁴².

Il en est également ainsi du rapprochement avec les réflexions menées depuis quelques années à propos de l'intégration, dans l'exercice des professions, de mécanismes renvoyant à la compétence des professionnels, ne se contentant plus de leur permettre d'intervenir sur le seul fondement de leur diplôme (évaluation des pratiques professionnelles, accréditation, suspension administrative, formation continue, changement de qualification, nouvelle procédure d'autorisation, ou encore, dans la même veine, validation des acquis de l'expérience¹⁴³)¹⁴⁴.

Il en est également ainsi, et dans le même registre, du second enjeu relevé par l'HAS à propos des expérimentations actuellement menées relatives aux coopérations professionnelles, à savoir « l'attractivité des professions, par la reconnaissance de leurs compétences réelles, l'amélioration de leurs conditions de travail et une possibilité d'évolution des carrières dans le soin »¹⁴⁵.

L'option retenue est cohérente, en outre, avec l'idée de la réorganisation du « parcours de soins » des patients. Il est en effet possible, dans le modèle proposé, d'entrer dans le système de santé par un professionnel autre que membre d'une « profession médicale ». La logique habituelle du parcours du patient relativement à ses interlocuteurs professionnels est donc inversée : il ne s'agit pas, comme dans le modèle habituel, de rencontrer, en première

¹⁴¹ Inspection générale des affaires sociales (IGAS), Rapport sur "L'assurance en responsabilité civile médicale", La Documentation Française, février 2007

¹⁴² Cf. *supra*, I.

¹⁴³ Cf. annexe n°0.

¹⁴⁴ Cf., sur cette question notamment, Y. Matillon, *Modalités et conditions d'évaluation des compétences professionnelles des métiers de la santé*, Rapport au Ministre de l'éducation et au Ministre de la santé, mars 2003.

¹⁴⁵ HAS, rapport précité page 20.

intention, un médecin, qui peut éventuellement renvoyer le patient vers un auxiliaire médical ; il s'agit également de permettre de rencontrer, en première intention, un professionnel autre que le médecin - à l'instar, aujourd'hui, dans certaines hypothèses, des sages-femmes, des ostéopathes ou des pédicures podologues -, qui pourra ou devra, selon les cas, renvoyer à un médecin ou, *a minima*, l'informer de ses interventions pour en permettre un contrôle.

Elle est cohérente, enfin, avec certaines évolutions récentes du droit de la sécurité sociale. Ainsi, l'article L. 162-12-2 du Code de la sécurité sociale prévoit, que la convention qui lie les infirmiers aux organismes d'assurance maladie peut fixer « le cas échéant, les *modes de rémunération, autres que le paiement à l'acte*, des activités de soins ainsi que les modes de rémunération des activités non curatives des infirmiers »¹⁴⁶, rompant ainsi, en ce qui concerne la prise en charge des prestations réalisées par ces professionnels, avec la seule référence aux actes professionnels.

Toujours en ce qui concerne les rapports entre les professionnels et les organismes d'assurance-maladie, les parties conventionnelles disposent également du pouvoir de négocier et de fixer les tarifs des prestations, ainsi que du pouvoir de prévoir des rémunérations spécifiques liées à certaines prises en charge. Dans ce contexte, la dernière convention conclue entre les médecins libéraux et l'UNCAM en 2005¹⁴⁷, fixe, non seulement les tarifs des actes inscrits dans la Nomenclature, mais prévoit également des rémunérations forfaitaires supplémentaires liées à la création du parcours de soins coordonnés (rémunération spécifique pour les patients atteints d'une affection de longue durée, majoration de coordination, consultation pour avis ponctuel d'un autre médecin...) ¹⁴⁸. On s'éloigne, ici encore, du système du « paiement à l'acte ».

Nous procédons, à présent, à la synthèse des orientations proposées.

¹⁴⁶ C'est nous qui soulignons.

¹⁴⁷ Convention conclue le 12 janvier 2005, approuvée par arrêté du 3 février 2005, J.O. du 11 février 2005.

¹⁴⁸ Sur ces points, Cf.. I. Vacarie, Les tensions entre droit de la santé et droit de la sécurité sociale, RDSS, 2005, n° 6, p. 904 et s.

SYNTHESE DES ORIENTATIONS

Rappelons que, selon la mission confiée au groupe par la Haute Autorité de Santé, celui-ci devait analyser, notamment, « la question de « l'opportunité des décrets d'actes », des perspectives impliquées par une réflexion sur les « nouvelles formes » de coopération, ainsi que des objectifs sous-jacents de « revalorisation » des professions d'auxiliaires médicaux, l'ensemble de ces objectifs impliquant une réflexion quant aux vocables utilisés »¹⁴⁹.

Dans cette perspective, les développements qui précèdent nous amènent à synthétiser les orientations retenues dans les propositions suivantes.

I. VOCABULAIRE

- Ne pas confondre compétence et qualification
 - La qualification correspond à une aptitude juridique résultant de la possession d'un diplôme ou d'un titre équivalent
 - La compétence renvoie à une combinaison de « savoir, savoir-faire et savoir-être » en situation
- Eviter les vocables de délégation et de transfert des tâches et/ou actes professionnels
- Utiliser l'expression « nouvelles formes de coopération entre professions de santé »

II. ORGANISATION DES PROFESSIONS

- Sensibiliser les professionnels au fait que l'acceptation d'un « transfert » ou d'une « délégation » de compétence non organisé par la loi constitue un exercice illégal de la profession à laquelle appartient le « délégant »
- Faire évoluer les modes de définition des professions
 - Redéfinir des professions d'auxiliaires médicaux principalement en référence à un double critère : leurs missions et les limites de ces dernières
 - Sortir, corrélativement, du système actuel de définition des professions d'auxiliaires médicaux dans les « décrets d'actes », dans lequel la référence aux actes est la condition exclusive de l'intervention des auxiliaires médicaux sur le corps des patients
 - Ne pas exclure, par principe, la référence aux actes professionnels, en tant qu'ils permettent de préciser les missions et limites définissant les professions
 - Retenir, en résumé, un système de définition « hybride » des professions
- Admettre les chevauchements de compétences, qui permettent l'entrée dans le système de soins par différentes professions
- Supprimer l'arrêté du 6 janvier 1962, et la référence à ce dernier dans la définition de l'exercice illégal de la médecine (article L. 4161-1 CSP)

¹⁴⁹ Introduction du rapport, Délégation, transfert, nouveaux métiers... Conditions des nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé, préc., n°II.3.1, 23.

- Supprimer du premier alinéa la formule : « ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine »
- Modifier le second alinéa en remplaçant la formule « dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale de médecine, les actes professionnels dont la liste est établie par ce même décret », par la formule « leurs missions professionnelles dans les conditions définies par la loi »¹⁵⁰
- Sensibiliser les professionnels au fait qu'ils seront susceptibles, en raison des propositions effectuées, de voir leur responsabilité engagée s'ils outrepassent leurs missions

III. SUIVI

- Organiser un « comité de suivi » relatif aux « nouvelles formes de coopération entre les professions de santé ».

¹⁵⁰ Les alinéas 1 et 2 de l'article L. 4161-1 seraient donc rédigés comme suit :

alinéa 1 : « Exerce illégalement la médecine : 1° Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L. 4131-1 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin (...) »

alinéa 2 : « Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux étudiants en médecine ni aux sages-femmes, ni aux infirmiers ou gardes-malades qui agissent comme aides d'un médecin ou que celui-ci place auprès de ses malades, ni aux personnes qui accomplissent leurs missions professionnelles dans les conditions déterminées par la loi »

ANNEXE 1

LE DROIT PENAL - BRUNO PY

HAS- Bruno Py – Maître-de-Conférences de droit privé – Nancy Université – avril 2007

Titre professionnel et aspects de Droit pénal

1) *Le titre professionnel et le corps du soigné*

1-1) *Le titre professionnel : condition de licéité de l'acte de soins*

1-2) *Le titre professionnel : délimitation des missions de soins*

1-3) *Le titre professionnel : protection de la confiance publique*

2) *Le titre professionnel et l'information du ou sur le soigné*

2-1) *Le titre professionnel : condition de licéité de l'information du soigné*

2-2) *Le titre professionnel : condition de licéité du partage du secret professionnel*

2-3) *Le titre professionnel : condition d'accès au Dossier médical personnel*

Introduction : définitions - compétence - titre

La compétence pour soigner. Sur le plan juridique, la compétence c'est l'ensemble des pouvoirs attribués par le droit à un individu ou une institution. La compétence est alors une qualité qui découle des textes autorisant une personne à effectuer tel ou tel acte. Celui qui est juridiquement compétent a le droit, l'autorisation, la permission de réaliser l'activité pour laquelle il est habilité. (Gérard Cornu, Vocabulaire Juridique, PUF 1992, p.165).

Le titre une permission légale de soigner. L'acte de soin est le plus souvent un acte d'agression contre l'intégrité corporelle, au sens où il consiste à attenter au corps humain par un moyen physique ou chimique. Le mécanisme juridique qui explique qu'un soignant n'est qu'exceptionnellement un délinquant est celui des faits justificatifs. Les faits justificatifs sont des circonstances objectives, indépendantes de la psychologie du délinquant, qui désarment la réaction sociale contre l'infraction pénale, et qui imposent des dérogations spéciales à l'application des textes répressifs généraux. Le concept de fait justificatif prend sa source dans le nouveau Code pénal au sein "*des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité*" dans l'article 122-4, qui définit des circonstances exceptionnelles dans lesquelles il n'y a pas de répression, malgré les apparences d'infraction. "*N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal*" (art.122-4 N.C.pén.).

I. LE TITRE PROFESSIONNEL ET LE CORPS DU SOIGNE

I.1. Le titre professionnel : condition de licéité de l'acte de soins

Le permis de soigner est un permis de blesser. L'ensemble des lois qui organisent les professions de santé et les actes de soins dessinent un cadre juridique au sein duquel un praticien est autorisé à pratiquer des gestes « agressifs », attentatoires à l'intégrité corporelle. La première des conditions pour bénéficier du fait justificatif de permission de la loi est de respecter les

conditions légales d'exercice de la médecine. Le non-respect de ces conditions est punissable doublement : en premier lieu, en tant que délit d'exercice illégal ; en second lieu, par ses conséquences constitutives d'infractions d'atteintes à l'intégrité du corps humain, non justifiées. En effet, la société prohibe toutes les atteintes au corps humain. Par dérogation, elle autorise certains citoyens à pratiquer des actes qui pourraient être qualifiés d'infractions dans un autre contexte. Dans la mesure où les actes médicaux peuvent pour la plupart recevoir une qualification pénale d'infraction volontaire, il faut être légalement titulaire du "permis de soigner", pour pouvoir invoquer le bénéfice du système dérogatoire. L'obtention de ce "permis de soigner" entraîne le droit de commettre des blessures pour soigner. Il s'agit alors tacitement d'un "permis de blesser". Seuls les diplômés, inscrits au tableau de l'Ordre peuvent juridiquement, exercer le "droit de soigner". Les autres l'exercent illégalement et sont juridiquement responsables de toutes les conséquences de leurs actes.

I.2. Le titre professionnel : délimitation des missions de soins

La répression de l'exercice illégal de la médecine par un professionnel de santé. En matière d'exercice illégal de la médecine, si chacun pense naturellement aux empiriques (Guérisseurs, charlatans, rebouteux etc...), il ne faut pas écarter l'idée que ce soient des professionnels de la santé non-médecins qui puissent outrepasser leur rôle pour empiéter sur le monopole des médecins. Il existe ainsi des traces de longs combats menés par le corps médical pour préserver ses prérogatives légales. Les recueils de jurisprudence gardent trace d'opticiens (Cass.crim. 22 février 1990, n° 89-82.728), de masseurs kinésithérapeutes (Cass.crim 5 avril 1995, n° 94-80.938) ou de chirurgiens-dentistes (Cass.crim. 21 sept. 2004, n° 04-80.056) ayant été condamnés sur ce fondement. Il a aussi été jugé qu'un médecin qui délègue à une infirmière et à une aide-soignante, en toute autonomie, des actes de rééducation abdominale et périnéo-sphinctérienne relevant de la compétence médicale, se rend complice d'exercice illégal de la médecine (Cass.crim. 13 mai 2003, n°02-84.037). Enfin, il faut noter que la loi du 6 août 2002 exclut du bénéfice de l'amnistie le délit d'exercice illégal de la médecine (Cass.crim., 2 juin 2004, n° 03-87509).

Sont incriminés dans le Code de la santé publique l'exercice illégal des professions de conseiller en génétique médicale(L.1133-8), de pharmacien (L.4223-1), de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme (L.4161-5), de préparateur en pharmacie (L.4243-1), d'infirmier (L.4314-4), de masseur-kinésithérapeute, de pédicure-podologue, (L.4323-4), d'ergothérapeute ou de psychomotricien (L.4334-1), d'orthophoniste ou d'orthoptiste (L.4344-4), de manipulateur d'électroradiologie médicale (L.4353-1), d'audioprothésiste, d'opticien-lunetier, de prothésiste ou d'orthésiste (L.4363-1), de diététicien (L.4372-1), de directeur ou de directeur adjoint de laboratoire d'analyses de biologie médicale (L.6222-1). Les personnes morales peuvent commettre lesdites infractions.

I.3. Le titre professionnel : protection de la confiance publique

Un modèle : la répression de l'usurpation du titre de Docteur en médecine. Le fait de se livrer à l'exercice de la médecine ou de la chirurgie dentaire sans être titulaire du diplôme français d'Etat de docteur en médecine ou en chirurgie dentaire et en faisant précéder ou suivre son nom du titre de docteur sans en indiquer la nature ou sans préciser qu'il s'agit d'un titre étranger ou d'un diplôme français d'université est considéré comme une usurpation du titre français de docteur en médecine ou en chirurgie dentaire. (C. santé publ., art. L.4162-1). Le délit d'usurpation du titre de Docteur en médecine est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende (C.pén. art. 433-17). Dans la plupart des cas les usurpateurs ne cherchent pas à accomplir d'acte médical, mais seulement à profiter de l'honorabilité de la profession. La presse relève souvent des cas d'hommes se faisant passer pour des médecins afin « d'ausculter » des candidates à un emploi.

(Un faux médecin du travail mis en examen pour agressions sexuelles à Nantes, AFP 29-04-05). Le délit d'usurpation peut se cumuler avec le délit d'escroquerie si il entraîne perception de fonds, (Cass.crim 8 février 1995,n°: 94-80.960).

Sont incriminés dans le Code de la santé publique l'usurpation du titre de conseiller en génétique médicale(L.1133-10), de pharmacien (L.4223-2), de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme (L.4162-1), de préparateur en pharmacie (L.4243-2), d'infirmier (L.4314-5), de masseur-kinésithérapeute, de gymnaste médical, de masseur, de pédicure-podologue, de pédicure, de podologue (L.4323-5), d'ergothérapeute ou de psychomotricien (L.4334-2), d'orthophoniste ou d'orthoptiste (L.4344-5), de manipulateur d'électroradiologie médicale (L.4353-2), d'audioprothésiste, d'opticien-lunetier, de prothésiste ou d'orthésiste (L.4363-3), de diététicien (L.4372-2), de directeur ou de directeur adjoint de laboratoire d'analyses de biologie médicale (L.6222-2). Les personnes morales peuvent commettre lesdites infractions.

II. LE TITRE PROFESSIONNEL ET L'INFORMATION DU OU SUR LE SOIGNE

II.1. Le titre professionnel : condition de licéité de l'information du soigné

Qui informe le malade ? Depuis la loi du 4 mars 2002, la mission d'information est légalement un devoir de chaque soignant

C.santé publ. Article L1111-2 (*Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, Loi n° 2004-810 du 13 août 2004, Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005*) « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé.(...) Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. (...) »

Un acte de soins « ordinaire » accompli sans le consentement du patient ne tombe pas sous le coup d'un texte répressif spécifique. Ce sont les infractions « classiques » d'atteintes à l'intégrité corporelle qui ont vocation à s'appliquer. Tout acte médical est « objectivement » une violence. Seuls les actes réalisés par un soignant compétent, avec le consentement libre et éclairé du patient, dans un but thérapeutique, en respectant certains critères de qualité est pénalement justifié et donc licite ; A défaut d'une de ces conditions : l'acte de soins tombe sous le coup de la loi pénale. Soigner quelqu'un sans son accord est pénalement une violence.

II.2. Le titre professionnel : condition de licéité du partage du secret professionnel

Les copartageants du secret. Depuis la loi du 4 mars 2002, le partage est licite avec tout soignant, quel que soit son titre, jouant un rôle utile dans la prise en charge du soigné. Un médecin extérieur à l'équipe ne détient pas, par son seul diplôme, la qualité de co-partageant du secret. Commet le délit de l'article 226-13 le pharmacien-biologiste qui délivre à un mari, au motif qu'il est médecin, les résultats positifs de test de séropositivité de sa femme (*CA Nîmes 23 avril 1996, Juris-Data n°030395*). Alors qu'un infirmier, un kinésithérapeute ou un diététicien, par exemple, pourront être mis dans la confiance s'ils jouent un rôle actif dans le suivi ou l'accompagnement d'un patient.

C.santé publ. Article L1110-4 (*Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 art. 3 Journal Officiel du 5 mars 2002, Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 art. 2 II Journal Officiel du 17 août 2004*)

« Toute personne prise en charge par **un professionnel**, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant.

Excepté dans les cas de dérogation, expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance **du professionnel de santé**, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tout professionnel de santé, ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé.

Deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent toutefois, sauf opposition de la personne dûment avertie, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible. Lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les informations la concernant sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe. (...)

Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la communication de ces informations en violation du présent article est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. (...). »

II.3. Le titre professionnel : condition d'accès au Dossier médical personnel (D.M.P.)

Le titre de professionnel de santé permet l'accès au DMP en lecture et en écriture. Tout accès illicite est un délit.

Code de la sécurité sociale Article L161-36-2 (*inséré par Loi n° 2004-810 du 13 août 2004*)

« Dans le respect des règles déontologiques qui lui sont applicables ainsi que des dispositions des articles L. 1110-4 et L. 1111-2 du code de la santé publique, et selon les modalités prévues à l'article L. 1111-8 du même code, **chaque professionnel de santé**, exerçant en ville ou en établissement de santé, quel que soit son mode d'exercice, reporte dans le dossier médical personnel, à l'occasion de chaque acte ou consultation, les éléments diagnostiques et thérapeutiques nécessaires à la coordination des soins de la personne prise en charge. En outre, à l'occasion du séjour d'un patient, **les professionnels de santé** habilités des établissements de santé reportent sur le dossier médical personnel les principaux éléments résumés relatifs à ce séjour. (...) »

Code de la sécurité sociale Article L161-36-2-2 (*inséré par Loi n° 2007-127 du 30 janvier 2007 art. 25 I*)

« I. - **Les professionnels de santé** accèdent au dossier médical personnel d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté, en présence d'une situation comportant un risque immédiat pour sa santé, sauf si cette personne avait auparavant manifesté son opposition expresse à ce que son dossier soit consulté ou alimenté dans une telle situation.

Le médecin régulateur du centre de réception et de régulation des appels d'aide médicale urgente mentionné à l'article L. 6112-5 du code de la santé publique qui reçoit un appel concernant une personne accède, sauf si cette personne avait auparavant manifesté son opposition expresse à ce que son dossier soit consulté dans une telle situation, au dossier médical personnel de celle-ci.

II. - Le **professionnel de santé** recueille, après avoir informé la personne concernée, son consentement pour qu'un autre **professionnel de santé** à qui il serait nécessaire de confier une partie de la prestation accède à son dossier médical personnel et l'alimente. »

Code de la sécurité sociale Article L161-36-3 (*Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 art. 3 I, Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 art. 88 V*)

L'accès au dossier médical personnel ne peut être exigé en dehors des cas prévus aux articles L. 161-36-2 et L. 161-36-2-1, même avec l'accord de la personne concernée. (...)

Le dossier médical personnel n'est pas accessible dans le cadre de la médecine du travail.

Tout manquement aux présentes dispositions donne lieu à l'application des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal.

ANNEXE 2

LE DROIT DE L'OUTRE MER - BRUNO PY

LA QUESTION SPECIFIQUE DES PROFESSIONS DE SANTE OUTRE-MER

Les collectivités françaises d'outre-mer présentent une grande diversité de situation géographique : elles sont situées dans trois océans différents (Atlantique, Pacifique, Indien), de la zone équatoriale à la zone polaire. Certaines s'étendent sur des superficies considérables avec une multitude d'îles éloignées les unes des autres. Sur le plan juridique, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 s'est donnée pour but de mettre fin à un grand éparpillement statutaire par une simplification des catégories de collectivités territoriales situées outre-mer. Néanmoins, l'ensemble des collectivités françaises d'outre-mer présente des particularismes factuels (1°) alors même que l'ensemble des collectivités françaises d'outre-mer n'est pas juridiquement homogène (2°).

I. L'ENSEMBLE DES COLLECTIVITES FRANÇAISES D'OUTRE-MER PRESENTE DES PARTICULARISMES FACTUELS

Globalement, l'outre-mer français se caractérise par une grande dispersion des territoires et une faible densité médicale et paramédicales. En conséquence, les professionnels de santé doivent faire face à des contraintes matérielles spécifiques. Il est facile d'imaginer les situations d'isolement que rencontrent quotidiennement les acteurs de terrain. Qu'il suffise d'évoquer les conditions de travail d'un infirmier, seul personnel de santé à plusieurs centaines de kilomètres de toute structure médicale (Marquises, Bélep, Mascareignes etc...).

Futuna (5 000 habitants) ne dispose que de trois médecins généralistes, d'un dentiste et d'une sage-femme diplômée d'Etat. En l'absence de gynécologue-obstétricien, la plupart des Futuniennes sont évacuées sur l'hôpital de Wallis, dix jours avant la date prévue de l'accouchement. En Polynésie, certaines îles (Gambier) ne disposant pas d'infirmier ou de sage-femme, des médecins généralistes et spécialistes tournent, même sur les îles qui n'ont pas d'aérodrome. ¹⁵¹ Pour tenter de répondre à ces particularismes, les représentants des hôpitaux de Wallis-et-Futuna, de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie se sont retrouvés, le 18 juillet 2007 pour la toute première réunion de la Fédération hospitalière régionale du Pacifique sud, qui s'est tenue à Nouméa.

L'éloignement des sites d'exercice est corroboré par un éloignement des centres de formation. Il existe ainsi par exemple 3 IFSI pour l'ensemble des Antilles et de la Guyane (800.000 habitants). L'essentiel du personnel soignant est donc le plus souvent composé d'extérieurs, dont les séjours professionnels sont généralement à durée déterminée. A cela il faut ajouter la diminution de l'offre de soins du service de santé des armées du fait de la disparition du service national (Loi n°97-1019 du 28 octobre 1997).

Les questions juridiques qui se posent sont alors de deux ordres. D'une part, comment les normes juridiques tiennent-elles compte de ces contextes particuliers ? (A), d'autre part, comment les règles de responsabilité s'appliqueraient-elles aux événements indésirables qui se produiraient, le cas échéant ? (B).

151 Les hôpitaux du Pacifique à deux vitesses, Coralie Cochin, Les nouvelles calédoniennes, 8 août 2007

I.1. Isolement du soignant et norme juridique

Dans l'hypothèse d'un non-médecin isolé, confronté à un danger qui menace une personne le concept d'état de nécessité justifierait pénalement l'infraction d'exercice illégal de la médecine qu'il commettrait en outrepassant ostensiblement ses compétences.¹⁵² L'infirmier pratiquant un geste chirurgical, le dentiste réalisant un accouchement, le kinésithérapeute prescrivant un médicament seraient pénalement impunissables en démontrant l'existence d'un état de nécessité.

En application de l'adage classique : « nécessité fait loi », le Droit pénal contemporain saurait tenir compte du soignant qui outrepasserait volontairement ses compétences juridiques telles que découlant des normes applicables pour parer un danger imminent. Les professionnels de la santé reconnaîtront derrière le mécanisme de l'état de nécessité, le principe de la raison proportionnée appelé aujourd'hui balance avantages/risques.¹⁵³

On ne pourra pas poursuivre pour exercice illégal de la médecine le non-médecin qui a pratiqué un massage cardiaque sur une personne en arrêt cardio-respiratoire parce que ces gestes sont proportionnels au risques (en l'occurrence risque de décès). Ce fondement juridique est celui qui justifie au quotidien l'action des secouristes et sauveteurs non-professionnels de santé.

On notera par ailleurs que les textes prévoient parfois spécifiquement cette hypothèse de l'urgence pour donner à titre exceptionnel à un professionnel paramédical le « droit » d'accomplir un acte médical. Ainsi en est-il du décret de compétence des infirmiers-ères.¹⁵⁴

Hors danger actuel ou imminent, deux autres mécanismes juridiques pourraient être invoqués dans le cas où l'impossibilité d'évacuation sanitaire ou d'arrivée de secours médicaux. Il s'agit de la contrainte¹⁵⁵ et du commandement de l'autorité légitime¹⁵⁶.

La contrainte suppose que l'individu n'ait pas eu la liberté de choix d'éviter l'infraction. Le commandement de l'autorité légitime suppose un ordre hiérarchique.

152 C. Pén., Article 122-7. N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.

153 Les juges " examinent la gravité de l'affection que le praticien entreprend de soigner et se demandent, si pour le malade, le mal qui peut résulter de l'intervention est moindre que celui qui résulterait de l'absence de cette dernière." DOMAGES Roger, Le corps humain dans le commerce juridique, Thèse Droit Paris 1956, p.88.

154 C. santé publ., Article R. 4311-14 En l'absence d'un médecin, l'infirmier ou l'infirmière est habilité, après avoir reconnu une situation comme relevant de l'urgence ou de la détresse psychologique, à mettre en oeuvre des protocoles de soins d'urgence, préalablement écrits, datés et signés par le médecin responsable. Dans ce cas, l'infirmier ou l'infirmière accomplit les actes conservatoires nécessaires jusqu'à l'intervention d'un médecin. Ces actes doivent obligatoirement faire l'objet de sa part d'un compte rendu écrit, daté, signé, remis au médecin et annexé au dossier du patient.

En cas d'urgence et en dehors de la mise en oeuvre du protocole, l'infirmier ou l'infirmière décide des gestes à pratiquer en attendant que puisse intervenir un médecin. Il prend toutes mesures en son pouvoir afin de diriger la personne vers la structure de soins la plus appropriée à son état.

155 C.pén., Article 122-2. N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister. □ □

156 C.pén., Article 122-4. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. □ N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal. □ □

I.2. Isolement du soignant et responsabilité

Sur le plan indemnitaire, les professionnels de santé outre-mer, en dehors des quelques centres urbains où exercent quelques libéraux, sont principalement des agents publics ou des salariés. D'où l'on peut déduire que l'éventuel contentieux portant sur la réparation des dommages causés par le fait qu'un professionnel de santé a dépassé ses compétences juridiques entraînerait indemnisation par l'assureur de l'employeur.¹⁵⁷

L'organisation de l'offre de soins, la prévention et la préparation des opérations de secours à personne sont des missions de l'Etat et des autorités publiques¹⁵⁸. Il pourrait donc être plaidé que l'absence de personnel de santé ou la présence d'un personnel non compétent matériellement à tel endroit du territoire national engage la responsabilité de l'Etat.

Sur le plan répressif, en cas d'accident ayant pour origine un acte d'un professionnel hors champ de sa compétence juridique, le principe de l'analyse « *in concreto* » imposerait au juge de comparer l'acte poursuivi avec l'acte qu'aurait accompli un autre professionnel placé dans l'exacte même situation. Autrement dit, la responsabilité pénale individuelle d'un soignant serait examinée au regard du contact qui était le sien. Un infirmier seul de nuit sur un îlot isolé n'est pas un infirmier de jour dans un service hospitalier...

A l'influence de ces particularismes factuels il faut ajouter des spécificités juridiques propres aux différentes collectivités concernées.

II. L'ENSEMBLE DES COLLECTIVITES FRANÇAISES D'OUTRE-MER N'EST PAS JURIDIQUEMENT HOMOGENE

La simplification des catégories de collectivités territoriales situées outre-mer opérée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 met fin à un grand éparpillement statutaire. Mais la révision constitutionnelle de 2003 n'élimine pas pour autant la diversité statutaire.¹⁵⁹ Jean-Yves Faberon identifie ainsi une dizaine de statuts possibles, pouvant rendre plus complexe encore le paysage institutionnel outre-mer. On distinguera les départements et les régions d'outre-mer, D.O.M.-R.O.M. (A) et les autres collectivités d'outre-mer (B).

II.1. La compétence juridique des soignants dans les D.O.M.-R.O.M.

Les DOM-ROM relèvent en principe du régime d'assimilation législative (cf. annexe), en vertu duquel les règles métropolitaines s'appliquent sauf à connaître des modalités particulières d'application liées aux spécificités locales.

¹⁵⁷ C. santé publ., art. L.1142-2 al.4 : « L'assurance des établissements, services et organismes mentionnés au premier alinéa couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical. »

¹⁵⁸ C.G.Coll.terr., Article L2212-4. En cas de danger grave ou imminent, tel que les accidents naturels prévus au 5° de l'article L. 2212-2, le maire prescrit l'exécution des mesures de sûreté exigées par les circonstances. □ Il informe d'urgence le représentant de l'Etat dans le département et lui fait connaître les mesures qu'il a prescrites.

¹⁵⁹ Jean-Yves Faberon, «L'outre-mer français - La nouvelle donne institutionnelle», Les Etudes de la Documentation française 2004

Comme exemple d'adaptation textuelle au contexte local on peut citer la dérogation explicite permettant aux infirmiers de procéder à des diagnostics par réalisation d'actes de biologie médicale.

Le Code de la santé publique prévoit expressément cette hypothèse sur l'ensemble du territoire national en ce qui concerne la lutte contre les maladies humaines transmises par l'intermédiaire d'insectes et constituant une menace pour la santé de la population. ¹⁶⁰ Le même Code vise spécialement les sites isolés, parmi lesquels les départements d'outre-mer. ¹⁶¹ C'est par ce raisonnement que le Ministère de la santé a récemment autorisé des non-médecins à réaliser des tests de détection antigénique du paludisme dans le département de la Guyane. ¹⁶²

II.2. La compétence juridique des soignants dans les autres collectivités d'outre-mer

Les collectivités d'outre-mer relèvent en principe du régime de spécialité législative (cf. annexe) en vertu duquel les règles métropolitaines ne sont pas applicables, sauf validation explicite. ¹⁶³

Ainsi par exemple, le statut de la Nouvelle Calédonie, lui donne-t-il compétence pour voter des « lois de pays », normes juridiques *sui generis*, pour réglementer plusieurs domaines dont la santé et le droit du travail. C'est pourquoi le Code de la santé publique n'y est pas globalement applicable et que les Ordres professionnels y connaissent une organisation particulière. ¹⁶⁴

Récemment, la commission permanente du Congrès de Nouvelle Calédonie vient d'adopter un projet de loi de pays instituant un statut cohérent des personnels soignant et créant un cadre territorial des psychologues. ¹⁶⁵

¹⁶⁰ C. santé publ., Article L3114-5 (Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 art. 72 / Journal Officiel du 17 août 2004) Un arrêté du ministre chargé de la santé établit et tient à jour la liste des départements où est constatée l'existence de conditions entraînant un risque de développement de maladies humaines transmises par l'intermédiaire d'insectes et constituant une menace pour la santé de la population. Dans ces départements, la définition des mesures de lutte nécessaires relève de la compétence de l'Etat.

Un décret, pris après avis du Conseil supérieur d'hygiène publique de France, détermine la nature des mesures susceptibles d'être prises pour faire obstacle à ce risque.

¹⁶¹ C. santé publ., Article L6211-8 (Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 art. 77 II, art. 80, art. 112 J.O. du 5 mars 2002) : 8° Dans les sites isolés des départements mentionnés à l'article L. 3114-5, éloignés de tout laboratoire d'analyses de biologie médicale public ou privé, les infirmiers ainsi que les personnels relevant de structures de soins ou de prévention qui, après avoir reçu une formation adaptée, effectuent, en vue du dépistage de certaines des maladies mentionnées audit article et qui présentent potentiellement un risque vital à court terme, des examens biologiques d'interprétation rapide dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat après avis de l'Académie nationale de médecine. La formation est délivrée par un organisme agréé ; son contenu et les modalités de validation des connaissances acquises sont définis par arrêté du ministre chargé de la santé.

¹⁶² Arrêté du 23 juillet 2007 relatif à la formation des personnes habilitées à réaliser des examens biologiques d'interprétation rapide pouvant être effectués dans les sites isolés du département de la Guyane. J.O n° 170 du 25 juillet 2007 page 12528.

Article 1 La formation des personnels mentionnés au 8° de l'article L. 6211-8 du code de la santé publique en vue de la réalisation des examens définis à l'article R. 6211-46 du code précité comprend un enseignement théorique et pratique sur les tests de détection antigénique du paludisme. L'organisation de cette formation est placée sous la responsabilité d'un directeur d'un institut de formation autorisé pour la formation d'une des professions de santé énumérées au livre III de la partie IV du code de la santé publique, en collaboration avec un médecin ou un pharmacien, biologiste.

¹⁶³ Du partage des compétences au partage de la souveraineté: des TOM au "pays d'outre-mer", PAGE Jeanne, Thèse Droit AIX (PONTIER J.-M.), 01/08/2000.

¹⁶⁴ Le droit médical en Nouvelle-Calédonie, G. Agniel, A. Leca et G. Orfila. SCEREN-CDP Nouvelle-Calédonie (Université), 2005

¹⁶⁵ Les Nouvelles calédoniennes, 30 juin 2007.

A Mayotte, les soignants non-titulaires des diplômes visés à l'article L.4311-3 du Code de la santé publique pour exercer la profession d'infirmier peuvent néanmoins être autorisés à travailler en vertu d'une autorisation d'exercer le profession d'infirmier délivrée par l'autorité administrative.¹⁶⁶

Conclusion. Toute modification des règles de Droit qui gouvernent la répartition des rôles respectifs des acteurs de santé dans l'offre de soin et donc de leurs compétences juridiques devrait absolument tenir compte des spécificités factuels et normatives propres aux collectivités ultra-marines.

Ce d'autant que la mobilité croissante des acteurs fait que les diplômes métropolitains (voire intra-communautaires ou même extra-comunautaires) sont de plus en plus souvent amenés à exercer outre-mer et réciproquement.

Annexe : Les statuts actuels des collectivités territoriales situées outre-mer

- «Les départements et les régions d'outre-mer» (DOM-ROM) : Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion □ Créés par la loi n° 46-451 du 19 mars 1946, les DOM-ROM relèvent en principe du régime d'assimilation législative (article 73 de la Constitution) : «les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités».

- «Les collectivités d'outre-mer» : Mayotte, Polynésie française, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, Wallis-et-Futuna □ Catégorie créée par la révision constitutionnelle de 2003, les collectivités d'outre-mer relèvent en principe du régime de spécialité législative (article 74 de la Constitution) : «les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République».

Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte. Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. □ Loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française. Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer (notamment statuts de Saint-Barthélemy et Saint-Martin) Loi n° 2007-224 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer . Loi n° 85-595 du 11 juin 1985 relative au statut de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon. Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer.

- La Nouvelle-Calédonie □ La Nouvelle-Calédonie constitue une collectivité *sui generis*, relevant du titre XIII de la Constitution. Son statut a été défini en 1999 sur la base de l'Accord de Nouméa de 1998. □ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. □ Loi n° 99-210 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

- Les Terres australes et antarctiques françaises (TAAF) □ Les TAAF ont la particularité de ne compter aucune population permanente. Le siège administratif du territoire est à Saint-Pierre (Réunion). □ > Loi n° 55-1052 du 6 août 1955 conférant l'autonomie administrative et financière aux Terres australes et antarctiques françaises.

¹⁶⁶ Décret n° 2007-769 du 10 mai 2007 modifiant le décret n° 2004-1526 du 30 décembre 2004 fixant les conditions d'intégration et de titularisation dans des cadres d'emplois de la fonction publique territoriale de certains agents publics de la collectivité départementale, des communes et des établissements publics administratifs de Mayotte et le décret n° 2004-1527 du 30 décembre 2004 portant statut particulier du cadre d'emplois des agents territoriaux de Mayotte, J.O. 109 du 11 mai 2007. « « Les infirmiers non titulaires de la collectivité départementale de Mayotte ne possédant pas un des diplômes, certificats ou titres mentionnés à l'article L. 4311-3 du code de la santé publique tel qu'il a été mis en application à Mayotte sont titularisés en application du présent décret sous réserve d'être titulaires d'une autorisation d'exercer la profession d'infirmier, selon les dispositions prévues par l'article L. 4311-4 de ce même code. »

ANNEXE 3

LE DROIT DE LA RESPONSABILITE - SABINE GIBERT

L'assurance responsabilité civile professionnelle et la notion de coopération entre professionnels de santé

L'obligation d'assurance

Les acteurs de santé sont soumis à l'obligation d'assurance de responsabilité civile médicale imposée par la loi du 4 mars 2002, modifiée par celle du 30 décembre 2002. Cette obligation est destinée à garantir leur responsabilité civile du fait des atteintes à la personne survenant dans le cadre de leur activité. L'obligation s'assurer corrélatrice opposable aux assureurs a conduit à la mise en place du bureau central de tarification (BCT) compétent en matière de responsabilité civile médicale. Entrent dans le champ de compétence du BCT « *les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, services de santé et organismes (...), et toute autre personne morale (...) exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé* »¹⁶⁷.

Les garanties d'assurance

L'assurance de responsabilité civile professionnelle garantit les dommages causés à des patients, notamment du fait d'erreurs, de fautes, de négligences commises dans l'exercice de la profession ou encore du fait d'un défaut dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier. Sont considérés comme assurés les préposés dont l'acteur de santé est civilement responsable.

En revanche, l'assurance ne couvre pas :

- Les actes prohibés par la profession ;
- Les dommages provenant de l'absence de qualification de l'assuré.

La question de l'assurabilité du transfert de tâches

Pour rester une activité couverte par une assurance responsabilité civile professionnelle, l'acte doit entrer dans le champ des compétences du professionnel et dans le cadre de la mission qui lui est dévolue à l'égard des patients. A défaut, les termes du contrat d'assurance peuvent autoriser la compagnie d'assurance à :

- Appliquer une franchise spécifique au titre du non respect de la réglementation en vigueur (lorsque cette franchise a été contractuellement organisée) ;
- Mettre en œuvre une clause d'exclusion de garantie au titre de l'exercice illégal d'une profession pour laquelle l'assuré n'est pas réputé couvert par le contrat d'assurance.

En ce sens, le principe d'omnivalence du diplôme de médecin connaît une acception particulièrement limitée au sein des contrats d'assurance professionnelle.

En effet, la couverture assurantielle du médecin est encadrée dans l'activité qu'il déclare à sa compagnie d'assurance dans le cadre du questionnaire d'assurance. En application du code des assurances, il appartient à l'assuré de déclarer l'étendue de son risque professionnel. La garantie n'est due par la compagnie que sur l'activité que l'assuré a déclaré exercer.

Si le professionnel est amené, dans des circonstances exceptionnelles, à accomplir un acte de soins en dehors du champ de sa couverture assurantielle, l'article L.1142-1-1 2° du code de la santé publique issu de la loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 (JO 31 décembre 2002) a

¹⁶⁷ Article L.1142-2 du code de la santé publique

organisé les conditions de la réparation des dommages éventuellement causés à l'occasion de cette activité : « *Sans préjudice des dispositions du septième alinéa de l'article L. 1142-17, ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale (...) Les dommages résultant de l'intervention, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins* ».

Les décrets dits "de compétence" pourront être amenés à évoluer. La solution proposée par le rapport « Transfert de Compétences » d'octobre 2003 (p.46) pourrait également être retenue afin d'éviter toute dérive d'interprétation en matière assurantielle : « *Les textes réglementaires devront plutôt s'attacher à décrire les contours des métiers dans leurs grands principes et à donner aux acteurs les moyens d'exercer leur profession pleinement en fonction d'une compétence acquise au travers d'une formation qui aura au préalable défini ses objectifs* ».

Sur le modèle du décret "ostéopathie", la compétence peut également être décrite négativement au titre des seuls actes interdits.

La responsabilité du fait des dommages causés à l'occasion d'un transfert de tâches

On peut initialement s'interroger sur la iatrogénie propre à la pratique du transfert de tâches. En effet, cette pratique, palliatif aux difficultés décrites en termes de démographie médicale, pourrait être interprétée par la profession assurantielle comme comportant des risques accrus en matière d'organisation et de fonctionnement des services hospitaliers.

Dans le cadre d'un transfert de tâches entre médicaux et paramédicaux au sein d'un établissement hospitalier, l'autorité fonctionnelle est attribuée au médecin au sein de l'équipe de soins alors que l'autorité hiérarchique est laissée à l'employeur au titre de la responsabilité du fait des préposés¹⁶⁸.

Aussi le cadre des responsabilités dévolues à chaque titulaire de l'autorité mérite-t-il d'être clairement défini. En effet, les tâches peuvent être déléguées par un à un soignant « *sous la responsabilité et la surveillance d'un médecin en mesure d'en contrôler l'exécution et d'intervenir immédiatement* ».

Les garanties assurantielles engagées pourront être décrites également sous l'angle d'autres pratiques de coopérations interprofessionnelles en cours d'expérimentation, ou sur le modèle d'une répartition inspirée des articles R.4311-4, R.4311-7, R.4311-9 et R.4311-10 du code de la santé publique : rôle propre (collaboration avec aides soignants, etc.), sur prescription médicale, sur prescription médicale à condition qu'un médecin puisse intervenir à tout moment, par participation à la mise en œuvre des techniques médicale.

En effet, l'engagement des garanties assurantielles dépend du lien juridique entre la personne qui accomplit l'acte et le déléguant. La délégation ne peut pas être générale. La proximité géographique est également en cause pour ce qui est de l'indépendance dans l'accomplissement de l'acte et, géographiquement, de l'accès à une compétence de recours.

La définition de l'acteurs supportant la charge assurantielle accrue liée à cette pratique

L'impact assurantiel du transfert de tâches sera variable selon le statut de l'établissement hospitalier :

- Dans le cadre d'un exercice statutaire (hospitalisation publique notamment), l'établissement de santé restera en charge des dommages du fait de l'activité du personnel médical et paramédical. Le transfert des tâches devra cependant s'organiser sans risquer d'ajouter à la responsabilité encourue du fait du défaut d'organisation et de fonctionnement du service. Il convient également d'apprécier la surcharge assurantielle éventuelle dans le cadre des contrats personnels des médicaux et paramédicaux couvrant l'hypothèse de faute détachable du service. La clause de défense recours est liée à la garantie d'assurance responsabilité civile médicale correspondante, notamment au pénal et pour l'engagement de la responsabilité personnelle du soignant.

¹⁶⁸ Article 1384 alinéa 5 du code civil et L.1142-2 alinéa 4 du code de la santé publique

- Dans le cadre de l'exercice libéral et salarié (hospitalisation privée notamment), outre la responsabilité encourue par l'établissement de santé du fait du défaut d'organisation et de fonctionnement du service, l'activité libérale des médecins engage leur responsabilité (donc leur propre assurance) dans le cadre de la gestion de l'équipe de soins. Il convient donc de s'assurer que les éventuels risques accrus qui seraient identifiés par les compagnies d'assurance du fait du transfert de tâche ne pèsent pas cumulativement sur la charge d'assurance du médecin déléguant et de la clinique du fait des paramédicaux préposés délégués dans les tâches transférées. Rappelons que les soignants peuvent être salariés de l'établissement de santé mais également d'un médecin ou d'une société d'exercice libéral (SEL). C'est alors la garantie d'assurance de ce médecin ou de cette SEL qui couvre la garantie professionnelle du salarié.

ANNEXE 4

LE DROIT FISCAL ET LE DROIT SOCIAL - FRANCISCO JORNET ET YANN DE KERGUENEC

Les nouvelles formes de coopération entre les professionnels de santé modifient l'exercice des professions de santé impliquées et par là peuvent entraîner une nécessité de modification des relations juridiques qui les lient.

Les modes de collaboration ne constituent pas en eux-mêmes une solution juridique permettant le transfert ou la délégation de compétences entre professionnels.

Mais les expérimentations qui ont été conduites dans le cadre prévu par l'article 131 de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique ont soulevé la question du mode de collaboration entre les professionnels délégants et les professionnels délégataires compte tenu du fait qu'il a pu être identifié un certain nombre de problématiques d'un transfert ou d'une délégation de compétences qui :

- L'unité de lieu : le rapport de l'ONDPS de juin 2006 sur les cinq expérimentations de coopération et de délégation de tâches entre professions de santé en fait le constat. « Conçue dans un lieu unique, la coopération entre professionnels est rendue d'autant plus efficiente ». Toutefois il n'est pas inconcevable qu'une délégation puisse s'effectuer sans unité de lieu mais ce sera au moyen de technologies suppléantes adaptées (télémédecine). Toutefois il faudra bien qu'un contexte médicalisé local soit offert au professionnel délégataire.
- L'organisation : le rapport de juin 2006 le constate également. « C'est aussi sur la formalisation des processus d'organisation (protocoles) que les efforts sont à faire [pour mettre en œuvre une pratique déléguée]. L'assouplissement des cadres juridiques réglementant les professions devra être compensé par des organisations du travail adaptées. »
- La formation : elle constitue un enjeu principal dans toutes démarches de délégation tant « l'apprentissage à une nouvelle organisation du travail et à l'exercice d'une nouvelle responsabilité prennent du temps et nécessitent la maîtrise de savoirs théoriques et pratiques ». La délégation nécessite donc un cadre organisationnel adapté à la formation.
- La rémunération : les expérimentations ayant été menées sans rémunération supplémentaire, la question ne s'est pas posée mais dans la perspective d'un développement des coopérations, cette problématique n'est pas étrangère au mode de collaboration choisi.

A partir de ces constats, il est possible de concevoir plusieurs modes juridiques de collaboration entre professionnels de santé. Le droit ne manque pas de tels dispositifs ! Il s'agit donc d'examiner la faisabilité d'une coopération entre professionnels de santé dans chacun de ces modes de coopération et d'en distinguer les avantages et les inconvénients. Dans certains cas, des évolutions législatives ou réglementaires pourront être nécessaires. (voir tableau joint en annexe)

Parmi ces différents modes de collaboration se distingue le contrat de travail qui apporte aux problématiques citées ci-dessus un certain nombre de réponses.

Le contrat de travail présente des atouts pour la coopération entre professionnels de santé.

Tout d'abord même s'il est nécessairement écrit (art. R4312-49 du CSP), il ne nécessite pas un formalisme juridique et administratif excessif au regard d'une délégation qui peut ne concerner qu'une seule tâche spécifique : pas de convention constitutive, pas de statuts, pas de considérations en terme de parts et d'associés, en terme de répartition d'un capital social, pas de question patrimoniale

Etablissant une relation juridique entre un employeur et un employé, il ne pose pas de problèmes de qualification juridique d'une structure telle qu'un établissement de santé par exemple et n'entraîne donc pas toutes les conséquences afférentes en terme d'obligations de santé publique.

Le contrat de travail peut avoir une durée déterminée ou prévoir un emploi à temps partiel ce qui peut, avec souplesse, s'adapter aux nécessités des professionnels de santé concernés par une délégation ne portant que sur un nombre limité d'actes.

Dans ce cadre est garanti, par une clause faisant référence au code de la santé publique (par exemple pour les infirmières salariées selon l'article R4312-49), le fait que ce salariat n'enlève rien aux devoirs professionnels. La couverture par la responsabilité civile médicale du médecin employeur est prévue.

La facturation des actes à l'assurance maladie est prévue par la Convention médicale de février 2005 :

« Article 4.1.1.4 : Lorsque les actes sont effectués par un auxiliaire médical, salarié d'un médecin :

- les feuilles de soins ou les supports, sur lesquels sont portés les actes, doivent permettre l'identification nominale et codée du médecin employeur, suivie de l'identification de l'auxiliaire médical ;
- l'auxiliaire médical atteste la prestation de l'acte et le médecin le paiement des honoraires ;
- la signature du médecin sur la feuille de soins ou tout autre support engage sa responsabilité sur l'application, par l'auxiliaire médical, des cotations de la nomenclature générale des actes professionnels et des tarifs en vigueur ainsi que du code correspondant. »

En revanche, le contrat de travail peut présenter quelques inconvénients au regard de la délégation de tâches à savoir principalement :

- l'attachement et éventuellement l'attractivité du statut libéral
- le lien de subordination de l'employé à l'égard de l'employeur
- le fait que la délégation ne peut concerner qu'une tâche et ne nécessite donc pas une subordination complète.
- les obligations du droit du travail et de la sécurité sociale mais également de la fiscalité s'imposant à l'employeur. Toutefois, à cet égard il n'est pas avéré que les obligations du droit de la sécurité sociale et de la fiscalité afférentes à l'exercice libéral soient moins contraignantes et rendent moins faisables la coopération entre professionnels de santé.

En conclusion, il n'est pas possible d'identifier dans les modes juridiques de collaboration entre professionnels de santé de véritables sources de blocage à la mise en œuvre de coopérations permettant la délégation de tâches. La variété de ces modes juridiques constitue au contraire une garantie de souplesse puisque selon les contextes et les professions délégantes et délégataires tel ou tel mode pourra être choisi, les acteurs l'estimant le mieux adapté à leurs objectifs et au degré de collaboration souhaité.

Annexe

Les nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé : variété des modes juridiques de collaboration

Modes de coopération entre professionnels de santé	Faisabilité O/N	Avantages principaux	Inconvénients	Observations
Association loi 1901	oui	Simplicité et rapidité de constitution Adhésion de toute personne quel que soit son statut Personnalité morale de droit privé Souplesse de fonctionnement	Difficulté du contrôle en cas de versement de subventions	Evolutions législatives et réglementaires nécessaires Blocages Davantage adaptée pour le regroupement de professionnels libéraux
Société de moyens (SCM ou GIE)	oui	Mode de coopération déjà en œuvre entre professionnels de santé	Coopération limitée aux moyens Ne peut concerner que les PS à exercice libéral et exclut donc certaines professions	
Contrat de collaboration	non			La loi en faveur des PME n'envisage la collaboration libérale qu'au sein d'une même profession
Société d'exercice libéral	oui	Intégration forte car la société a pour objet l'exercice des professions concernées	Réticence des professions concernées à l'exercice conjoint dans une société de forme commerciale et problèmes de gouvernance	Absence de parution des décrets permettant les SEL interprofessionnelles
Contrat de travail entre professionnels de santé	oui	Faible formalisme juridique et administratif Permet la durée déterminée et le temps partiel	Lien de subordination Obligations du droit du travail	

			Permet de préciser les tâches déléguées Permet la couverture par la responsabilité civile médicale du médecin employeur Permet la facturation à l'assurance maladie	
Groupement de coopération sanitaire	oui	Peut regrouper des personnes physiques et morales de droit public et de droit privé Est l'outil juridique de coopération désormais préconisé par les pouvoirs publics	Complexité de constitution Approbation par l'ARH mais est-elle l'instance la plus adaptée dans tous les cas ?	
Etablissements publics de santé	oui	Salariat des médecins et des paramédicaux	Les statuts des personnels hospitaliers	
Etablissements privés de santé PSPH	oui	Salariat des médecins et des paramédicaux	Convention collective	
Etablissements privés de santé commerciaux	oui	Cadre préexistant des pratiques professionnelles	Exercices différents selon les professions Convention collective	

ANNEXE 5

LE DROIT DE LA SECURITE SOCIALE - ANNE-SOPHIE GINON

Incidences des nouvelles coopérations des professionnels de santé sur le droit de la sécurité sociale

L'hypothèse de nouvelles formes de coopération entre les professionnels de santé conduirait à modifier le paysage législatif et réglementaire consacré à l'exercice d'un certain nombre de professions de santé. Cette reconnaissance de nouvelles « compétences » ouvre quatre pistes de réflexion dans le droit de la sécurité sociale : la première porte sur les conséquences, pour le droit de la sécurité sociale, de la reconnaissance de nouvelles compétences, et ce à partir de l'exemple du droit de prescription qui a été récemment confié à certains professionnels de santé¹⁶⁹ (I). La deuxième évalue les nouveaux rapports tarifaires conventionnels qui pourraient se nouer entre les syndicats représentatifs des professions de santé et l'Union Nationale des Caisses d'Assurance Maladie (UNCAM) (II). La troisième présente, quant à elle, le parcours complexe que doit suivre la reconnaissance d'un acte dans le système d'assurance maladie (III). Enfin, le quatrième temps de l'analyse envisage les évolutions que pourrait produire la reconnaissance de nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé sur le système de tarification des actes (IV).

I. LES CONSEQUENCES DANS LE DROIT DE LA SECURITE SOCIALE DE LA RECONNAISSANCE DE NOUVELLES COMPETENCES : L'EXEMPLE DU DROIT DE PRESCRIPTION CONFIE AUX INFIRMIERES EXERÇANT EN LIBERAL

Les professionnels de santé ont récemment acquis de nouvelles compétences. L'exemple portera sur la reconnaissance du droit de prescription. Pour ne retenir que l'exemple des infirmières, il faut remarquer que le Code de la santé publique (CSP) énonce désormais les conditions légales de prescription de dispositifs médicaux, lesquelles s'articulent avec l'avis du médecin traitant et l'information du patient. Ainsi, l'article L. 4311-1 du CSP, modifié par la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2007, prévoit qu'« *un arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale fixe la liste des dispositifs médicaux que les infirmiers, lorsqu'ils agissent sur prescription médicale, peuvent prescrire à leurs patients sauf en cas d'indication contraire du médecin et sous réserve, pour les dispositifs médicaux pour lesquels l'arrêté le précise, d'une information du médecin traitant désigné par le patient* ».

Nombreux sont ceux qui voient dans cette reconnaissance un enrichissement des métiers d'infirmière ou de kinésithérapeute : le législateur aurait ainsi pris acte des modifications du rôle des professionnels de santé.

Il reste néanmoins à observer que le droit de la sécurité sociale produit bien d'autres justifications à l'introduction de ce droit de prescription qui porte actuellement essentiellement sur une liste de dispositifs médicaux, adoptée par la voie de l'arrêté. La lecture du rapport de P.-L. Fagniez pour l'adoption de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 révèle ainsi qu'il s'agit de proposer « une simplification aux assurés et aux professionnels de santé mais surtout de réaliser des économies substantielles pour l'assurance maladie, le droit de prescription confié aux paramédicaux permettant aux patients d'éviter de retourner consulter leur médecin traitant »¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Les deux créations récentes visent les kinésithérapeutes et les infirmières.

¹⁷⁰ P.L. FAGNIEZ, Rapport n° 3384, Tome 1.

Reconnaître un droit de prescription à des professionnels de santé qui jusque là n'en disposait pas consiste à les autoriser à prescrire dans le respect des conditions légales du droit de la sécurité sociale. Or, dans le droit de la sécurité sociale, la prescription a un coût pour la branche assurance maladie et ce coût doit, pour garantir l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'équilibre financier de la sécurité sociale, pouvoir être maîtrisé.

En conséquence, les professionnels de santé, autorisés à prescrire, entrent dans le champ de l'objectif national des dépenses d'assurance maladie (ONDAM), lequel comporte un sous-objectif consacré aux dépenses de soins de ville¹⁷¹. La Commission des comptes de la sécurité sociale distingue, quant à elle, deux sous-objectif, celui qui concerne les dépenses déléguées qui recouvrent les honoraires et celui qui vise les « *autres soins de ville* », lui permettant de fixer un objectif de dépenses pour les médicaments et les dispositifs médicaux. Remarquons que la loi de financement adoptée pour 2007 a entendu produire un effort substantiel sur ce dernier sous-objectif qui devait pouvoir être mieux maîtrisé.

La reconnaissance de nouvelles compétences, tel le droit de prescription, nouvellement confié aux professionnels de santé, les place, en outre, directement dans le champ de l'ONDAM, modifiant du même coup les rapports tarifaires conventionnels entre ces professionnels et les Caisses d'assurance maladie.

II. LES NOUVEAUX RAPPORTS TARIFAIRES ENTRE SYNDICATS REPRESENTATIFS DES PROFESSIONNELS DE SANTE ET L'UNCAM

La reconnaissance de nouvelles « compétences » interroge le système de fixation des tarifs conventionnels. Elle pourrait en effet modifier les rapports conventionnels qui se nouent entre les syndicats représentatifs professionnels de santé et l'UNCAM, surtout dans le domaine de la tarification et la classification des actes exécutés par les professionnels et pris en charge par l'assurance maladie.

La création de ces compétences donne aux syndicats représentatifs des professionnels de santé libéraux de nouvelles forces de négociation tarifaire face à l'UNCAM. Enrichir l'acte et les compétences des professionnels de santé, c'est en effet ajouter à leurs prestations des soins, des gestes qu'ils n'exécutaient pas jusque là. Il appartiendra dès lors aux partenaires conventionnels de négocier les tarifs liés à ces nouvelles prestations, négociations qui devront aussi tenir compte de l'effort de maîtrise médicalisée des dépenses de santé.

Toutes les conventions conclues entrent les professionnels libéraux et l'UNCAM ont, en effet, pour objet de fixer « *les tarifs des honoraires, rémunérations et frais accessoires dus aux professionnels par les assurés sociaux* ». L'article L. 162-12-2 du Code de la sécurité sociale (CSS) ajoute, s'agissant plus spécifiquement des infirmières, que la convention conclue peut fixer « *le cas échéant, les modes de rémunération, autres que le paiement à l'acte, des activités de soins ainsi que les modes de rémunération des activités non curatives des infirmiers* ».

Les parties conventionnelles disposent ainsi du pouvoir de négocier et de fixer les tarifs des prestations qu'ils exécutent ainsi que du pouvoir de prévoir des rémunérations spécifiques liées à certaines prises en charge. A titre d'illustration, on peut citer ici la dernière convention qui a été conclue entre les médecins libéraux et l'UNCAM en 2005¹⁷², laquelle fixe non seulement les tarifs des actes inscrits dans la Nomenclature mais prévoit aussi des rémunérations forfaitaires supplémentaires liées à la création du parcours de soins coordonnés (rémunération spécifique

¹⁷¹ V. l'article 99 de la LFSS 2007.

¹⁷² Convention conclue le 12 janvier 2005, approuvée par arrêté du 3 février 2005, J.O. du 11 février 2005.

pour les patients atteints d'une affection de longue durée, majoration de coordination, consultation pour avis ponctuel d'un autre médecin...)173.

Les conventions conclues avec les syndicats représentatifs des professionnels de santé traitent donc de la tarification des actes exécutés par les professionnels de santé auprès des assurés sociaux. La tarification, qui est une prérogative conventionnelle, s'entend, au sens strict du terme, de la fixation de la valeur unitaire de chaque lettre clé des actes qui figurent dans la Nomenclature Générale des Actes Professionnels (NGAP).

Quant à la Nomenclature Générale des Actes Professionnels (NGAP), devenue aujourd'hui la Classification Commune des Actes Médicaux (CCAM)¹⁷⁴, c'est-à-dire la détermination tant des règles de la hiérarchisation des actes que la hiérarchisation des actes elle-même, passe aussi par la voie conventionnelle. Depuis la loi du 21 décembre 2006¹⁷⁵, il est précisé, à l'article L. 162-1-7 du CSS, que « *la hiérarchisation des prestations et des actes est établie dans le respect des règles déterminées par des Commissions créées pour chacune des professions* » conventionnées. Ces Commissions sont présidées par une personnalité désignée d'un commun accord par leurs membres et sont composées de représentants des syndicats représentatifs des professions de santé et de représentants de l'UNCAM. Un représentant de l'Etat assiste à leurs travaux. Il appartient donc désormais à ces nouvelles Commissions de fixer les règles de hiérarchisation des actes et aux partenaires conventionnels de les décliner dans le cadre de chacune des conventions nationales conclues.

Il reste néanmoins à remarquer que ces actes peuvent ne pas faire l'objet d'un remboursement par l'assurance maladie. Les conditions d'inscription d'un acte ou d'une prestation, leur inscription et leur radiation sont décidées par l'UNCAM, après avis de l'HAS et de l'Union Nationale des Organismes d'Assurance Maladie Complémentaire (UNOCAM). L'avis de la HAS n'est, en revanche, pas nécessaire lorsque la décision ne modifie que la hiérarchisation d'un acte ou d'une prestation. Le ministre chargé de la santé peut, quant à lui, procéder d'office à l'inscription ou à la radiation d'un acte ou d'une prestation pour des raisons de santé publique par arrêté pris après avis de la HAS. Dans ce cas, le ministre fixe la hiérarchisation de l'acte ou de la prestation dans le respect des règles prévues.

III. LE PARCOURS DE RECONNAISSANCE D'UN ACTE ADMIS AU REMBOURSEMENT

Le « parcours de reconnaissance » d'un produit, d'un acte ou d'une prestation est le suivant :

- reconnaissance, dans le « décret d'actes » du professionnel concerné de la licéité de cet acte ;
- reconnaissance de l'acte par son inscription et sa hiérarchisation dans la Nomenclature Générale des Actes Professionnels (ou CCAM) pour la profession concernée ;
- décision d'inscription de l'acte dans la liste des actes remboursés prise par l'UNCAM, après consultation de la HAS et de l'UNOCAM. L'acte devient alors une prestation remboursable par les régimes d'assurance maladie ;

¹⁷³ Sur ces points, V. I. VACARIE, Les tensions entre droit de la santé et droit de la sécurité sociale, RDSS 2005, n° 6, p. 904 et s.

¹⁷⁴ V. infra.

¹⁷⁵ V. Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006, J.O. du 22 déc. 2006 qui modifie l'article L. 162-1-7 du CSS, et selon lequel il est indiqué que « *la prise en charge ou le remboursement par l'assurance maladie de tout acte ou prestation réalisé par un professionnel de santé, dans le cadre d'un exercice libéral ou d'un exercice salarié en centre de santé ou dans un établissement ou un service médico-social, ainsi que, à compter du 1^{er} janvier 2005, d'un exercice salarié dans un établissement de santé, à l'exception des prestations mentionnées à l'article L. 165-1, est subordonné à leur inscription sur une liste établie dans les conditions fixées au présent article* ».

- fixation du tarif de l'acte par la voie conventionnelle, c'est-à-dire de sa valeur unitaire rapportée à la lettre clef fixée dans la Nomenclature. L'acte est alors pris en charge par l'assurance maladie à hauteur du tarif de responsabilité fixé d'un commun accord entre l'UNCAM et les syndicats représentatifs signataires de la convention.

Notons d'une part, que le préalable à toute évolution des actes est l'admission de sa licéité dans le cadre des « décrets d'actes ». D'autre part, que ce découpage présente un caractère quelque peu artificiel dans la mesure où la reconnaissance de l'acte dans la Nomenclature et la fixation de la lettre clé (la tarification) sont deux opérations que maîtrisent les partenaires conventionnels et qui ont souvent lieu en même temps lors de la conclusion de la convention ou de la signature d'un avenant. Et c'est bien souvent en parallèle que l'UNCAM prend la décision d'inscrire l'acte ou la prestation sur la liste des actes remboursés. Les partenaires conventionnels prennent même souvent des initiatives et proposent l'inscription d'actes nouveaux dans le champ du remboursable ou la reconnaissance de nouvelles formes de tarification des actes. L'identité du signataire (le directeur de l'UNCAM) de la convention conclue avec les syndicats représentatifs et la décision d'inscription de l'acte sur la liste des prestations remboursables conduit bien souvent à produire une certaine continuité entre les deux types d'identification des actes, conventionnelle et réglementaire.

IV. LES PERSPECTIVES D'EVOLUTION DU SYSTEME SI L'ON RECONNAIT DE NOUVELLES FORMES DE COOPERATION ENTRE PROFESSIONNELS DE SANTE

Une réflexion sur le système de tarification des actes doit être introduite dès lors que l'on demande aux professionnels de santé d'exécuter de nouvelles tâches. Trois cas de figure sont envisageables.

Soit on maintient le système en vigueur et les partenaires conventionnels vont devoir négocier la tarification des nouveaux actes qui entrent dans leur champ de compétence. Des rémunérations supplémentaires ou l'augmentation des lettres-clés, sans remise en cause de la hiérarchisation des actes, sont largement imaginables en contrepartie d'objectifs de maîtrise médicalisée chiffrés.

Soit on prend acte de l'évolution de la Nomenclature des actes qui est en cours et les nouvelles formes de coopérations auront très certainement des conséquences fortes sur cette Nomenclature. Jusqu'à aujourd'hui, la Nomenclature Générale des Actes Professionnels était établie par profession et permettait d'affecter une lettre-clé aux différents actes effectués par le professionnel de santé. A terme, on prévoit d'introduire une Classification Commune des actes médicaux (CCAM) qui a pour objet de contenir des libellés communs d'actes entre le secteur public et le secteur privé et de refondre de manière globale les honoraires médicaux, refonte qui devrait affecter la hiérarchisation des actes. Les deux critères principaux de hiérarchisation des actes devraient en effet porter sur le travail médical mis en oeuvre (et non plus le travail à l'acte) et les charges professionnelles (coût de la pratique professionnelle en cause). Ces scores de travail (stress, compétence technique, effort mental..) seront ensuite convertis en euros dans le cadre des négociations conventionnelles. Si aujourd'hui, cette classification est en cours d'élaboration et n'est effective que pour les actes les plus techniques qui concernent essentiellement les médecins spécialistes, on peut très bien imaginer, à titre d'exemple, que les nouvelles prescriptions puissent faire partie des actes techniques à haute hiérarchisation qui donneront lieu à une valeur-clé de haut niveau pour tous les professionnels de santé. La technicité du droit de prescription pourrait déjà conduire les infirmières libérales à demander des rémunérations supplémentaires ou une hiérarchisation différentes des actes qu'elles exécutent. On peut même imaginer, qu'à terme, la CCAM ne permette plus de différence de tarification pour un même acte technique, le type de professionnel qui l'exécute n'étant plus le critère de détermination de sa technicité et donc de sa valeur.

Soit on envisage, pour tenir compte de nouvelles formes de coopération entre professionnels de santé, de modifier les mécanismes de tarification des actes réalisés par les professionnels de santé. Le système retenu en Allemagne pourrait ici servir d'exemple pour renouveler notre système de tarification. L'Allemagne ne connaît en effet pas le tarif forfaitaire. La valeur monétaire de chaque consultation que réalise le médecin est déterminée en fonction des actes médicaux ou administratifs accomplis à cette occasion. La Nomenclature médicale indique la valeur, exprimée en points, de ces actes. Des suppléments forfaitaires sont, en outre, prévus pour la prise en charge des consommables ou des matériels à usage unique. Les consultations de prévention ou celles effectuées dans le cadre de prises en charges spécifiques (tel le diabète) font quant à elle l'objet d'une rémunération spécifique¹⁷⁶. Dans une telle perspective, il ne s'agirait plus de tarifier l'acte lui-même, mais l'ensemble des actes techniques et administratifs susceptibles d'être réalisés auprès du patient, ce indépendamment de la profession exercée par celui qui l'exécute.

¹⁷⁶ V. A. VASSELLE et B. CAZEAU, Préserver la compétitivité du « site Allemagne » : les mutations de la protection sociale outre Rhin, Les rapports du Sénat, n° 439, 2005-2006, spéc. p. 55.

ANNEXE 6

LES PROTOCOLES - JEROME EGGERS

Les protocoles de soins entre soignants

Les protocoles de soins sont un des moyens d'assurer une bonne pratique des soins dans le cadre de la démarche qualité des établissements de santé. En effet, non seulement les protocoles s'insèrent dans le déroulement de la prise en charge à partir d'un processus entrée / sortie (on n'écrit un protocole de soins que lorsqu'il existe un risque pour le patient ou le professionnel de santé lors de la prise en charge), mais également, il permet, lorsque des situations connues et répétitives y compris d'urgence sont décrites dans l'unité, d'assurer une prise en charge médicale / médicalisée très précoce.

On se trouve devant deux protocoles de soins distincts pour les infirmiers : ceux issus des pratiques habituelles de soins permettant une bonne pratique et une évaluation de la prestation et ceux ayant la forme d'une prescription médicale pour les situations reconnues par l'infirmier avant l'intervention du médecin.

Quelques sources historiques

Le protocole est issu du Code justinien au VI^e siècle, ensemble de codification du droit romain en latin.

C'est aussi un ensemble de règles sur les honneurs (Convention de Vienne sur les ambassades étrangères) et un ajout à un texte préexistant (protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1977 ou protocole Durieux dans la fonction publique par ex.).

C'est surtout, dans le cas qui nous intéresse, un recueil de prescriptions, souvent juridiques, pour la rédaction des actes publics (protocole notarié par ex.). Dans une acception plus large, c'est un canevas pour une prise en charge (protocole de soins pour les affections de longue durée, art. L. 324-1 du Code de la sécurité sociale, ou protocole de soins pour l'hospitalisation à domicile, circulaire du 1^{er} décembre 2006 relative à l'HAD).

Distinction juridique des protocoles de soins pour les infirmiers

Le cas des infirmiers est intéressant puisque le « décret de compétences », aujourd'hui codifié, énonce trois types de protocoles :

Art. R. 4311-3 CSP :

Il peut élaborer, avec la participation des membres de l'équipe soignante, des protocoles de soins infirmiers relevant de son initiative.

Il s'agit de protocoles de soins relevant du rôle propre infirmier, c'est à dire dans le cadre des fonctions d'entretien et de continuité de la vie (par ex. « la toilette assise »).

Art. R. 4311-7 CSP :

L'infirmier ou l'infirmière est habilité à pratiquer les actes suivants soit en application d'une prescription médicale qui, sauf urgence, est écrite, qualitative et quantitative, datée et signée, soit en application d'un protocole écrit, qualitatif et quantitatif, préalablement établi, daté et signé par un médecin : (...)

Dans ce cadre, il convient de faire la distinction juridique entre un protocole de soins type « programmation » semblable à celui dans le cadre d'une prise en charge très typée et un protocole de soins portant sur un acte ou une série d'actes, semblable à celui de l'article précédent. Pour notre démonstration, cette distinction est peu opérante mais elle indique le rôle important joué par le médecin pour la rédaction et la validation du protocole.

Art. R. 4311-14 CSP :

En l'absence d'un médecin, l'infirmier ou l'infirmière est habilité, après avoir reconnu une situation comme relevant de l'urgence ou de la détresse psychologique, à mettre en oeuvre des protocoles de soins d'urgence, préalablement écrits, datés et signés par le médecin responsable. Dans ce cas, l'infirmier ou l'infirmière accomplit les actes conservatoires nécessaires jusqu'à l'intervention d'un médecin. Ces actes doivent obligatoirement faire l'objet de sa part d'un compte rendu écrit, daté, signé, remis au médecin et annexé au dossier du patient.

Les situations d'urgence sont décrites à part. Ce type de protocole de soins est particulièrement intéressant dans des situations reconnues par l'infirmier et devant être gérées en attendant le médecin.

L'apport de la circulaire "douleur" de 1999

La circulaire sur la prise en charge de la douleur du 11 février 1999 a pris la peine de décrire assez précisément le contenant et le contenu « d'un protocole dans le cas général ».

La mise en place de protocoles de soins repose sur un travail d'équipe et doit s'intégrer dans l'organisation des soins.

Les protocoles de soins sont :

- élaborés conjointement par les personnels médicaux et infirmiers impliqués dans leur mise en oeuvre, avec, si besoin, l'aide de médecins expérimentés dans la prise en charge de la douleur ;
- validés par l'ensemble de l'équipe médicale, par le pharmacien hospitalier ou pharmacien gérant de l'établissement et par le directeur du service des soins infirmiers ;
- obligatoirement datés et signés par le médecin responsable et le cadre de santé du service ;
- diffusés à l'ensemble du personnel médical et non médical du service, au directeur de l'établissement, au directeur du service des soins infirmiers et au pharmacien hospitalier ;
- remis à chaque nouveau personnel dès son arrivée ;
- accessibles en permanence dans le service :
- placés dans un classeur identifié ;
- et, selon l'organisation du service, affichés ;
- évalués et si nécessaire réajustés et, dans ce cas, redatés et signés ;
- revus obligatoirement au moins une fois par an ;
- revalidés systématiquement à chaque changement de l'un des signataires et rediffusés.

Le protocole établi doit annoncer explicitement, d'une part, qu'il peut être mis en oeuvre à l'instigation de l'infirmier et, dans ce cas, il doit en préciser les critères sur lesquels l'infirmier va fonder sa décision d'intervention et, d'autre part, il doit indiquer précisément les conditions dans lesquelles cette initiative de l'infirmier est autorisée.

Notamment, les aspects rédactionnels sont mis en valeur par l'aspect conjoint médical et infirmier.

Ces critères rédactionnels et méthodologiques sont importants. Dans le cadre de cette contribution, deux sont retenus : la validation et la publication qui donne aux protocoles de soins leur caractère opposable.

Opposabilité du protocole de soins et aspect jurisprudentiel

Sans entrer dans la question de l'opposabilité des normes juridiques, disons que le protocole de soins, quel qu'en soit le type (cf ci-dessus), doit entrer dans un système de validation pour une instance habilitée (Commission médicale d'établissement, commission des soins par ex.) et être publié par tout moyen.

La portée juridique du protocole est ainsi établie à l'égard des personnes qui n'ont été ni parties ni représentées : patients, ensemble des communautés médicales et soignantes etc. Cette portée est naturellement circonscrite par le pouvoir de décision du chef d'établissement à l'établissement lui-même (recommandations *versus* protocoles).

En dehors de la jurisprudence du procès de Trousseau disposant que l'organisation des soins paramédicaux est de la compétence du directeur des soins dans un établissement public de santé, et validant ainsi le pouvoir du directeur des soins dans la signature de validation des actes de soins paramédicaux¹⁷⁷, la jurisprudence, dans un arrêt de la cour de cassation du 16 janvier 2007, a établi pour la première fois la valeur d'un protocole de soins médical comme s'imposant à l'infirmier, ce dernier étant condamné, entre autres chefs, pour ne l'avoir pas respecté.

Quelles transpositions dans le cadre des nouvelles formes de coopération ?

Les contenus

Les protocoles du rôle propre ou ceux issus de la prescription médicale (Cf compte rendu de la séance du 26 avril 2007) sont ceux, écrits par les équipes de soins, qui permettent une pratique donnée dans le cadre d'une prise en charge : par ex. « la ponction veineuse » ou « la toilette mortuaire ». Ceux relevant de la prescription médicale doivent en outre être « expertisés » par un médecin ou /et un pharmacien. Tous sont validés dans le cadre de l'exercice des pouvoirs de président de la commission des soins, par le directeur des soins.

Les protocoles de soins qui relèvent de la participation à un acte médical (ibidem) peuvent être élaborés également par les équipes mais ils ne portent que sur les gestes infirmiers et non sur le geste médical. Si le geste médical est également inclus, la validation sera effectuée par une instance médicale (CME généralement).

Les protocoles d'urgence (par ex. « caisson hyperbare » ou « accueil d'un patient porteur d'une douleur thoracique ») sont rédigés par les médecins des unités spécifiques : réanimation, urgences, soins intensifs de cardiologie... mais également par une simple unité de pneumologie par ex. dans le cadre de la prise en charge de l'asthme...

La forme

La forme des protocoles est généralement issue d'un standard plus ou moins adapté par les unités des soins :

- Définition, objectifs du soin et objectifs du protocole
- Législation – Réglementation - Responsabilité
- Indications
- Principes
- Pré requis

¹⁷⁷ - Pouvoirs déjà formalisés par la présidence de la commission des soins mais également par le rôle dans le système qualité établi par le décret n° 2002-550 du 19 avril 2002 (art. 4) portant statut particulier des directeurs des soins.

- Préparation du patient
- Préparation du matériel
- Réalisation technique du geste et surveillance
- Surveillance après le soin
- Education du patient
- Complications et risques
- Evaluation
- Du soin
- Des résultats par rapport aux objectifs

Transposition

Dans le paragraphe consacré à la « législation, réglementation et responsabilité », la source du texte permettant le geste de soin doit être reprise. Cette dimension est donc aisément transférable à une coopération entre professionnel, pour autant qu'elle existe juridiquement.

Les autres professions paramédicales

Seuls parmi les professions réglementées les manipulateurs en électroradiologie médicale disposent de la même faculté que les infirmiers d'agir sous protocoles établis préalablement par le médecin (art. R. 4351-4 du CSP).

Conclusions

Selon les types retenus par la réglementation concernant les infirmiers, le contenu des protocoles est libre. La seule véritable contrainte est celle établie par le législateur sur les compétences des infirmiers, explicités dans le CSP sous la forme des actes professionnels.

Le contenant des protocoles de soins est lui un peu plus rigide, du fait de la circulaire de 1999. Cependant, les paragraphes à l'intérieur de chaque protocole de soins sont organisés par chaque entité.

Les protocoles de soins établis par les médecins permettent déjà aux infirmiers d'assurer des prises en charge relevant de la prescription médicale, avant même que le médecin soit présent. Cette faculté existe également dans les actes d'urgence, hors actes conservateurs.

ANNEXE 7

LA VALIDATION DES ACQUIS DE L'EXPERIENCE - HELENE BOYER

Que permet la validation des acquis de l'expérience ?

La validation des acquis de l'expérience introduit une voie nouvelle d'accès au diplôme. Elle repose sur un postulat qui est que la « compétence », au sens de l'aptitude à exercer des tâches, peut s'acquérir par une autre voie que celle du suivi d'un enseignement conduisant à un diplôme. Cette nouvelle voie est celle de la prise en compte de « *l'ensemble des compétences professionnelles acquises dans l'exercice d'une activité salariée, non salariée ou bénévole, en rapport direct avec le contenu du diplôme ou du titre. La durée minimale d'activité requise ne peut être inférieure à 3 ans* » (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004) qui, reconnues et validées peut déboucher sur l'obtention de tout ou partie d'un diplôme. »

Quels métiers sont-ils concernés dans le domaine sanitaire ?

Aujourd'hui, 3 diplômes de profession de santé peuvent s'obtenir par la validation des acquis de l'expérience : il s'agit du diplôme d'aide-soignante, d'auxiliaire de puéricultrice, de préparateur en pharmacie. Sont également en cours : le diplôme d'infirmière et celui d'infirmière de bloc opératoire diplômée d'Etat (IBODE).

Quelle est la procédure de la VAE ?

La procédure commence par une description du métier. Le métier est un ensemble **d'activités** professionnelles.

Activité : une activité comporte plusieurs actions ou actes. Ex : « Dispenser des soins d'activités et de confort », « Assurer l'environnement immédiat de la personne et la réfection des lits etc...pour les aides-soignants. Les activités décrivent donc ce que fait le professionnel en général et non dans une organisation particulière.

C'est à partir de la description de ces activités que l'on arrive à la définition des **compétences**.

Compétence : c'est la maîtrise d'un savoir-faire opérationnel, relatif aux activités d'une situation déterminée, requérant des connaissances associées.

Unité de compétence : il s'agit d'un ensemble de savoir-faire et de connaissances mobilisés pour réaliser une ou plusieurs activités ciblées par le diplôme.

Par exemple, pour le métier d'aide-soignant sont définies 8 unités de compétences : exemple : « Accompagner une personne dans les actes essentiels de la vie quotidienne en tenant compte de ses besoins et de son degré d'autonomie », « Utiliser des techniques préventives de manutention et les règles de sécurité pour l'installation et la mobilisation des personnes ».

Ce sont ces mêmes unités de compétences qui sont enseignées lors du DPAS (Diplôme professionnel d'aide-soignant).

Ainsi, un candidat pourra en présentant son dossier de VAE devant un jury qui est le même que celui qui délivre le DPAS, valider l'ensemble des modules ou certains modules seulement au vu de son acquis de l'expérience.

Pour les modules qu'il n'aurait pas validés, il pourra soit les acquérir en suivant l'enseignement dans l'institut de formation, soit reprendre une pratique professionnelle et la revalider ultérieurement.

On voit donc que la démarche impose une réflexion de fond sur le métier et sur les questions clés suivantes : Quelles compétences sont indispensables pour délivrer le diplôme ? Comment cette compétence est-elle acquise ? Par la formation de base ? Par l'expérience ?

Que peut apporter la VAE en termes de coopération des professionnels de santé ?

La VAE, en l'état actuel ne permet pas de sortir du régime de la qualification qui fonde dans le système français la « compétence » (au sens juridique du terme) à exercer le métier. Elle constitue simplement une autre voie possible, différente, pour recueillir le même diplôme et l'un des enjeux de la réussite de la VAE est justement que celui-ci reste unique et qu'aucune différence de légitimité ne s'opère sur les moyens d'accès au diplôme (un « bon » diplôme acquis dans un institut de formation, un « mauvais » diplôme acquis par VAE).

Ainsi, la VAE d'infirmière se heurte au mur juridiquement infranchissable aujourd'hui de l'exercice illégal de la médecine et le diplôme d'infirmière ne pourra s'acquérir que partiellement, plusieurs « unités de compétences » ne pouvant pas, par définition être validées par l'expérience dans la mesure où la pratique de ces activités constituent de l'exercice illégal.

Néanmoins, la démarche de la VAE est intéressante dans la mesure où elle impose de décrire les activités et à partir de ces activités les « compétences » (au sens de savoir-faire) requis pour l'exercice d'un métier. Ce découpage peut constituer un outil opérationnel en termes de coopération entre les professionnels de santé :

- Construction de coopérations horizontales :

Si l'on entend le terme de « coopération des professionnels de santé » de façon horizontale (entre les métiers paramédicaux) et pas seulement verticale (possibilité pour les paramédicaux d'exercer un acte aujourd'hui réservé à des médecins) cette démarche de découpage des métiers en grandes compétences est extrêmement opérante en termes de passerelles entre métiers et d'acquisition des diplômes ou d'une partie des diplômes ou qualifications par VAE. On pourrait imaginer de décrire des compétences partagées par un ensemble de professions paramédicales (IDE, manipulateur radio, kinésithérapeute) permettant une acquisition d'une partie du diplôme par validation des acquis de l'expérience.

- Reconnaissance des acquis d'une « pratique » professionnelle qui pourrait permettre à une profession d'élargir le champs des actes autorisés.

Dans le cadre juridique actuel, 2 voies semblent possibles pour développer les coopérations entre les professions de santé :

1) Par les actes :

Aujourd'hui, en ce qui concerne les professions paramédicales, on est essentiellement dans une logique d'actes autorisés par profession. Il s'ensuit que :

- Tous les possesseurs du diplôme peuvent effectuer **l'ensemble** des actes autorisés pour la profession.
- Il est nécessaire d'effectuer des mises à jour réglementaires régulières de ces actes qui même si elles étaient assez souples (par arrêté par exemple) sont toujours en décalage par rapport à la réalité de la pratique qui évolue très vite.

Ainsi, dans ce cadre, certaines des expérimentations de l'HAS évaluées de manière positives pourront déboucher sur l'élargissement des décrets d'actes de certaines professions.

On peut imaginer également un système de reconnaissance et de validation d'une **pratique professionnelle** qui pourrait peut-être constituer une voie nouvelle de coopération entre les professionnels de santé. Ainsi, on pourrait imaginer que :

- des conditions d'ancienneté professionnelles
- une formation préalable
- la réalisation par le professionnel paramédical d'un certain **volume** d'un acte donné, réalisé selon des phases progressives telles qu'elles ont été définies dans le cadre des expérimentations menées (exemple : l'examen est d'abord réalisé en double par le professionnel paramédical et le médecin sur des patients sélectionnés puis sur des patients non sélectionnés, puis l'examen est réalisé uniquement par le professionnel paramédical sur des patients non sélectionnés et validés par le médecin) confèrent à certains professionnels la compétence (au sens juridique) pour réaliser certains actes. Cette compétence devrait bien entendu être reconnue par un titre ou une qualification mais pourrait être plus souple qu'un diplôme. Il n'est pas sûr néanmoins que cela soit aisé à faire admettre par les professionnels qui sont attachés au lien entre « titre » et « compétence ».

2) Par la création de nouveaux diplômes ou qualifications :

C'est un peu ce schéma qui est présenté dans l'étude prospective sur les métiers sensibles de la FPH en cours dans le cadre de l'Observatoire. Ainsi, dans la monographie du métier d'infirmière sont imaginées des progressions possibles avec l'acquisition de nouvelles qualifications. Bien que cela ne soit pas détaillé, on peut imaginer que cela puisse se faire à des niveaux master par exemple, du type : Master maladies chroniques par exemple. La possession du Master pourrait permettre par exemple au professionnel d'avoir un périmètre d'intervention générale délimité à un segment de prise en charge de la pathologie. Cette approche permettrait de ne pas se limiter à une approche par les actes.

Dans cette perspective, la validation des acquis de l'expérience pourrait être intéressante : ainsi, par exemple une infirmière qui aurait travaillé plusieurs années en cancérologie pourrait-elle acquérir par VAE une partie des modules du master tandis qu'une infirmière d'une autre spécialité devrait suivre l'enseignement de l'ensemble des modules.

ANNEXE 8

LES COMPARAISONS INTERNATIONALES - JEAN-FRANÇOIS NEGRI

Avant-propos

Plusieurs pays dans le monde ont dû, pour différentes raisons aborder le problème de la coopération entre professionnels de la santé et redéfinir le contour de chaque profession. Spécialisation, transfert ou délégation de tâches ou de compétences ont été expérimentés avec une certaine réussite¹⁷⁸. Cette note de synthèse se limite à la question infirmière et n'a pas la prétention d'être exhaustive. Elle peut toutefois apporter des éléments de discussion au sein du groupe de travail constitué par l'HAS. Cette présentation s'appuie sur l'étude menée par l'IRDESS en mars 2006, sur des publications du CII, de l'ordre des infirmières du Québec et des données statistiques de l'OCDE et de la DREES

Introduction

L'évolution des techniques médicales, la diversification des services fournis, la démographie médicale, l'attente des professionnels dans le cadre d'une évolution de carrière ont prévalu à la redéfinition des contours de la profession d'infirmière dans plusieurs pays.

Il est à souligner que les éléments de comparaison sont biaisés dans le sens où les systèmes de santé et l'organisation des soins diffèrent d'un pays à l'autre. De plus, les pratiques professionnelles sont encore disparates malgré des directives sectorielles européennes qui tentent au sein de l'UE en matière de formation initiale d'uniformiser les cursus.

La situation se complique quand on aborde les spécialités car chaque pays applique son propre système de formation et de classification des compétences. Nous prendrons comme exemple les sages-femmes, qui, dans certains pays sont des infirmières spécialisées et en France une profession médicale indépendante du cursus infirmier. La spécialité d'infirmier aide anesthésiste n'existe pas dans tous les pays et la formation varie tant au niveau quantitatif que qualitatif.

Compte tenu de ces écarts et afin d'édicter des recommandations pouvant s'appliquer à tous les pays, le Conseil International des Infirmières qui regroupe à l'échelle mondiale 129 associations nationales (ou ordres) a initié divers travaux sur ce thème. Il regroupe l'ensemble de cette approche sous le terme : « Pratique avancée » qui se définit comme suit :

« Une infirmière spécialiste / experte est une infirmière diplômée d'État qui a acquis les connaissances théoriques, le savoir-faire nécessaire aux prises de décisions complexes, de même que les compétences cliniques indispensables à la pratique avancée de leur métier, pratique avancée dont les caractéristiques sont déterminées par le contexte dans lequel l'infirmière sera autorisée à exercer. Le niveau de base recommandé est celui de la maîtrise (bac + 4). »

Comme on peut le remarquer, cette définition est très large et ne renseigne pas sur le contour de l'activité. Seul le niveau d'étude recommandé est précisé.

Des rôles et des fonctions qui diffèrent d'un pays à l'autre

¹⁷⁸ Efficacité et efficience de la délégation d'actes médecins généralistes aux infirmières – Revue de la littérature 1970-2002 – Fabienne Midy- Questions d'économie de la santé n°65 Mars - 2003

Même si la libre circulation des infirmières dans l'UE est possible et que le souhait de la Commission Européenne soit d'uniformiser les compétences¹⁷⁹, on constate que l'activité infirmière peut être très différente d'un pays à l'autre.

L'Irlande qui a connu une pénurie grave est le pays qui a le nombre d'infirmiers le plus important (15,1 pour 1000 habitants). Parallèlement, l'Espagne qui connaît la situation inverse et favorise l'expatriation de ses infirmiers ne compte que 6,4 IDE pour 1000 habitants.

En investiguant, on s'aperçoit que sous le vocable infirmier, les infirmiers Irlandais ont une activité à la fois dans le secteur médical mais également dans le secteur social. De nombreuses tâches qui sont assurées par des assistants sociaux en France sont assurées par des infirmiers en Irlande.

En Belgique, la fonction d'aide-soignant vient d'être créée et les infirmiers assurent la totalité des soins de nursing qui sont dévolus aux AS, AP et AMP dans notre pays.

En Allemagne, l'infirmier n'est pas habilité à effectuer certains gestes techniques qui sont autorisés par les autres pays.

Au Royaume Uni, en Suède, au Canada, les infirmiers ont un droit de prescription plus ou moins encadré et la France vient d'autoriser depuis le 26 avril 2007 les infirmiers à prescrire du matériel médical.

Domaines d'interventions en pratique avancée

- Les soins de santé primaires
 - Education pour la santé
 - Education thérapeutique du patient
 - Promotion de la santé

Les consultations de première ligne

- Les spécialités médicales

Cardiologie, cancérologie, néphrologie, diabétologie etc

Les titres usités en pratique avancée

Sous le vocable « pratique avancée », les appellations varient selon les formations proposées, l'organisation et la législation de chaque pays.

- Les infirmières spécialistes
 - IADE
 - Puéricultrice
 - Infirmière spécialisée en oncologie, en cardiologie, etc...
- Les infirmières cliniciennes spécialisées ou les infirmières spécialiste clinique
 - Interventions qui se situent principalement dans le champs du rôle propre infirmier avec des compétences élargies dans le domaine médical (suivi de patients chroniques, soutien des équipes de soins dans divers projets)
- Les infirmières praticiennes
 - Interventions qui se situent principalement dans le champ médical
 - Elles sont en outre habilitées à dispenser des soins médicaux dans le domaine du diagnostic et de la prescription selon des modalités fixées par la réglementation encadrant leur exercice professionnel.

Ces 3 catégories nécessitent une formation complémentaire qui se situe à un niveau Master 1 ou 2.

Législation qui encadre la profession infirmière

¹⁷⁹ Elaboration d'un programme de formation professionnelle continue en santé publique pour les infirmières de l'UE (programme financé par la DG Sanco -unité promotion de la santé 1998-2000)

Là encore on retrouve au sein des pays de l'UE des écarts importants. trois modèles cohabitent au sein de l'UE :

- Un décret de compétences avec une liste d'actes précise
- Une validation de compétences par le biais de la formation initiale ou continue, ou par le biais de la validation de l'expérience
- Pas de texte précis mais une responsabilité sur l'ensemble des prestations
- fournies.

Certains pays comme la France ont opté pour un décret de compétences (Belgique, Portugal), d'autres l'ont abandonné (Italie, Suède) et d'autres n'ont pas souhaité un cadre trop contraignant (Allemagne, RU).

On trouve également une nomenclature d'actes édictés par des organismes de sécurité sociale (Allemagne, Belgique, France)

La France a le texte le plus avancé au regard des autres pays de l'UE

Les pays qui ont un organe de régulation (ordre ou structure ordinale) bénéficie d'un code de déontologie permettant une régulation par la validation de compétences ou par l'EPP.

Pratique avancée et formation

La plupart des pays de l'UE ont opté pour un système de formation intégrant les principes de Bologne. « Le LMD » facilite les différents niveaux de compétence

La France reste pour le moment un des rares pays à ne pas s'inscrire dans ce système.

Des formations complémentaires sont incontournables pour pouvoir exercer en pratique avancée. Certains pays ont mis en place des mesures transitoires pour amener les professionnels à un niveau Master

Pratique avancée et prescription

Au sein de l'UE, 2 pays ont une expérience de prescription indépendante.

Le gouvernement suédois a décidé, en 1994, d'autoriser aux infirmiers la prescription de médicaments à la condition d'avoir suivi une formation minimale de huit semaines.

L'agence suédoise de produits médicaux a énoncé cinq principes définissant le type de produits pouvant être prescrits par les infirmières :

1. Les indications doivent concerner les soins infirmiers et non les demandes d'examen en laboratoire;
2. Les produits doivent avoir été approuvés et utilisés depuis au moins deux ans
3. La prescription doit exclusivement concerner les indications présentes sur la liste et être mises en oeuvre par une infirmière formée à la prescription
4. La liste doit être révisée annuellement
5. Les règles relatives à la documentation et à la responsabilité doivent être les mêmes que pour les médecins.

Au Royaume Uni la prescription a été introduite au début des années 90

Elle a fait l'objet au début d'un encadrement strict puis s'est élargie au fur et à mesure

Depuis le printemps 2006, le ministre de la santé a autorisé les infirmières à prescrire tous les médicaments, à l'exception des produits considérés comme des stupéfiants.

Le RU est le pays en Europe qui a le plus d'antériorité et qui est allé le plus loin dans le concept de pratique avancée. Les infirmières praticiennes reçoivent des patients qui ont des problèmes indifférenciés et non diagnostiqués et peuvent les évaluer et les traiter. Habituellement, elles ont suivi une formation d'expertise étendue après leur diplôme et peuvent effectuer un examen clinique, et sont formées à envisager un diagnostic différentiel.

Les facteurs déclenchant la mise en œuvre de la pratique avancée

Incontestablement, deux facteurs prédominent. Le premier est celui de la démographie médicale. En effet, le tableau ci-dessous montre que les pays à densité médicale faible favorise la pratique avancée. Les pays comme le RU, le Canada, la Suède ont dû faire face à une croissance forte de la demande en soins avec un nombre de médecin plus bas que l'ensemble des autres pays occidentaux.

A contrario on observe une situation inverse quand les pays ont une forte densité médicale (Italie)

L'autre facteur est lié au développement des soins infirmiers. Les pays qui ont mis en place ce dispositif offrent aux infirmiers la possibilité de s'inscrire dans un parcours d'évolution de carrière en se spécialisant dans un champ médical (infirmière anesthésiste, puéricultrice, oncologie, santé mentale etc) ou en devenant infirmière spécialiste clinique ou infirmière praticienne. (RU, Canada, Suède)

Il existe d'autres facteurs favorisant comme :

- Des zones éloignées dans certains pays qui sont difficilement accessibles en hiver (Canada, Suède)
- Un exercice en groupe favorisant la collaboration médecin-infirmière (R.U, Suède)

	France	Allemagne	Pays-Bas	Italie	Suède	Finlande	R.U.	Ontario	Québec
Densité de médecins pour 100 000 habitants	340	334	306	436	280	339	213	175	209
Densité d'infirmières pour 100 000 habitants	716	1195	845	539	878	1348	1021	678	825

180

Discussion

Le décret de compétences français donne la possibilité aux infirmiers d'investir le champ de la prévention, de l'éducation thérapeutique du patient, de la promotion de la santé, de l'accompagnement de maladie grave et de fin de vie

Dans la réalité, ce champ peu valorisé, est peu investi par les infirmiers par manque de temps, de connaissances et de financements. Il ne donne pas la possibilité de prendre en charge le suivi de patient atteint de pathologies chroniques d'une manière autonome et ne donne pas la possibilité aux infirmiers d'effectuer des actes médicaux.

Le droit de prescription est récent. Il reste limité au matériel et il est encadré par le médecin

L'exercice libéral infirmier est à quelques exceptions près une spécificité française

La coopération médecin infirmier reste limitée tant en milieu hospitalier qu'en secteur ambulatoire.

La démographie médicale va fortement chutée pour atteindre une densité pour de 280 pour 1000 habitants, soit le niveau actuel de la Suède.

Doit-on investir dans un dispositif de pratique avancée comme au RU?

La formation doit-elle s'inscrire dans le format LMD ou se contenter de modules spécifiques?

Quels niveaux de responsabilités doit ont mettre en œuvre?

Comment reconnaître de nouvelles compétences?

Il existe en France de nombreux professionnels qui ont développé de nouvelles expertises sans être vraiment reconnus comme :

- Infirmière Clinicienne, Infirmière spécialiste clinique
- Infirmière en Santé Publique
- Infirmière Stomathérapeute

180 Soins primaires : vers une coopération entre médecins et infirmières. L'apport d'expériences européennes et canadiennes. Rapport d'étude et actes de la journée.- Bourgueil Y., Marek A., Mousquès J.-Mars 2006

- Infirmières ayant suivis des DU dans divers domaines comme
 - - Plaies et cicatrisation
 - - Education thérapeutique du patient diabétique
 - - Cancérologie, soins palliatifs, douleur etc

De nombreux professionnels souhaiteraient avoir la possibilité de développer leur carrière dans le champ de la clinique plutôt que de s'inscrire dans un parcours limité à la gestion ou l'enseignement.

Conclusion

Les besoins de santé vont continuer à évoluer et parallèlement la densité médicale va chuter. La profession d'infirmière qui se trouve au carrefour de plusieurs disciplines (médecine, psychologie, pédagogie, sociologie) est un acteur privilégié pour investir un champ que lui confère son rôle propre et qui, s'il était mieux investi et mieux valorisé permettrait d'apporter des réponses pertinentes à certaines problématiques de santé comme l'éducation thérapeutique, l'observance, l'accompagnement de patient atteint de maladies chroniques etc.. La liste d'actes précis qui caractérise le décret de compétences de cette profession apporte indéniablement une sécurité en matière d'exercice légal mais limite l'évolution de cette profession. Sans que se soit réellement officiel, on constate des glissements de tâches dans des zones géographiques ou des institutions de soins quand les médecins sont en nombre insuffisant, ce qui génère des situations à hauts risques. Le chevauchement ou le partage de tâches entre professionnels de santé serait peut-être une solution à ce problème

La redéfinition des contours des professions de santé semble absolument nécessaire pour pouvoir répondre aux besoins de la population. Il serait intéressant d'envisager la possibilité d'autres portes d'entrée dans le système de soins. Dans son rapport, le Professeur Berland propose d'expérimenter des consultations de première ligne qui seraient assurées par des professionnels non-médecins. Quelles que soient les options choisies et si l'on souhaite un système de santé efficient, il sera nécessaire d'accompagner par des formations complémentaires les infirmières qui souhaitent investir le champ de la pratique avancée. L'attractivité vers cette profession en serait largement renforcée.