

**Avis n° 16-A-11 du 11 mai 2016
relatif à un projet de décret portant code de déontologie
des infirmiers**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 1^{er} février 2016 sous le numéro 16/0012 A, par laquelle le ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis sur un projet de décret portant code de déontologie des infirmiers ;

Vu la saisine complémentaire du ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, enregistrée le 16 février 2016 ;

Vu les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants du ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes (direction générale de l'offre de soins) entendus lors de la séance du 13 avril 2016 ;

Le président et le directeur de l'Ordre national des infirmiers, le président de la Fédération nationale des infirmiers entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

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

I. Le contexte

1. L'Autorité est saisie d'un projet de décret portant code de déontologie des infirmiers, sur le fondement de l'article L. 462-2 du code de commerce aux termes duquel : « *l'Autorité de la concurrence est obligatoirement consultée par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : 1° de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives (...)* ».
2. Le principe qui guide l'Autorité de la concurrence dans le domaine des professions de santé est celui de l'équilibre nécessaire entre les impératifs de santé publique et les règles de concurrence, ces dernières continuant de s'appliquer dès lors qu'elles ne font pas obstacle aux préoccupations d'intérêt général en matière sanitaire.
3. Ces professions sont régies par des codes de déontologie destinés à compenser l'asymétrie de la relation contractuelle entre le patient et le professionnel de santé, comme l'avait relevé le Conseil de la concurrence, devenu Autorité de la concurrence, dans son avis n° [08-A-15](#) du 29 juillet 2008 relatif au code de déontologie des masseurs-kinésithérapeutes (ci-après « avis n° 08-A-15 »). À ce titre était relevé dans son avis : « *Leur existence ne pose pas en elle-même de difficultés au regard du droit de la concurrence* ».
4. Cependant, le Conseil de la concurrence soulignait dans ce même avis que « *l'élaboration de ces règles (...) par les ordres professionnels peut restreindre la concurrence entre leurs membres ou protéger ces derniers contre la concurrence d'autres professionnels* ».
5. Or, l'Ordre national des infirmiers (ci-après l'« ONI »), de création récente, confronté à une problématique de légitimité et de représentativité, a conçu un projet de code de déontologie professionnelle, calqué sur des codes de déontologie actuellement en vigueur pour d'autres professions de santé, sans l'adapter aux spécificités de la profession d'infirmier caractérisée notamment par la présence très forte de salariés auxquelles nombre de dispositions ne sont pas applicables, et sans tenir compte de l'évolution de l'activité des soins infirmiers marquée par l'exigence accrue de permanence des soins et par l'apparition de nouvelles formes de concurrence proposées par les structures de soins. Ces facteurs impliquent pourtant l'assouplissement des conditions d'exercice des infirmiers libéraux afin de leur permettre de s'adapter à cette évolution au bénéfice des patients.
6. L'approche retenue par l'ONI paraît particulièrement préjudiciable à la profession d'infirmier, en particulier pour les infirmiers libéraux, pour différentes raisons qu'il convient d'exposer précisément ci-après.

A. LE TRAITEMENT SPÉCIFIQUE REQUIS PAR LA PROFESSION D'INFIRMIER

7. Si la recherche de cohérence avec les codes de déontologie existant pour les autres professions médicales a semblé guider la rédaction du projet de code examiné, la spécificité de la profession d'infirmier exclut pourtant tout mimétisme.

1. DES ATTRIBUTIONS DISTINCTES DE CELLES DES AUTRES PROFESSIONS MÉDICALES

8. Parmi les professions de santé, le code de la santé publique (ci-après « CSP ») distingue les professions médicales, les professions de la pharmacie et les auxiliaires médicaux. La profession d'infirmier relève de cette dernière catégorie (Titre I du Livre III, articles L. 4311-1 et s. du CSP).
9. Selon l'article L. 4311-1 du CSP, « *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* ».
10. Les actes professionnels des infirmiers sont définis par le « décret de compétence » qui précise leur rôle, aux articles R. 4311-1 (et suivants) du même code, « *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. 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* ».
11. L'article R. 4311-2 du CSP précise « *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 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 œuvre 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. »*
12. L'infirmier assume donc une fonction spécifique qui le distingue des autres professions médicales. Sa mission se partage en effet entre un rôle dans lequel, il agit sur prescription du médecin, et un rôle propre correspondant aux 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.
13. Dans le cadre du rôle propre, l'infirmier a compétence pour prendre les initiatives et accomplir les soins qu'il juge nécessaires après avoir identifié les besoins de la personne, posé un diagnostic infirmier, formulé des objectifs de soins.

2. L'ÉVOLUTION DE LA PROFESSION D'INFIRMIER

14. Dans un contexte d'évolution du système de santé liée à la démographie médicale, à la spécialisation de la médecine, à l'importance accrue du soin et du confort du patient dans la prise en charge notamment des pathologies chroniques, ainsi qu'à l'augmentation du niveau de formation des infirmiers, l'autonomie de cette profession tend à croître.
15. Par ailleurs, les infirmiers assument une obligation de permanence des soins qui pèse sur eux. Ils soignent en effet une patientèle qui présente la particularité d'être très majoritairement composée de patients chroniques et âgés nécessitant des soins récurrents et quotidiens y compris le week-end. Ils effectuent en outre une multiplicité d'actes, rappelés aux articles R. 4311-1 et suivants du CSP.
16. Leur activité est donc particulièrement adaptée à une logique de regroupement des compétences et de mutualisation des moyens, s'inscrivant ainsi dans une logique d'efficacité et de rentabilité, mais traduisant aussi une volonté d'amélioration des conditions d'exercice, tout en permettant d'assurer une permanence des soins de plus en plus exigeante.
17. Cette logique constitue une évolution souhaitable de la profession pour répondre dans de meilleures conditions aux demandes de soins ainsi qu'aux aspirations des nouvelles générations de praticiens. En effet, pour les infirmiers, la pratique individuelle en cabinet libéral ne constitue plus nécessairement l'objectif ultime d'une carrière, en raison des nombreuses contraintes qu'elle induit.
18. À cet égard, ce regroupement des ressources et des compétences, déjà engagé dans le secteur de la médecine libérale en France, semble être le fait des praticiens les plus jeunes, peu attirés par un exercice en solitaire de la profession, puisque la collaboration peut constituer un mode d'accession favorable à l'exercice d'une profession libérale.
19. Enfin, le développement des soins ambulatoires engagé depuis vingt ans, figurant dans la stratégie nationale de santé, contraint encore davantage les infirmiers dans leurs obligations de continuité des soins et renforce encore le besoin de regroupement. En effet, « *La demande de soins infirmiers a vocation à s'accroître et à se diversifier face au vieillissement de la population et à l'augmentation du nombre de personnes en situation de dépendance, mais également face au développement des pathologies chroniques et aux besoins induits en matière d'éducation thérapeutique des patients. Parallèlement, le déplacement des soins de la sphère hospitalière vers le domicile du patient et l'évolution défavorable de la démographie médicale contribueront également à faire évoluer les besoins en soins infirmiers* »¹.
20. À ce titre, l'analyse des expériences étrangères en matière de régulation et d'organisation de la médecine ambulatoire, telle qu'elle a été menée par l'Inspection générale des finances dans un rapport d'enquête n° 2002-M-022-02 de mars 2003 ainsi que par l'IGAS dans un rapport n° 2004-044 d'avril 2004 montre qu'une pratique intégrée de cabinet de groupe rassemblant plusieurs praticiens facilite la mise en œuvre d'une médecine plus efficace et de meilleure qualité, tout en prenant mieux en compte les attentes des professionnels de santé.
21. On observe à cet égard que la pratique de la médecine de groupe est aujourd'hui très développée dans les pays anglo-saxons, soit que cette pratique collective soit ancrée de

¹ « Étude prospective du système d'information des infirmiers en exercice libéral », Agence des systèmes d'information partagés de santé, 16 mai 2013.

longue date, comme en Angleterre, où en 1980 déjà, seulement 14 % des praticiens exerçaient de manière isolée, contre 8,2 % en 2001, soit qu'elle se soit développée plus récemment, mais à un rythme rapide comme aux Pays-Bas, où la proportion de cabinets de groupe est passée de 5 à 55 % en 25 ans ou encore aux États-Unis qui sont passés d'un taux de 40 % de pratique isolée en 1980 à un taux de 25 % en 1999².

22. Une étude de l'Institut de recherche et documentation en économie de la santé montre que le regroupement des professionnels apparaît comme un moyen d'améliorer simultanément la productivité et les conditions de travail, et de renforcer la prise en charge d'une demande en augmentation³.
23. Un rapport d'information de la commission des affaires sociales du Sénat a en outre indiqué, s'agissant des médecins, que « *l'exercice regroupé a également pour intérêt d'améliorer la permanence des soins et de permettre aux médecins de confronter les pratiques professionnelles* »⁴.
24. Par ailleurs, dans un rapport remis au mois de décembre 2002 au ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées, la mission « *Démographie des professions de santé* » avait déjà indiqué que l'exercice de groupe devait être favorisé et développé, et qu'il était souhaité par l'ensemble des professions de santé. À ce titre, la mission avait proposé de développer la réflexion sur le statut de collaborateur. Elle avait ainsi précisé que « *la collaboration peut constituer un moyen pour les jeunes diplômés, qui recherchent pour bon nombre d'entre eux un exercice salarié, d'appréhender progressivement la gestion d'une entreprise libérale* »⁵.
25. Dans le cadre de son avis n° 08-A-15, le Conseil de la concurrence avait également indiqué, à propos de l'exercice de la médecine en groupe, que :
« L'analyse des pratiques des cabinets de groupe fait apparaître qu'elles peuvent présenter une plus grande efficacité que la médecine en cabinet individuel. En premier lieu, elles peuvent favoriser des gains de productivité. En deuxième lieu, elles ont un impact positif sur la qualité des soins parce qu'elles permettent un retour d'information et l'évaluation des pratiques individuelles par des groupes de pairs. Enfin, elles facilitent l'organisation de permanence de services, évitant ainsi la discontinuité des soins, tout en prenant mieux en compte les aspirations des praticiens quant à l'organisation de leur temps de travail » (point 82).
26. Par ailleurs, ces regroupements présentent d'autres avantages : en effet, les formules de rémunération mixtes fondées sur une multiplicité de méthodes de paiement (paiements à l'acte, à la capitation et salariat) que ces exercices en commun induisent permettent un meilleur contrôle de la dépense et sont, lorsqu'elles sont appliquées à un groupe de praticiens, porteuses d'une optimisation des soins.
27. Ainsi que l'Autorité l'a indiqué dans son avis n° 08-A-15, cela résulte du fait que les modalités de rémunération des praticiens influent sur la manière dont ces derniers peuvent mettre à profit l'avantage informationnel dont ils disposent par rapport à leurs patients, la

² Source : Inspection générale des finances dans un rapport d'enquête n° 2002-M-022-02 de mars 2003 ; ainsi que IGAS dans un rapport n° 2004-044 d'avril 2004.

³ « Médecine de groupe en soins primaires dans six pays européens, en Ontario et au Québec : quels enseignements pour la France ? », *Questions d'économie de la santé* n° 127, novembre 2007, Institut de recherche et documentation en économie de la santé.

⁴ Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires sociales du Sénat sur la démographie médicale, séance du 3 octobre 2007, page 37.

⁵ Mission « démographie des professions de santé », rapport n° 2002135, pages 97 à 99.

dispensation de soins relevant en partie d'une logique de « bien de confiance ». Dans un contexte de paiement à l'acte, le praticien peut être incité à réaliser davantage d'actes qu'il ne serait nécessaire ou à pratiquer des actes plus sophistiqués et donc plus chers. En revanche, lorsqu'il est payé à la capitation ou qu'il est salarié, l'incitation est inverse puisqu'il reçoit la même rémunération quel que soit son niveau d'effort et le risque est alors celui d'une sous-production de soins. Des formes de rémunération mixtes permettent donc de contrebalancer ces incitations contraires.

28. En dernier lieu, il convient de souligner que, même si les services de soins de santé sont exclus de la directive européenne « *Services* » relative aux libertés d'établissement des prestataires de services et libre circulation des services dans le marché intérieur du 12 novembre 2006, les évolutions en cours au niveau européen montrent que la Commission européenne se satisfait de moins en moins des arguments relatifs à la spécificité du secteur médical français. En effet, il faut rappeler qu'en avril 2006, à la suite d'une plainte d'un groupe financier, la Commission européenne a mis en demeure le Gouvernement français de mettre fin à l'incompatibilité de la loi française relative aux sociétés d'exercice libéral (« SEL ») avec la liberté d'établissement prévue par les traités européens. En octobre 2007, le même groupe financier a porté plainte contre l'Ordre des pharmaciens et l'État français pour violation du droit communautaire de la concurrence dans le domaine de la biologie médicale, et obtenu gain de cause⁶.

3. DES SPÉCIALITÉS DE FORMATION ET UN DYNAMISME PARTICULIER SUSCEPTIBLES DE CONSTITUER DES LEVIERS DE CONCURRENCE

29. L'exercice de la profession d'infirmier nécessite l'obtention du diplôme d'État d'infirmier, à l'issue d'une formation de trois ans, régie par l'arrêté du 31 juillet 2009.
30. Il est également possible d'exercer la profession d'infirmier sur la base d'un diplôme permettant l'exercice de la profession d'infirmier dans un pays membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européenne, d'une autorisation d'exercice pour les ressortissants européens dont le diplôme ne permet pas la reconnaissance automatique, d'une autorisation d'exercice pour les professionnels ressortissants du Québec, du diplôme d'infirmier ou d'infirmière délivré par l'école universitaire d'infirmiers de la Principauté d'Andorre.
31. Il existe en outre trois diplômes de spécialité (diplôme d'État d'infirmier de bloc opératoire, diplôme d'État d'infirmier anesthésiste, diplôme d'État d'infirmier puériculteur), que l'infirmier peut obtenir à l'issue de formations de durées variables, pouvant aller jusqu'à deux ans.
32. Comme les autres professions médicales et paramédicales, la formation des infirmiers est soumise à un *numerus clausus* fixé par arrêté du ministre, de manière stable, d'une année sur l'autre, et la profession, dont la moyenne d'âge est de 37 ans, accueille chaque année 30.000 nouveaux infirmiers.
33. Cette profession est ainsi constituée par une population jeune et potentiellement spécialisée qui alimente la dynamique du secteur, à laquelle il convient de permettre un positionnement concurrentiel dynamique, valorisant la différenciation et la modernisation.

⁶ Décision de la Commission du 8 décembre 2010, C(2010) 8952.

4. DES INFIRMIERS LIBÉRAUX MINORITAIRES MAIS EN PROGRESSION POTENTIELLE

34. Les infirmiers et infirmières constituent la plus nombreuse profession de santé en France, avec une estimation par la Direction de la recherche des études économiques et statistiques du ministère des affaires sociales et de la santé (ci-après, la « DREES ») de 638.248 infirmiers en France au 1^{er} janvier 2015, et entre 450.000 à 500.000 infirmiers, selon les corrections appliquées par l'ONI aux doubles comptabilisations du fichier ADELI (Automatisation des listes), source de la DREES.
35. L'infirmier exerce, pour plus de 80 % des effectifs en 2015, et en raison des besoins importants des hôpitaux et des cliniques en infirmiers, sous un statut salarié, soit d'entreprises privées (près d'un tiers de la profession), soit publiques (la moitié de la profession), ou enfin sous un statut libéral (plus d'un sixième de la profession).
36. Par ailleurs, même si le chiffre des infirmiers libéraux est faible, la part des infirmiers libéraux au sein de la profession a progressé de près de 3 points depuis 2005. La croissance rapide de la demande de soins à domicile et les perspectives de rémunérations plus élevées qu'à l'hôpital ont en effet encouragé les jeunes actifs à s'orienter vers l'exercice libéral. La diminution des recrutements dans le secteur hospitalier a également constitué un moteur de la croissance des effectifs libéraux.

B. DES LEVIERS DE CONCURRENCE RÉDUITS ET L'ÉMERGENCE DE NOUVELLES STRUCTURES

37. La profession subit une restriction majeure à sa liberté d'action sur le marché, puisque la profession ne connaît pas de concurrence par les prix.
38. En effet, les infirmiers libéraux choisissent, pour la quasi-totalité, d'adhérer à la convention d'assurance maladie applicable aux infirmiers, convention nationale du 25 juillet 2007 (ci-après la « Convention »)⁷, qui les contraint à appliquer les tarifs fixés dans la nomenclature générale des actes professionnels (ci-après, la « NGAP »). En contrepartie, la Caisse Nationale d'Assurance-maladie (ci-après la « CNAM ») rembourse leurs patients à hauteur de 60 % de ces tarifs (100 % si le patient est en affection de longue durée ce qui correspond à environ 80 % de la patientèle des infirmiers).
39. Cette Convention fixe les tarifs, et ne permet pas la pratique de dépassement d'honoraires au contraire de ce qui est prévu pour les médecins et les chirurgiens-dentistes (article L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale, ci-après le « CSS »).
40. Les tarifs de tous les actes des infirmiers sont conventionnés, à l'exception de deux cas de figure, pour lesquelles l'article 5.5.2 de la Convention prévoit un dépassement autorisé, soit :
 - « *circonstances exceptionnelles de temps et de lieu dues à une exigence particulière du malade (DE)* ;
 - *lorsque le déplacement n'est pas prescrit (DD)* ».

⁷ Convention nationale destinée à organiser les rapports entre les infirmières et infirmiers libéraux et l'assurance maladie, publiée au Journal Officiel du 25 juillet 2007 (texte actualisé – mars 2014).

41. Dans ce cas, le montant conventionné de l'acte est remboursé, mais non pas le dépassement. Selon les chiffres de l'Assurance maladie, cette situation concerne 0,7 % des dépenses⁸.
42. Un professionnel de santé n'est pas obligé de se conventionner, mais il est rare qu'il ne le soit pas, puisqu'une telle situation pénaliserait les patients en affectant leur remboursement. Ainsi, sur 157.484 auxiliaires médicaux libéraux, 150 seulement ne sont pas conventionnés, dont 2 infirmiers sur les 73.265 exerçant à titre libéral en France Métropolitaine⁹.
43. Si l'activité des infirmiers ne bénéficie donc pas d'un régime de liberté tarifaire, l'existence d'une réglementation des prix ne peut néanmoins justifier une absence totale de concurrence. Comme le Conseil de la concurrence le relevait en 2008 dans sa dernière étude thématique « concurrence et santé » : « *En cas de réglementation des prix sur un marché, la concurrence applicable concerne alors tous les autres aspects du fonctionnement de ce marché* ». Il importe en effet de maintenir autant que faire se peut les rares espaces de concurrence sur d'autres aspects que tarifaires afin notamment que de nouveaux entrants puissent contester les positions acquises et développer de nouvelles offres de soins aux patients, et contribuer ainsi à diversifier l'offre. Les cabinets installés qui exercent à l'abri de toute pression concurrentielle ne sont pas nécessairement ceux qui sont en mesure d'offrir les meilleures prestations à leur clientèle.
44. Or, le constat d'une très forte disparité de densité selon les départements a conduit les syndicats d'infirmiers libéraux et la CNAM à concevoir un dispositif de régulation des installations en zones excédentaires et d'incitation dans les zones déficitaires mis en place en septembre 2008 par la Convention, tout d'abord de manière expérimentale (avenant n° 1) puis pérennisé en 2011 (avenant n° 3). Une légère réduction de l'écart entre les densités départementales a déjà pu être obtenue.
45. Ce dispositif, qui restreint la liberté d'installation des infirmiers libéraux adhérents à la Convention, constitue ainsi une limitation supplémentaire à leur capacité de se concurrencer.
46. Les modalités d'exercice de la profession, telles que le remplacement, la collaboration, le salariat, la communication doivent dans ce contexte, et dans le respect des règles de l'art et de la santé des patients, être d'autant plus libérales.
47. S'ajoute à ces considérations l'émergence de nouvelles structures sur le marché, créant une nouvelle forme de concurrence, imposant plus encore de souplesse.
48. La logique de regroupement s'est en effet naturellement développée dans le cadre de centres de santé pluridisciplinaires, des maisons de santé, et de multiples offres regroupées de soins sont apparues : les HAD (hospitalisation à domicile), les SSIAD (services de soins infirmiers à domicile, pour l'essentiel offrant des soins prodigués par des aides-soignants, sous le contrôle infirmier), les centres de santé, les CSI (centres de soins infirmiers), les EHPAD (établissement d'hébergement des personnes âgées dépendantes), les SSAD (service de soins à domicile), les SPASSAD (regroupement de soins et de services), les PSAD (prestataires de soins à domicile, qui aiguillent vers des infirmiers) et les SISA (sociétés interprofessionnelles des soins ambulatoires).

⁸ « Décomposition de la dépense totale » - résultats cumulés à fin décembre 2015.

⁹ « Conventionnement par département en 2013 », Source SNIR.

49. Ces structures obéissent à une réglementation moins stricte que celle applicable aux infirmiers : elles ne sont notamment pas soumises, en tant que telles aux règles de la profession infirmière, comme celles relatives à la publicité.
50. Or, dès lors qu'une concurrence pourrait s'intensifier avec ces structures, il est impératif de redonner aux infirmiers des leviers de concurrence, notamment autour de l'existence, de la croissance, de la visibilité et de la communication des cabinets libéraux.
51. Ce n'est néanmoins pas la direction empruntée par le projet de code élaboré par l'ONI.

C. LA LÉGITIMITÉ RELATIVE DU CADRE JURIDIQUE DU CODE

1. UN ORDRE SEUL COMPÉTENT, INITIALEMENT CONTESTÉ ET NON REPRÉSENTATIF DES INFIRMIERS INSCRITS À SON TABLEAU

52. L'ONI est issu de la loi n° 2006-1668 du 21 décembre 2006. Son existence, son fonctionnement et ses compétences sont prévus par les articles L. 4312-1 et suivants du CSP.
53. L'ONI est un organisme de droit privé chargé de missions de service public, en tout point comparable aux missions des autres Ordres, et notamment de l'inscription des infirmiers au tableau, garantie de l'exercice légal de la profession (puisque les qualifications et la moralité sont vérifiées lors de cette inscription).
54. L'inscription au tableau de l'ONI est une condition légale d'exercice de la profession, en application de l'article L. 4311-15 du CSP.
55. Or, selon la direction générale de l'offre de soins (ci-après, la « DGOS »), le nombre des infirmiers inscrits à l'ONI s'élève à 180.000 (dont 14.139 nouveaux inscrits entre le 1^{er} janvier et le 30 octobre 2015), ce qui représente environ 30 % des infirmiers en exercice.
56. Selon l'ONI, qui dispose d'estimations distinctes, 190.000 infirmiers sont inscrits sur une profession estimée par l'ONI à 450.000 à 500.000, soit près de 40 % des infirmiers. Cet Ordre est, en nombre d'inscrits, le second Ordre de France.
57. Les raisons pour lesquelles tous les professionnels ne sont pas inscrits sont nombreuses. La première a été la cotisation, fixée à 75 euros pour tous les professionnels, sans pondération entre les salariés et les libéraux (qui n'ont pas le même pouvoir d'achat) ; ce montant a finalement été modulé selon le statut de l'infirmier.
58. Se sont ajoutés des problèmes de gestion ayant mené l'ONI à une situation proche de la cessation de paiement. Grâce à un plan de restructuration, l'ONI est en voie d'apurement de la dette, la dernière annuité sera réglée en 2017.
59. Ces difficultés, qui ont conduit à envisager la disparition de l'ONI, ont finalement été résorbées et le dialogue entre l'ONI, le pouvoir politique et la profession a été rétabli. Les débats parlementaires à l'Assemblée Nationale et au Sénat sur le projet de loi de modernisation du système de santé ont toutefois conduit à une suppression de l'ONI en première lecture, montrant que de nombreuses interrogations subsistent sur l'adaptation d'une structure ordinaire à la profession d'infirmier. Rétabli en deuxième lecture, l'ONI entend rappeler que l'inscription est obligatoire.

60. Dans ce contexte, les 300.000 infirmiers, qui ne sont pas inscrits au tableau, pourraient être considérés comme étant en situation d'exercice illégal.
61. L'ONI tente de régulariser cette situation : s'agissant des salariés, l'ONI réclame la publication d'un projet de décret prévoyant une préinscription par l'employeur d'un infirmier (comme cela sera prochainement le cas pour les masseurs-kinésithérapeutes). C'est d'ailleurs dans l'intérêt des employeurs, qui peuvent être poursuivis pour complicité d'exercice illégal de la profession.
62. S'agissant des infirmiers libéraux, une instruction devrait être adressée pour que les textes soient respectés strictement, c'est-à-dire que les infirmiers ne puissent être conventionnés par la CNAM que s'ils sont inscrits à l'ONI. Enfin, l'ONI peut déposer des plaintes pour exercice illégal de la profession infirmière, ce qui a été fait, mais sans qu'une suite soit donnée à ces plaintes.
63. L'inscription au tableau emporte une conséquence fondamentale au regard du projet de code examiné, puisqu'elle détermine les pouvoirs de poursuites et de sanctions de l'ONI, limités aux infirmiers inscrits.
64. Les infirmiers non inscrits au tableau ne peuvent dès lors pas faire l'objet de poursuites devant l'ONI, ni devant aucune juridiction au seul motif d'une violation des règles professionnelles applicables (articles R. 4312-1 et suivants du CSP). Une violation de ces règles ne pourrait être invoquée qu'à l'occasion d'un litige faisant apparaître une telle violation des règles professionnelles.
65. Par ailleurs, à la faible représentativité de l'ONI, résultant du faible nombre d'inscrits au tableau, s'ajoute celle résultant de la déconnexion entre les inscriptions et la représentation au sein des instances ordinales.
66. En effet, sur les 190.000 infirmiers inscrits, 50 % sont libéraux, 50 % sont salariés, selon les indications de l'ONI. Néanmoins, en dépit de cette parité d'inscrits, les infirmiers libéraux sont sous-représentés dès lors que la représentativité au sein des instances ordinales est assise sur la démographie : l'article R. 4311-91 du CSP stipule en effet que « *le conseil national de l'ordre des infirmiers comprend cinquante-deux membres, dont douze représentant les infirmiers exerçant à titre libéral, seize représentant les infirmiers salariés du secteur privé et vingt-quatre représentants les infirmiers du secteur public, et autant de suppléants* » (article R. 4311-85 du CSP pour la composition des conseils régionaux et D. 4311-56 du CSP pour celle des conseils départementaux). Cette représentation ne tient donc nullement compte de la réalité des infirmiers inscrits à l'Ordre, puisqu'elle est assise sur la seule démographie, légèrement corrigée, laquelle ne correspond pas aux inscriptions. Les infirmiers libéraux inscrits s'en trouvent dès lors pénalisés.
67. Se pose ainsi avec acuité la question de la légitimité de l'ONI à édicter un code, sans aucune consultation des syndicats professionnels, et à le voir appliquer, en vertu de l'article L. 4312-1 du CSP.

2. UN PROJET DE CODE CONSERVATEUR

68. Sur la base de l'article L. 4312-1 de CSP, l'ONI a donc constitué un groupe de travail, composé de membres du Conseil national représentant les différents statuts d'exercice, et qui a bénéficié du concours d'un universitaire spécialiste des questions de déontologie en santé. Ce groupe s'est appuyé sur tous les codes de déontologie des professions de santé en

France et à l'étranger. Si l'avant-projet adopté le 8 décembre 2009 par le Conseil national a été transmis à tous les conseils départementaux et régionaux pour recueillir leurs observations et propositions d'amendements, il n'a été soumis à aucune consultation des syndicats professionnels, ce que ces derniers considèrent comme étant « scandaleux ».

69. Adopté par le Conseil National de l'ONI le 9 février 2010 après huit mois de travail, le projet ne présentait, à l'issue de cette période de consultation, aucune modification sur les dispositions qui avaient retenu l'attention de l'Autorité de la concurrence à l'occasion de plusieurs avis rendus en matière de codes de déontologie des professions de santé. Il a été transmis, inchangé sur ces points, à la ministre chargée de la santé le 10 mars 2010, en vue de sa promulgation sous la forme d'un décret en Conseil d'État.
70. Dans sa mission, s'agissant du projet de code de déontologie des infirmiers, la DGOS a indiqué être soumise aux contraintes suivantes, limitant drastiquement ses capacités d'orientation ou d'amendement du projet :
 - celle de rechercher une harmonie et une concordance entre le projet de code de déontologie et les codes de déontologie existants, applicables à d'autres professions de santé ;
 - celle de sa compétence limitée, la responsabilité de la rédaction du code de déontologie incombant à l'ONI en vertu des dispositions de l'article L. 4312-1 du CSP et la DGOS n'ayant qu'un pouvoir d'initiative restreint de révision des projets, circonscrit aux dispositions manifestement illégales selon la pratique consultative de la section sociale du Conseil d'État.
71. Le projet de code de déontologie, proposé par l'ONI, a par la suite été mis en sommeil en raison des difficultés rappelées ci-avant, ce qui a conduit l'ONI à déposer un recours devant le Conseil d'État, pour voir publier ce code, recours qui a prospéré et sa publication a été ordonnée sous astreinte de 500 euros par jour de retard par décision du 20 mars 2015.
72. À la suite de cette décision, le Conseil national a voté, lors de sa séance du 2 avril 2015, le maintien de sa version datant de 2010, contenant des dispositions dont l'Autorité de la concurrence avait déjà eu l'occasion de souligner le caractère anticoncurrentiel, en dernier lieu lors de l'examen du code de déontologie des pédicures-podologues.
73. Une réunion de travail a eu lieu entre la DGOS et les représentants de l'ONI le 8 janvier 2016, sur la base de la version adressée en 2010, à l'occasion de laquelle la DGOS a soulevé l'existence de dispositions problématiques, notamment s'agissant de la collaboration libérale, des cabinets secondaires et du remplacement. Pour autant, l'ONI a consenti à reprendre uniquement les remarques inhérentes à des dispositions manifestement illégales.
74. Le projet de décret a par la suite été soumis pour avis au Haut conseil des professions paramédicales le 4 février 2016, qui a rendu un avis favorable.
75. Les règles professionnelles des infirmiers figurant depuis 1993 (et inchangées depuis) aux articles R. 4312-1 et suivants du CSP font office de règles déontologiques dans l'attente de cette publication.
76. Le projet de décret abroge le chapitre du CSP consacré à ces règles professionnelles des infirmiers, qu'il remplace par un chapitre « *Déontologie des infirmiers* », dont les quatre-vingt-quatorze articles se présentent en cinq sections, portant sur :
 - les devoirs généraux ;
 - les devoirs envers les patients ;

- les rapports des infirmiers entre eux et avec les autres professionnels de santé ;
 - les règles relatives aux différents modes d'exercice, communes à tous les modes, puis spécifiques au mode salarié et spécifiques au mode libéral.
77. Y figurent, en dépit des préconisations de l'Autorité à l'occasion de l'examen d'autres codes de déontologie dans le domaine de la santé, et de besoins spécifiques de la profession, de nombreuses restrictions, parfois renforcées qu'il convient d'identifier.

II. Analyse du projet de décret soumis à l'Autorité

A. LE PROJET DE DÉCRET

1. LES DISPOSITIONS SUSCEPTIBLES DE RESTREINDRE L'EXERCICE DE LA PROFESSION

a) Remarque préliminaire quant au champ d'application

78. Le champ d'application des règles examinées, défini par l'article R. 4312-1 du CSP, couvre tous les infirmiers en exercice.
79. Néanmoins, comme indiqué ci-avant, seuls les infirmiers inscrits peuvent faire l'objet de poursuites devant l'ONI, en application de l'article L. 4312-7 du CSP.

b) Dispositions relatives au montant des honoraires et au détournement de clientèle

80. Les articles R. 4312-61 et R. 4312-84 du CSP interdisent, entre autres, l'abaissement d'honoraires en disposant respectivement : « *Le détournement et la tentative de détournement de clientèle sont interdits. Il est interdit à l'infirmier d'abaisser ses honoraires dans un but de concurrence* » et « *Tous procédés de concurrence déloyale et notamment tout compéage, commission, abaissement ou partage d'honoraires et détournement de clientèle sont interdits à l'infirmier* ».

c) Dispositions relatives à la publicité

81. L'interdiction de publicité, prévue à l'article R. 4312-77 du CSP, est déclinée au travers de nombreuses dispositions issues du projet de décret.
82. Il en va de même pour les indications pouvant être portées par les infirmiers dans les feuilles d'ordonnances (article R. 4312-56 du CSP), annuaires (article R. 4312-70 du CSP), sur leurs plaques professionnelles (article R. 4322-71 du CSP) et dans la presse, ainsi que le nombre d'annonces pouvant être publiées, leur contexte et la communication préalable au Conseil de l'Ordre (article R. 4312-72 du CSP).

d) Dispositions relatives aux modalités d'exercice de la profession

83. Le projet de décret pose de nombreuses limites aux différentes modalités d'exercice de la profession.

Sociétés, collaborateurs et salariés

84. Le projet de décret soumet tous exercices regroupant les professionnels à la communication préalable des contrats les organisant.
85. Le projet de décret restreint par ailleurs la collaboration, en limitant à un seul le nombre de collaborateur dont l'infirmier peut s'attacher le concours (article R. 4312-90 du CSP), et interdit le salariat par un infirmier d'un autre infirmier, notamment (article R. 4312-91 du CSP).

Remplacement

86. Les articles R. 4312-85 à 89 du CSP limitent à deux le nombre de remplacements pouvant être effectués en même temps, et restreignent les modalités de remplacements, inspirés des règles prévues à cet égard par la Convention (article 5.2.3).

e) Dispositions relatives aux cabinets secondaires

87. Les dispositions de l'article R. 4312-73 du CSP posent le principe de l'unicité du cabinet d'infirmier, et de l'autorisation préalable de l'ouverture d'un cabinet secondaire.

f) Dispositions relatives à des règles de non-concurrence

88. L'article R. 4312-69 du CSP, issu du projet de décret, restreint la possibilité de s'installer dans le même immeuble qu'un confrère ou à proximité immédiate de son cabinet.
89. De manière similaire, l'article R. 4312-89 du CSP restreint pendant deux ans la possibilité pour un infirmier qui a fait le remplacement d'un confrère pendant une période supérieure à trois mois, consécutifs ou non, d'exercer là où il pourrait entrer en concurrence avec ce dernier.

2. ANALYSE DES DISPOSITIONS VOISINES EXISTANT DANS LES CODES DE DÉONTOLOGIE DES AUTRES PROFESSIONS MÉDICALES

90. Des dispositions comparables à celles identifiées ci-dessus sont prévues dans les codes de déontologie applicables aux médecins, aux chirurgiens-dentistes, aux sages-femmes, aux masseurs-kinésithérapeutes ainsi qu'aux pédicures-podologues, sur lesquels l'Autorité de la concurrence s'est récemment prononcée, s'agissant des deux dernières professions, dans ses deux avis, respectivement, n° [08-A-15](#) et n° [12-A-07](#) (ci-après « avis n° 12-A-07 »). L'examen comparé de ces différents codes de déontologie de professions médicales et paramédicales permet de situer et d'évaluer celui applicable aux infirmiers.

a) Sur les dispositions relatives aux honoraires

91. L'interdiction d'abaisser les honoraires dans un but de concurrence est présente dans les codes de déontologie des professions dont les actes sont conventionnés, comme ceux des

médecins (article R. 4127-67 du CSP), des chirurgiens-dentistes (article R. 4127-240 du CSP), des sages-femmes (article R. 4127-355 du CSP). Cette interdiction a en revanche été supprimée du projet de code de déontologie des pédicures-podologues, dont les tarifs sont essentiellement libres, à la suite de l'avis n° 12-A-07 (article R. 4322-61 du CSP), et il y est seulement prévu qu'ils sont fixés avec tact et mesure, de même que pour les masseurs-kinésithérapeutes (article R. 4321-98 du CSP).

92. Les dispositions prévues pour les infirmiers sont dès lors similaires à celles applicables aux professions dont les actes sont conventionnés, plus strictes que celles applicables aux professions dont les actes ne le sont pas.

b) Sur les dispositions relatives à la publicité

93. L'interdiction de principe de la publicité constitue un principe commun à l'ensemble des professions de santé.
94. Comme les règles applicables aux médecins (article R. 4127-82 du CSP), aux sages-femmes (article R. 4127-340 du CSP) et finalement, après recommandation de l'Autorité dans son avis n° 12-A-07, aux pédicures-podologues (article R. 4322-75 du CSP), qui avaient initialement prévu un régime plus contraignant d'autorisation préalable, les dispositions visant les infirmiers à cet égard prévoient une communication préalable des annonces au Conseil de l'Ordre compétent, ainsi que la restriction de ces annonces, en termes de contenu, de nombre (une seule pour les médecins et sages-femmes) et de contexte de parution.
95. Les dispositions prévues pour les infirmiers sont dès lors très comparables à celles prévues pour les autres professions de santé.

c) Sur les dispositions relatives aux cabinets secondaires

96. Des dispositions limitant la possibilité d'ouvrir des cabinets secondaires existent au sein des codes de déontologie de toutes les professions de santé, qui posent que le lieu habituel d'exercice d'un praticien est celui de sa résidence professionnelle au titre de laquelle il est inscrit au tableau.
97. Les codes de déontologie des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes et des pédicures-podologues, en dépit de la position contraire de l'Autorité dans son avis n° 12-A-07, soumettent l'ouverture de tout cabinet secondaire à l'autorisation du conseil régional de l'Ordre compétent.
98. Toutefois, les masseurs-kinésithérapeutes peuvent ouvrir sur simple déclaration un premier cabinet secondaire (article R. 4321-129 du CSP), le contrôle n'intervenant que pour l'ouverture d'un deuxième cabinet secondaire.
99. Les dispositions prévues pour les infirmiers sont dès lors similaires à celles prévues pour l'essentiel des autres professions de santé.

d) Sur les dispositions relatives à des règles de non-concurrence

100. Les codes de déontologie des autres professions médicales prévoient des règles de non-concurrence à l'issue du remplacement d'un confrère, ou lors de l'installation.

Les règles prévues en cas de remplacement d'un confrère

101. Les dispositions de l'article R. 4312-89 du CSP, telles qu'issues du projet de décret, se retrouvent pratiquement à l'identique au sein des codes de déontologie des autres professions de santé, qui prévoient une interdiction de concurrence de deux ans en cas de remplacement d'une durée supérieure à trois mois.
102. Comme pour les médecins, l'article R. 4312-89 du CSP renforce, pour l'infirmier, le poids de cette restriction en ajoutant que ces trois mois peuvent être « *consécutifs ou non* ». En revanche, ces dispositions prévoient également la possibilité d'un accord entre les intéressés, les libérant de cette interdiction. De plus, comme pour les médecins, le texte de l'article R. 4312-89 du CSP indique également que lorsque l'accord ne peut être obtenu, l'affaire doit être soumise au conseil départemental de l'Ordre qui apprécie l'opportunité et décide de l'installation : le pouvoir de l'Ordre sur ce point apparaît significativement plus important pour les infirmiers et médecins que pour les autres professions. Ainsi, si les dispositions applicables aux pédicures-podologues (article R. 4322-87 du CSP) prévoient également la possibilité d'un accord entre praticiens, communiqué au conseil régional, ceux-ci *peuvent* saisir le conseil régional en cas de différend, et n'y sont pas tenus comme le texte le prévoit pour les infirmiers.
103. Les dispositions prévues pour les infirmiers sont dès lors plus strictes que celles applicables aux professions autres que les médecins.

Les règles relatives à l'installation dans un immeuble où un confrère est déjà installé

104. L'interdiction d'installation dans un immeuble où exerce un confrère de même discipline, sauf accord du Conseil de l'Ordre ou entre les professionnels concernés, est également prévue dans les autres codes de déontologie et notamment pour les médecins à l'article R. 4127-90 du CSP, à l'article R. 4127-278 du CSP pour les chirurgiens-dentistes et à l'article R. 4127-347 du CSP pour les sages-femmes.
105. Le projet de décret des infirmiers ajoute néanmoins la restriction à une installation dans un immeuble « *à proximité immédiate* » d'un immeuble où un confrère serait déjà installé, renforçant ainsi la portée de la restriction par rapport aux autres professions de santé.

e) Sur les dispositions relatives aux modalités d'exercice de la profession

106. Affirmant que l'exercice de leur profession est personnel, le code de la plupart des professions médicales restreint la collaboration ou le salariat.

Sur les collaborateurs

107. Des dispositions relatives à la limitation du nombre de collaborateurs, ainsi que des modalités de collaboration figurent dans de nombreux codes de déontologie, comme celui des médecins (article R. 4127-87 du CSP) ou des chirurgiens-dentistes (article R. 4127-276 du CSP).
108. Pour les masseurs-kinésithérapeutes, leur code de déontologie précise simplement que les contrats sont communiqués au Conseil de l'Ordre (article R. 4321-111 du CSP) et que la durée de la collaboration libérale ne peut excéder quatre années. Passé ce délai, les modalités de la collaboration sont renégociées (article R. 4321-131 du CSP). Le même régime de durée et de renégociation est prévu pour les pédicures-podologues (article

R. 4322-89 du CSP), lesquels ont en revanche la possibilité de s'attacher le concours d'« un ou plusieurs » collaborateurs.

109. En ce qui concerne les sages-femmes, il leur est interdit en vertu des dispositions de l'article R. 4127-343 du CSP, et sans précision sur la nature du contrat les liant, d'employer pour leur compte dans l'exercice de leur profession une autre sage femme, sauf circonstances exceptionnelles, auquel cas la demande est soumise à l'autorisation du Conseil de l'Ordre.
110. Les dispositions prévues pour les infirmiers sont dès lors proches des régimes restrictifs.

Sur les salariés des infirmiers

111. L'interdiction du salariat d'un praticien par un autre praticien ne se retrouve pas dans tous les codes de déontologie.
112. Le code des médecins (article R. 4127-87 du CSP) et celui des chirurgiens-dentistes (article R. 4127-276 du CSP) en prévoient expressément la possibilité. Le code des masseurs-kinésithérapeutes (article R. 4321-131 du CSP) ou celui des pédicures-podologues (article R. 4322-89 du CSP) ne l'excluent pas explicitement, mais ne le réglementent pas non plus.
113. Les dispositions prévues pour les infirmiers sont dès lors parmi les plus restrictives.

Sur les remplacements

114. Si les modalités de remplacements, notamment d'information de l'Ordre, de contrat écrit éventuel (sauf pour les médecins et les sages-femmes) de durée maximum (pour pédicures-podologues) se retrouvent dans le code de la plupart des professionnels de santé, tels que celui des médecins (article R. 4127-65 du CSP), des pédicures-podologues (article R. 4322-85 du CSP), des chirurgiens-dentistes, (article R. 4127-275 du CSP), des masseurs-kinésithérapeutes (article R. 4321-107 du CSP), des sages-femmes (article R. 4127-357 du CSP), la restriction quant au nombre de praticiens que le professionnel peut remplacer en même temps ne se retrouve nulle part.
115. Ici encore, les dispositions prévues pour les infirmiers sont plus restrictives que celles applicables aux autres professions de santé, et l'Autorité observe en conclusion que les restrictions ainsi relevées dans le projet de code sont dans leur ensemble aussi strictes voire plus strictes que celles figurant dans les autres codes.

B. ANALYSE CONCURRENTIELLE

1. LES SPÉCIFICITÉS DE LA PROFESSION D'INFIRMIERS AU REGARD DE L'APPLICATION DES RÈGLES DE CONCURRENCE

116. Les infirmiers sont à la fois une profession libérale et une profession de santé, impliquant des enjeux particuliers, tant éthiques que de politique publique. Néanmoins, leur activité est soumise aux règles de concurrence.

a) Professions libérales et droit de la concurrence

117. Faute de définition légale des professions libérales, le droit communautaire a tenté d'en donner une définition notamment dans la directive n° 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles où il est précisé, au considérant 43, qu'une profession libérale est « *une profession exercée sur la base de qualifications professionnelles appropriées, à titre personnel, sous sa propre responsabilité et de façon professionnellement indépendante en offrant des services intellectuels et conceptuels dans l'intérêt du public* ».
118. Les professions libérales, exerçant une activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné¹⁰ sont des entreprises au sens du droit de la concurrence.
119. Dans un rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales en date du 17 février 2004, la Commission européenne a considéré qu'il peut cependant être nécessaire de réglementer les services des professions libérales, en raison de l'asymétrie de l'information entre les consommateurs et les prestataires de services, de leurs effets externes, dès lors que sur certains marchés, la prestation d'un service peut avoir une incidence sur des tiers et pas seulement sur le client qui achète le service, et enfin du fait que certains services des professions libérales sont considérés comme des biens publics présentant une valeur pour l'ensemble de la société.
120. Le Conseil de la concurrence a également relevé, dans le cadre de son avis n° 08-A-15, la nécessité de réglementations particulières, afin de satisfaire aux exigences de qualité qui s'attachent à ces professions, tout en soulignant que les restrictions à la concurrence contenues au sein de ces règles professionnelles doivent être inhérentes aux objectifs d'intérêt général poursuivis et ne doivent pas au-delà de ce qui est nécessaire.

b) Santé et droit de la concurrence

121. Dans une étude thématique publiée dans son rapport annuel pour l'année 2008, le Conseil de la concurrence a rappelé que les règles de concurrence devaient s'appliquer aux marchés de la santé, en raison de la nature économique de l'activité de soins et indiqué qu'en matière de santé, il convient d'analyser l'équilibre existant entre les impératifs de santé publique et les règles de libre concurrence¹¹.
122. Eu égard aux éléments développés ci-dessus, il convient de vérifier si les restrictions contenues dans le projet de code de déontologie des infirmiers sont nécessaires et strictement proportionnées aux objectifs éthiques et de santé publique qu'elles poursuivent.

2. ANALYSE DES RESTRICTIONS ENVISAGÉES

123. L'analyse ci-après portera sur chacune des catégories de restrictions relevées ci-avant.

a) Champ d'application

124. Ainsi qu'il a été présenté, les infirmiers ne sont pas tous inscrits au tableau de l'ONI, et dès lors, ne sont pas tous soumis au même régime, ce qui pose à l'évidence un problème de concurrence aux infirmiers n'exerçant pas selon les mêmes contraintes de statut.

¹⁰ CJCE, C-35/96 du 18 juin 1998, *Commission c. Italie*, par. 36.

¹¹ Pages 100 et 136.

125. Selon l'ONI, la question des infirmiers non inscrits est en cours de règlement, afin que le champ d'application du décret soit effectivement généralisé à la totalité des infirmiers exerçants.
126. Même si cette situation n'est pas destinée à se maintenir, l'Autorité souligne qu'il est indispensable que le statut des praticiens soit uniformisé à cet égard, et que l'ONI et les pouvoirs publics mettent tout en œuvre afin que l'inscription au tableau de toute la profession soit rapidement effective.

b) Dispositions relatives aux honoraires

127. L'Autorité de la concurrence a déjà estimé, dans son avis relatif aux pédicures-podologues, que l'interdiction d'un abaissement des honoraires dans un but de concurrence, même si elle se trouve dans le code de déontologie de la plupart des autres professions de santé, était restrictive de concurrence et devait être supprimée, ce qui a été fait s'agissant du code de pédicures-podologues (article R. 4322-61 du CSP).
128. En l'occurrence, les infirmiers libéraux sont soumis à la convention qui les prive de toute liberté tarifaire : cela ôte toute pertinence pratique à l'interdiction en cause.
129. Par ailleurs, les arguments avancés par l'ONI ne permettent pas de justifier cette restriction, si elle trouvait à s'appliquer.
130. S'agissant de l'éthique, de la solidarité, de la spécificité de la profession ainsi soulevées, celle-ci est garantie par de nombreuses autres dispositions contenues dans le projet de code, définissant les devoirs généraux de la profession, ainsi que les devoirs des infirmiers vis-à-vis de leurs confrères, tels que les articles R. 4312-25 et s. du CSP (définissant les rapports des infirmiers entre eux).
131. L'ONI pourrait ainsi vérifier le respect par le praticien concerné des règles essentielles de confraternité, notamment au regard de l'interdiction générale du détournement de clientèle édictée par le premier alinéa de l'article R. 4312-61 du CSP et par l'article R. 4312-84 du CSP, qui interdit également les procédés de concurrence déloyale.
132. S'agissant de la désorganisation de l'universalité des soins et de la couverture du tissu social, un dispositif spécifique de zonage prévu par la Convention permet de répondre à un tel risque.
133. Quant à la qualité des soins pouvant être mise en péril, l'ONI pourrait sanctionner le praticien n'ayant pas respecté les règles relatives à la qualité des soins, à l'hygiène et à la sécurité des patients, en application des dispositions spécifiques le lui imposant, telles que l'article R. 4312-37, dernier alinéa, du CSP.
134. Sur la base de ces éléments, les dispositions des articles R. 4312-61 et R. 4312-84 du CSP, telles qu'issues du projet de décret, interdisant d'abaisser les honoraires dans un but de concurrence ne paraissent répondre ni aux préoccupations de l'ONI ni à celles des syndicats. Outre qu'elles sont de nature à restreindre la concurrence entre professionnels, ces dispositions sont sans aucune pertinence, ni au regard de l'objectif recherché, ni au regard de la possibilité effective pour les infirmiers de la mettre en œuvre.
135. Par conséquent, l'Autorité est d'avis de supprimer la phrase « *Il est interdit à l'infirmier d'abaisser ses honoraires dans un but de concurrence* » figurant à l'article R. 4312-61 du CSP, ainsi que la mention « *abaissement ou* » figurant à l'article R. 4312-84 du CSP.

c) Dispositions relatives à la publicité

136. L'interdiction de la publicité est un principe commun à l'ensemble des professions de santé, l'exercice de ces professions ne pouvant être assimilé à une activité commerciale, ce qui serait contraire aux principes de dignité et d'indépendance de la profession.
137. Néanmoins, l'Autorité a rappelé que si l'interdiction générale de publicité posée pour les infirmiers est proportionnée aux exigences liées à la santé publique et à la confiance nécessaire entre les patients et les praticiens, cette interdiction doit cependant permettre aux patients d'avoir connaissance de l'existence de ces praticiens et de leurs conditions d'exercice. Cette publicité est d'autant plus importante que la profession connaît un fort taux de renouvellement. À cet égard, il convient de distinguer ce qui relève de la publicité commerciale de ce qui correspond à la diffusion d'une information objective et proportionnée à destination des patients.
138. En l'occurrence, l'Autorité relève que la publication des modifications des horaires de permanence n'est plus visée parmi les cas où la publication d'annonce est autorisée, mais il s'agit, selon l'ONI, d'un oubli, qui sera rectifié, et non d'une exclusion.
139. Par ailleurs, l'article R. 4312-70 du CSP limite les indications que l'infirmier et les sociétés d'exercice en commun peuvent diffuser par voie d'annuaire ou de tout autre support accessible au public au nom, prénoms, adresse professionnelle, numéros de téléphone de télécopie et adresse électronique professionnelle, à l'exception des coordonnées personnelles. Or, les infirmiers peuvent avoir acquis un diplôme de spécialité qui constitue une information essentielle permettant d'optimiser le choix de l'infirmier par le patient, et constitue un des rares éléments permettant aux infirmiers notamment libéraux de se distinguer et de valoriser leurs compétences sur un marché où les prix, les actes et l'installation sont entièrement contraints. Dans ces conditions, cette mention doit être autorisée. Cette recommandation paraît d'autant plus pertinente dans le contexte de l'évolution de la profession d'infirmier décrite plus haut. En effet, les infirmiers libéraux qui souhaiteraient développer leur activité pour répondre aux besoins croissants de la population doivent pouvoir informer les patients de leurs spécialités.
140. Enfin, cette disposition apparaît largement obsolète dans son libellé, notamment s'agissant des supports de publication, via Internet, qui ne sont pas explicitement visés. Ainsi, le code de déontologie des sages-femmes prévoit-il à l'article R. 4327-310 du CSP : « *Ne constitue pas une publicité au sens de cet article, la diffusion directe ou indirecte, notamment sur un site internet, de données informatives et objectives, qui, soit présentent un caractère éducatif ou sanitaire, soit figurent parmi les mentions légales autorisées ou prescrites par les articles R. 4127-339 à R. 4127-341, soit sont relatives aux conditions d'accès au lieu d'exercice ou aux contacts possibles en cas d'urgence ou d'absence du professionnel. Cette diffusion d'information fait préalablement l'objet d'une communication au conseil départemental de l'ordre* ». La restriction faite à ce type de publications électroniques, qui ne sont pas expressément autorisées, apparaît dès lors excessive.
141. Sous les réserves de rectification par l'ONI de l'oubli concernant la publication des changements d'horaires, l'Autorité est d'avis d'ajouter « *diplômes et titres* » avant « *à l'exclusion des coordonnées personnelles* » ainsi que « *notamment sur un site internet* », après « *annuaire ou de tout autre support accessible au public* » dans l'article R. 4312-70 du CSP.

d) Sur les dispositions relatives aux cabinets secondaires

142. Si les dispositions à cet égard sont proches de celles applicables pour les autres professionnels de la santé, la Cour de justice de l'Union européenne (alors Cour de justice des Communautés européennes) avait, dans un arrêt du 30 avril 1986, *Commission contre France*, jugé que la règle de l'unicité de cabinet applicable aux médecins apportait une entrave à la liberté d'établissement et ne pouvait donc être admise que si elle n'entraînait aucune discrimination et était fondée sur « *la considération d'obligations générales inhérentes au bon exercice des professions en cause* ».
143. L'interdiction de principe des cabinets secondaires posée par le premier alinéa de cette disposition reprend pourtant le régime déjà critiqué par l'Autorité de la concurrence, néanmoins maintenu après son avis pour les pédicures-podologues, qui, contrairement à ce qui est prévu pour les masseurs-kinésithérapeutes, impose l'obtention d'une autorisation dès l'ouverture d'un premier cabinet secondaire.
144. Par ailleurs, cette disposition confère à l'ONI le pouvoir de réguler l'installation des cabinets secondaires en fonction d'une analyse des besoins des patients et de l'offre de soins déjà existante.
145. Or, le zonage prévu par la Convention suffit à répondre aux objectifs de bonne répartition des professionnels poursuivis par les restrictions à l'ouverture de cabinets secondaires insérées dans le projet de code : l'ONI ne serait pas légitime, ni suffisamment expérimenté et neutre pour s'en charger. Son avis serait acceptable, mais l'ONI ne devrait pas être décisionnaire.
146. En premier lieu, on peut rappeler à cet égard les interrogations exprimées dans l'avis n° 08-A-15 sur l'efficacité de ces dispositifs de limitation d'ouverture de sites secondaires, présents dans tous les codes de déontologie, en matière de rééquilibrage démographique des professions concernées et sur l'opportunité de confier aux Ordres professionnels, et ce au niveau départemental comme en l'occurrence, la responsabilité de la régulation de l'offre des praticiens.
147. En deuxième lieu, il convient de reprendre les développements de l'avis n° 12-A-07, s'agissant des arguments portant sur la situation démographique de la profession, qui ne semblent pas de nature à justifier une restriction à l'installation de cabinets secondaires. En effet, il s'agit d'objectifs de nature purement économique, visant uniquement à maintenir ou améliorer la situation professionnelle et financière des infirmiers dans leur ensemble.
148. Or, comme souligné dans l'avis n° 12-A-07, le Conseil de la concurrence a indiqué, dans son rapport pour l'année 2008, que les dispositions du 2° du I de l'article L. 420-4 du code de commerce, qui permettent d'exonérer certaines pratiques de l'application du droit national de la concurrence lorsqu'elles contribuent au progrès économique, « *sont d'interprétation stricte. Le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées* ».
149. Enfin, il faut rappeler que les systèmes encadrant les possibilités d'installation, dès lors qu'ils revêtent un caractère trop rigide, ont pour effet d'augmenter la valeur du patrimoine des professionnels déjà installés et de renchérir le coût d'entrée dans le système pour les nouveaux entrants.
150. Compte tenu de ce qui précède, l'Autorité est d'avis de remplacer l'actuel régime de contrôle préalable prévu par un système de déclaration d'ouverture de tout cabinet secondaire auprès du conseil régional de l'Ordre compétent. Cet assouplissement de la

contrainte réglementaire devrait favoriser l'installation de cabinets secondaires dans le contexte de l'évolution de la profession d'infirmier décrit plus haut.

e) Dispositions relatives aux règles de non-concurrence

151. Bien que la liberté du commerce s'oppose en principe aux clauses de non-concurrence, la pratique de ces clauses s'est particulièrement développée dans divers types de contrats, apportant une limite à la libre création d'une entreprise concurrente par un ancien salarié et visant à éviter toute forme de concurrence déloyale.
152. Restrictives de liberté, ces clauses doivent être proportionnées à leur objectif d'éviter la concurrence déloyale par le biais d'un détournement de clientèle, dans les différents cas de figure envisagés.

Sur les règles prévues en cas de remplacement d'un confrère

153. Cette disposition apparaît comme une version distincte de celles retenues pour d'autres praticiens, déjà examinées, à l'exception des médecins. Notamment, la formule « *consécutifs ou non* » est plus restrictive. En revanche, la possibilité d'un accord, comme pour les médecins, assouplit l'interdiction.
154. Même si les dispositions prévues se retrouvent à l'identique au sein des codes de déontologie de la plupart des autres professions de santé, leur généralité pourrait apparaître comme excessive au regard de l'objectif qu'elles recherchent.
155. En dehors de la crainte légitime de confusion, c'est essentiellement le détournement de clientèle qui est redouté : or, ce manquement peut faire l'objet d'une sanction par les dispositions spécifiques du projet de code interdisant cette pratique (article R. 4312-61 du CSP), s'il est avéré, sans que ne soit restreinte *a priori* l'installation d'un praticien.
156. Par ailleurs, la formule « *consécutifs ou non* », qui ne se retrouve pas dans les autres codes, sauf celui des médecins, est susceptible d'allonger de manière illimitée la période de référence pour le calcul de la durée des remplacements et partant, à conduire à une application injustifiée de cette restriction.
157. Dans ces conditions, l'Autorité propose que la formule « *consécutives ou non* » soit supprimée, ou enfermée dans une période maximum dans laquelle elle pourrait être comptabilisée, et d'autre part, que la formule « *puisse entrer en concurrence directe avec le confrère remplacé* » soit remplacée par « *puisse créer un risque de confusion entre celui-ci et le confrère remplacé* ».

Sur les règles relatives à l'installation dans un immeuble où un confrère est déjà installé

158. Cette disposition, que l'on retrouve à l'identique dans la plupart des codes de déontologie, pose l'interdiction d'installation dans un immeuble où exerce un confrère sans l'accord de celui-ci ou sans l'autorisation du conseil départemental de l'Ordre.
159. Néanmoins, l'article R. 4312-69 du CSP prévoit quelques particularités plus restrictives (« *ou à proximité immédiate* »).
160. Selon l'ONI, la notion de « proximité immédiate » viserait les installations en milieu rural. Or, cette notion très vague ne garantit pas une application proportionnée de cette restriction.

161. Quant au risque de confusion, il tiendrait, selon l'ONI, notamment de liens de fait ou de droit, préexistants (associations, contractuels ou non) d'exercice conjoint, de remplacements, etc. ayant existé entre les professionnels concernés.
162. Il résulte de ce qui précède que les restrictions apportées par ces dispositions au principe de la liberté d'installation du praticien ne sont pas justifiées, en cas d'installation à « proximité immédiate », et ne le seraient, en dehors de ce cas, que dans la seule mesure d'un risque de confusion lié à des liens préexistants, selon les déclarations de l'ONI.
163. En tout état de cause, ces restrictions ne paraissent pas pertinentes au regard de l'évolution de la profession d'infirmier notamment en exercice libéral et des besoins croissants de la population en termes de soins à domicile.
164. Dans ces conditions, l'Autorité propose de remplacer « *dans un immeuble ou à proximité immédiate du cabinet d'un autre infirmier* » par « *à la même adresse que le cabinet d'un autre infirmier avec lequel il aurait été lié par un contrat d'exercice en commun* ».

f) Sur les dispositions relatives aux modalités d'exercice de la profession

Sur les collaborateurs de l'infirmier

165. Les dispositions envisagées par le projet à cet égard, proches ou plus restrictives que celles existant pour les autres professions de santé, ont pour effet de limiter l'exercice de la profession sous la forme du salariat et de la collaboration libérale mais aussi par voie de conséquence de limiter l'exercice en cabinet de groupe avec des praticiens ayant des statuts différents. Elles constituent des limitations à la liberté d'entreprendre et à l'exercice de l'activité en cause telles celles évoquées par l'avocat général dans ses conclusions sous l'arrêt *Pavlov*¹².
166. Il importe donc de déterminer si ces restrictions sont nécessaires et proportionnées à un objectif d'intérêt général, de qualité des soins dispensés et, plus généralement, de bon exercice de la profession.
167. Interrogé sur ces restrictions, l'ONI ne se déclare pas opposé à la constitution de cabinets de groupe, considérée comme un moyen efficace d'assurer la continuité des soins et une réponse aux besoins des patients notamment en sortie d'hôpital. Néanmoins, l'ONI a fait valoir le caractère personnel de l'exercice de la profession d'infirmier, ainsi que l'exercice libéral qui s'exprime au travers de l'indépendance professionnelle des infirmiers et de la constitution d'un fonds libéral et d'une patientèle, ainsi que le risque d'« abus de position dominante » pouvant résulter de la création de structures comptant de nombreux collaborateurs, qui lui apparaissent comme un dévoiement de la profession. Selon l'ONI, la limitation à un seul collaborateur vise à éviter ces dérives.
168. Or, les éléments rappelés ci-avant, ainsi que le rapport précité de l'Inspection Générale des Finances, montrent au contraire que le développement de différentes formes de collaboration peut présenter des avantages indéniables sur un plan économique et sur celui d'une meilleure qualité des soins, en particulier dans le contexte précité de développement des structures de soins auxquelles le métier d'infirmier est confronté sur le marché.
169. Il importe de distinguer en effet ce qui relève de la dérive marchande et des abus, qui doivent être contrôlés et sanctionnés par l'ONI au nom de la préservation déontologique de la profession, au besoin par l'Autorité, s'agissant d'infractions éventuelles aux règles de

¹² Affaires jointes C-181/98 à C-184/98, ayant donné lieu à l'arrêt du 12 septembre 2000.

concurrence, et ce qui relève d'un exercice de groupe de la profession avec statuts différenciés des acteurs de soins. Les abus ne sont pas la conséquence inévitable d'une libéralisation des modalités de collaboration et des structures juridiques d'exercice du métier d'infirmier.

170. L'ONI tente de faire admettre une interdiction *a priori* par la nécessité de contrôler préventivement les abus éventuels commis par les professionnels.
171. Les dispositions du projet de décret permettent pourtant aux instances ordinales compétentes de jouer pleinement leur rôle de prévention et de sanction des manquements aux règles d'exercice de la profession d'infirmier (interdiction de pratiquer la profession comme un commerce, obligation d'exercer personnellement dans l'ensemble de leurs cabinets). Si des abus sont avérés, l'ONI dispose d'autres dispositions, définissant les devoirs de l'infirmier aux articles R. 4312-3 et s. du CSP, pour les sanctionner.
172. À la place d'une telle interdiction, une simple renégociation des contrats, comme celle prévue tous les quatre ans pour les masseurs-kinésithérapeutes, bien que contraire à la liberté contractuelle, pourrait, à moindres effets restrictifs, donner un plein effet au statut de collaborateur libéral et permettre à l'ONI d'exercer un contrôle accru sur la situation des collaborateurs libéraux et sur les abus possibles.
173. En conclusion sur ce point, une limitation du nombre de collaborateurs libéraux à un seul par infirmier n'apparaît ni nécessaire ni proportionnée aux objectifs de prévention d'une éventuelle dérive commerciale des cabinets, mise en avant par l'ONI.
174. Par ailleurs, son application impliquerait la destruction des structures existantes qui se sont organisées sous la forme de regroupement de praticiens avec un certain nombre de collaborateurs. Le projet de code de déontologie prévoit en son article 4 que « *Les contrats professionnels signés avant la date de publication du présent décret devront avoir été rendus conformes aux dispositions du code de déontologie des infirmiers dans sa rédaction issue de l'article 2 du présent décret, au plus tard deux ans après la date de cette publication* ». En conséquence, un titulaire de cabinet infirmier qui aurait signé de multiples contrats de collaboration libérale devra dans ce délai de deux ans se mettre en conformité en transformant ces contrats en contrats d'exercice en commun ou contrats de société qui garantiront la constitution d'une clientèle donc d'un fonds libéral. Selon l'ONI, ce délai de deux ans doit permettre d'effectuer un recensement précis de patientèle et de commencer à préparer la transition vers un exercice associé. Cette affirmation n'est toutefois appuyée sur aucune étude d'impact des difficultés concrètes attachées à une telle transition.
175. Afin de favoriser le développement de la collaboration dans le contexte précité d'évolution de la profession d'infirmier et d'écarter les conséquences économiques dommageables, qui n'ont sans doute pas été mesurées, des ruptures de contrats actuellement en vigueur, l'Autorité est d'avis de modifier l'article R. 4312-90 du CSP, dans sa version résultant du projet de décret, en ajoutant les termes « *ou plusieurs* » à la suite du terme « *un* » au sein de la première phrase de cet article.

Sur les salariés de l'infirmier

176. L'article R. 4312-91 du CSP interdit le salariat d'infirmiers, mais également de l'étudiant infirmier, aide-soignant, auxiliaire de puériculture ou aide médico-psychologique, et situe à cet égard le régime des infirmiers parmi les plus restrictifs des professions de santé.
177. Interrogé sur ce point, l'ONI a fait valoir ses inquiétudes quant à l'indépendance et au regard de la règle du CSS, qui prévoit que ne peuvent être remboursés que les actes

effectués par l'infirmier lui-même, et non par ses salariés. L'ONI a fait valoir à cet égard que l'article 5 de la NGAP (dont le fondement légal est l'article L. 162-1-7 du CSS) dispose :

« Article 5 - Actes donnant lieu à prise en charge ou remboursement

Seuls peuvent être pris en charge ou remboursés par les caisses d'Assurance Maladie, sous réserve que les personnes qui les exécutent soient en règle vis-à-vis des dispositions législatives, réglementaires et disciplinaires concernant l'exercice de leur profession :

a) les actes effectués personnellement par un médecin ;

b) les actes effectués personnellement par un chirurgien-dentiste ou une sage-femme, sous réserve qu'ils soient de leur compétence ;

c) les actes effectués personnellement par un auxiliaire médical, sous réserve qu'ils aient fait l'objet d'une prescription médicale écrite qualitative et quantitative et qu'ils soient de sa compétence.

Sauf cas expressément prévu par la présente nomenclature, un acte ne peut être noté par le praticien ou auxiliaire médical et donner lieu à remboursement que si, pendant la durée de son exécution, ce praticien ou auxiliaire médical s'est consacré exclusivement au seul malade qui en a été l'objet » (soulignement ajouté).

178. Concernant plus particulièrement les infirmiers, l'article 5.2.6 de la Convention dispose dans les règles de facturation que l'infirmière *« ne donne l'acquit que pour les actes qu'elle a accomplis personnellement, et pour lesquels elle a perçu l'intégralité des honoraires »* (soulignement ajouté).
179. Or, il importe de rappeler tout d'abord que l'ensemble des considérations portant sur les avantages de l'exercice en groupe, présentées ci-avant, sont valables pour le salariat.
180. Il convient d'y ajouter que l'exercice d'une profession libérale tenue à l'indépendance est loin d'être incompatible avec le salariat. Ainsi, le médecin peut s'attacher, depuis le décret n° 2006-1585 du 13 décembre 2006, le concours d'un médecin salarié (article R. 4127-87 du CSP) : *« Le médecin peut s'attacher le concours d'un médecin collaborateur libéral, dans les conditions prévues par l'article 18 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises ou d'un médecin collaborateur salarié. Chacun d'entre eux exerce son activité en toute indépendance, sans lien de subordination, et dans le respect des règles de la profession, notamment le libre choix du médecin par les patients et l'interdiction du compérage »*.
181. Le médecin salarié intervient alors pour le compte et au nom de son employeur. Cependant, le lien de subordination qui encadre la relation du médecin salarié et du médecin employeur pour tout ce qui relève de l'organisation du travail et de la gestion du cabinet n'interfère en rien sur la relation du médecin salarié avec le patient, dans laquelle son indépendance est pleinement préservée, notamment dans le cadre de son assurance. En effet, selon l'article L. 1142-2 du CSP modifié, le médecin employeur est tenu de souscrire, à ses frais, une assurance destinée à garantir sa responsabilité civile susceptible d'être engagée en raison des dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de l'activité exercée par le médecin salarié pour le compte de son employeur. Pour sa part, le médecin salarié doit s'assurer pour faire face notamment au risque de poursuites pénales dans le cadre de son activité médicale.

182. Enfin, il convient de rappeler qu'il existe des obligations distinctes, permettant de prévenir et de sanctionner les manquements à l'indépendance des infirmiers, le cas échéant, et qu'il n'y a pas de lieu ici encore d'interdire *a priori* tout salariat, lequel, aménagé pour intégrer cette indépendance, comme pour les médecins, n'impliquerait pas nécessairement de tels manquements.
183. S'agissant des règles de facturation, il convient de renvoyer à la situation des médecins pour lesquels l'Assurance maladie doit mettre à la disposition du médecin salarié des feuilles de soins portant l'identification du médecin salarié et l'identification du médecin employeur pour permettre au premier de signer personnellement les actes qu'il aura réalisés et au second d'attester du paiement des honoraires.
184. Dans ces conditions, l'Autorité est d'avis de supprimer cette interdiction. Elle invite à l'engagement d'une réflexion sur l'aménagement d'une relation salariale compatible avec l'ensemble des règles de la profession, et notamment son indépendance. Elle est favorable au développement d'une telle relation nouvelle, plutôt qu'à la réitération d'un interdit préexistant.

Sur les remplacements

185. Le projet de code prévoit également que l'infirmier ne peut remplacer plus de deux infirmiers en même temps (article R. 4312-85 du CSP), restriction qui est propre au code des infirmiers.
186. Interrogé sur ce point, l'ONI a indiqué qu'il s'agit ici de préserver la qualité des prises en charge : l'infirmier remplaçant remplace en réalité une tournée entière, qui est d'une demi-journée. Il semble qu'en acceptant de remplacer plus de deux tournées, la sécurité des soins et la qualité de prise en charge seraient mises en danger.
187. Or, dans la mesure où ces impératifs sont prescrits sous forme d'obligations distinctes qui seraient susceptibles d'être mises en œuvre en cas de manquement à celles-ci par un infirmier remplaçant, il n'apparaît pas justifié de procéder par une interdiction *a priori* de tout remplacement de plus de deux infirmiers. Il est suggéré à la place de laisser le choix du nombre de remplacements à la discrétion de chaque infirmier, dans le respect des règles de qualité et de sécurité des soins imposé par d'autres règles professionnelles (notamment articles R. 4312-3 et s. du CSP) sous peine de sanction.
188. L'Autorité est d'avis de supprimer cette restriction.

Autres

Contrôle des contrats et édition de contrats types

189. En vertu des articles R. 4312-66 et R. 4312-74 du CSP, les modalités de coopération entre professionnels sont soumises au contrôle de l'ONI au regard du code et de contrats types.
190. La rédaction et la référence à des contrats types élaborés par le Conseil de l'Ordre, envisagées par ce projet, sont également prévues pour les médecins (article R. 4127-91 du CSP), les chirurgiens-dentistes (article R. 4127-279 du CSP), les sages-femmes (article R. 4127-349 du CSP), les masseurs-kinésithérapeutes (article R. 4321-128 du CSP).
191. Si le régime de communication des contrats à l'ONI ne pose pas de difficulté particulière en termes de concurrence, l'imprécision des dispositions contenues à ce stade dans le code ou les contrats types est susceptible de conduire à des régimes discriminatoires.

192. En effet, certaines dispositions du projet de code sont sujettes à interprétation, et les dispositions prévues dans les modèles de contrats ne sont pas nécessairement déterminées : ainsi, l'article 17 du modèle de contrat de collaboration libérale prévoit-il une obligation de non-concurrence sans date (mais avec une préconisation de 2 ans), l'article 13 du modèle de contrat d'exercice en commun avec partage des frais prévoit une obligation de non-concurrence sans date, sur un rayon géographique à définir, l'article 7 des contrats de remplacement prévoit une obligation d'information pendant une durée à définir de toute sollicitation provenant de l'ancienne patientèle, ou une interdiction sans accord, d'installation dans une zone géographique et pour une durée à définir.
193. La marge d'interprétation laissée dès lors à l'ONI est susceptible de donner lieu à des restrictions de concurrence ou à des discriminations sur lesquelles il n'est pas possible de se prononcer, en l'absence de précision.
194. L'Autorité est d'avis de limiter le pouvoir de contrôle de l'ONI en référence au seul code de déontologie.

Exercice forain

195. L'article R. 4312-76 prévoit des dérogations à l'interdiction de l'exercice forain, sans préciser les cas visés ni les critères de telles dérogations.
196. Interrogé sur ce point, l'ONI a précisé que l'exercice forain est traditionnellement le fait d'exercer son art dans le cadre d'une foire ou d'un marché, soit sur le domaine public et de manière nomade. C'est une disposition traditionnelle reprise par chaque code de déontologie. Une acception trop stricte de cette notion entraverait aujourd'hui des exercices parfois ponctuels mais justifiés par la santé publique ou l'évolution du système de santé. Selon l'ONI, il serait cependant difficile d'effectuer une typologie de ces modes d'exercice parfois expérimentaux ou de ces actions ponctuelles.
197. L'Autorité est néanmoins d'avis de préciser les conditions de ces autorisations, en reprenant les éléments d'information communiqués à cet égard par l'ONI, pour éviter les distorsions de concurrence susceptibles de résulter de l'ambiguïté. Ainsi, les précisions suivantes, fournies par l'ONI, pourraient-elles être apportées à la fin de l'article « *lors de campagne de sensibilisation ou d'éducation pour la santé, aux équipes ou unités mobiles par exemple de soins palliatifs, de gériatrie ou de psychiatrie, dans les EHPAD, dans les établissements hospitaliers locaux, dans des structures médico-sociales afin de dispenser des soins spécifiques et d'apporter un appui aux professionnels, ou encore dans le cadre de structure mobile allant au contact des toxicomanes ou des porteurs du VIH* ».

III. Conclusion

198. Eu égard aux observations qui viennent d'être formulées et des propositions d'amendements au projet de décret portant code de déontologie des infirmiers, l'Autorité ne peut qu'émettre un avis défavorable.
199. Les rédacteurs du projet de code de déontologie ont beaucoup trop procédé par reproduction pure et simple des dispositions contenues dans d'autres codes de professions de santé, en retenant souvent les formules les plus restrictives sinon parfois les plus archaïques, de chacun d'entre eux. Or, compte tenu de l'évolution de la profession

d'infirmier, caractérisée par un besoin croissant de soins à domicile, favorisé tant par le vieillissement de la population que par la volonté des pouvoirs publics d'étendre la médecine ambulatoire, il existe pour les infirmiers libéraux dont le nombre ne devrait cesser de croître, une opportunité pour développer leur activité, diversifier l'offre et animer, dans le respect des patients, la concurrence entre eux mais aussi vis-à-vis des nouvelles structures de soins. C'est pourquoi le code de déontologie des infirmiers, qui est une innovation dans ce secteur, devrait, plutôt qu'être fidèle à des rédactions du passé, s'adapter aux réalités et à l'avenir de la profession qu'il entend encadrer. À cet égard, l'Autorité considère que, contrairement à ce que la DGOS semble craindre, il n'existe pas de principe général d'alignement des différents codes de déontologie.

200. Le projet de décret comporte de nombreuses restrictions injustifiées et inadaptées à l'exercice de la profession des infirmiers, spécifique et fortement contrainte. La plupart de ces restrictions tendent à figer les situations acquises et à rigidifier le marché, en imposant un contrôle strict des instances ordinales sur les nouveaux entrants et les professionnels qui souhaiteraient développer une approche entrepreneuriale. Ces dispositions, à caractère « patrimonial », pour reprendre l'expression du Conseil de la concurrence dans son avis n° 08-A-15, ne paraissent pas justifiées par des impératifs de santé publique et constituent dès lors des entraves disproportionnées aux principes de libre concurrence, de liberté d'établissement et de libre exercice de la profession des infirmiers.
201. Ces restrictions injustifiées à la concurrence sont d'autant moins acceptables, du point de vue de l'Autorité, qu'elles s'inscrivent dans un contexte où les moyens à la disposition des infirmiers pour se différencier et se concurrencer sont contraints par le régime de l'assurance-maladie, et où le métier des infirmiers est exposé à de nouvelles formes de concurrence et de nouveaux enjeux.
202. En conséquence, l'Autorité de la concurrence recommande, afin de permettre au projet de décret portant code de déontologie des infirmiers d'adopter une approche plus respectueuse des libertés mentionnées plus haut :
 - que le statut des praticiens soit uniformisé, et que l'ONI et les pouvoirs publics mettent tout en œuvre afin que l'inscription au tableau de toute la profession soit rapidement effective ;
 - de supprimer la phrase « *Il est interdit à l'infirmier d'abaisser ses honoraires dans un but de concurrence* » figurant à l'article R. 4312-61 du CSP, ainsi que la mention « *abaissement ou* » figurant à l'article R. 4312-84 du CSP ;
 - sous les réserves de rectification par l'ONI de l'oubli concernant la publication des changements d'horaires, d'ajouter « *diplômes et titres* » avant « *à l'exclusion des coordonnées personnelles* » ainsi que « *notamment sur un site internet* », après « *annuaire ou de tout autre support accessible au public* » dans l'article R. 4312-70 du CSP ;
 - de remplacer l'actuel régime de contrôle préalable prévu à l'article R. 4312-73 du CSP par un système de déclaration d'ouverture de tout cabinet secondaire auprès de l'ONI ;
 - que la formule « *consécutives ou non* » de l'article R. 4312-89 du CSP soit supprimée, ou enfermée dans une période maximum dans laquelle elle pourrait être comptabilisée, et d'autre part, que la formule « *puisse entrer en concurrence directe avec le confrère remplacé* » soit remplacée par « *puisse créer un risque de confusion entre celui-ci et le confrère remplacé* » ;

- de remplacer « *dans un immeuble ou à proximité immédiate du cabinet d'un autre infirmier* » par « *à la même adresse que le cabinet d'un autre infirmier avec lequel il aurait été lié par un contrat d'exercice en commun* » à l'article R. 4312-69 du CSP ;
- d'ajouter les termes « *ou plusieurs* » à la suite du terme « *un* » au sein de la première phrase de l'article R. 4312-90 du CSP ;
- de supprimer l'interdiction prévue à l'article R. 4312-91 du CSP ;
- de supprimer l'alinéa « *L'infirmier remplaçant ne peut remplacer plus de deux infirmiers en même temps, y compris dans une association d'infirmiers ou un cabinet de groupe* » figurant à l'article R. 4312-85 du CSP ;
- de supprimer, dans l'article R. 4312-66 du CSP, la formule « *ainsi que, s'il en existe, avec les clauses essentielles des contrats types établis soit par un accord entre le conseil national de l'ordre et les collectivités ou institutions intéressées, soit conformément aux dispositions législatives ou réglementaires* », et dans l'article R. 4312-77 du CSP la formule « *ainsi que, s'il en existe, avec les clauses essentielles des contrats types établis par le conseil national* » ;
- d'ajouter à la fin de l'article R. 4312-76 « *lors de campagne de sensibilisation ou d'éducation pour la santé, aux équipes ou unités mobiles par exemple de soins palliatifs, de gériatrie ou de psychiatrie, dans les EHPAD, dans les établissements hospitaliers locaux, dans des structures médico-sociales afin de dispenser des soins spécifiques et d'apporter un appui aux professionnels, ou encore dans le cadre de structure mobile allant au contact des toxicomanes ou des porteurs du VIH* ».

Délibéré sur le rapport oral de Mme Gaëlle Le Breton, rapporteure, et l'intervention de M. Éric Cuziat, rapporteur général adjoint, par Mme Claire Favre, vice-présidente, présidente de séance, MM. Emmanuel Combe et Thierry Dahan, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Caroline Chéron

La vice-présidente,
Claire Favre