



Résoudre les refus de soins

Rapport annuel sur le respect des droits des usagers du système de santé
adopté en séance plénière de la Conférence nationale de santé le 10 juin 2010

Sommaire

Introduction.	3
1. La caractérisation d'un refus de soins, son caractère licite ou illicite.	4
1.1. La typologie des refus de soins.	4
1.2. La licéité des refus de soins.	6
2. La mesure de l'ampleur du phénomène.	11
2.1. De 2002 à 2009, des enquêtes attestent la persistance du risque.	11
2.2. Le témoignage des associations établit la concrétisation du risque.	13
2.3. Le nombre de plaintes est en décalage avec cette réalité.	14
3. Le risque de refus de soins varie selon les professions, les spécialités, le secteur et la localisation géographique.	15
3.1. La majorité des professionnels de santé assurent des soins sans discrimination ;	15
3.2. Les enquêtes permettent d'établir une cartographie du risque.	16
3.3. Les raisons invoquées par les professionnels de santé pour refuser des soins sont multiples.	18
3.4. La proportion de bénéficiaires de la CMU dans les patientèles est disparate.	19
4. Les populations les plus susceptibles d'encourir un risque de refus de soins sont des personnes en situation de précarité.	20
4.1. Les bénéficiaires de la CMU sont les plus concernés.	20
4.2. Les bénéficiaires de l'AME constituent un deuxième groupe.	21
4.3. Le CISS appelle l'attention sur les ressortissants de l'aide sociale à l'enfance.	21
4.4. Les personnes en moins bonne santé sont souvent visées par les refus de soins.	22
4.5. Des dispositifs existent cependant pour faciliter l'accès aux soins.	23
5. Des pistes d'améliorations ont déjà été tracées.	24
5.1. Les propositions du Fonds CMU, de Médecins du Monde, du regroupement CISS-FNATH-UNAF et d'ATD Quart-Monde.	24
5.2. La loi du 21 juillet 2009 réformant l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires établit un mécanisme en retrait de la proposition initiale.	26
6. Les recommandations de la Conférence nationale de santé.	26
6.1. Entreprendre un effort de pédagogie et d'information pour renforcer la confiance entre les acteurs.	26
6.2. Insérer la politique de lutte contre les refus de soins dans la politique régionale de santé.	27
6.3. Développer les outils juridiques de la protection des droits des usagers.	27
Conclusion.	30

INTRODUCTION.

Depuis toujours l'exercice de la médecine s'est appuyé sur des valeurs d'humanité en affirmant vouloir apporter à tous sans distinction le meilleur état de son art. Avant même de relever de prescriptions d'ordre juridique, cette dimension fondamentale est inscrite dans l'histoire et la culture de cette profession. Le serment d'Hippocrate en est la traduction symbolique la plus éclatante. Le texte réactualisé par l'Ordre national des médecins en 1996 affiche très clairement cette ambition d'humanité en faisant dire à chaque médecin la phrase suivante : « Je donnerai mes soins à l'indigent et à quiconque me les demandera. »

Cette approche a été traduite dans le code de déontologie qui affirme un principe de non-discrimination énoncé à l'article R.4127-7 du Code de la Santé Publique (CSP) : « Le médecin doit écouter, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes, quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap et leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard. »

Ce principe doit néanmoins se conjuguer avec la liberté d'exercice du professionnel de santé et la relation contractuelle qu'il noue avec son patient. Le médecin se voit donc reconnaître la possibilité de refuser de dispenser ses soins comme le rappelle expressément l'alinéa 2 de l'article R4127-47 du CSP : « Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. »

Garantissant la liberté d'exercice des professionnels, la politique de santé vise également à garantir à toutes les personnes une égalité dans l'accès aux soins et elle se donne l'objectif de réduire les inégalités sociales de santé. L'article L.1411-1-1 du CSP affirme que « l'accès à la prévention et aux soins des populations fragilisées constitue un objectif prioritaire de la politique de santé ».

C'est dans ce but que des dispositifs de protection sociale comme la Couverture maladie universelle ont été institués en 1999 pour permettre à des personnes démunies de ressources d'accéder aux mêmes soins que le reste de la population. Ainsi le renoncement aux soins dont ces personnes souffraient a-t-il pu diminuer.

Mais de façon récurrente depuis l'instauration de la CMU, des associations et des organismes publics ont alerté l'opinion et les pouvoirs publics sur le fait que des personnes se voyaient refuser des soins.

Dans le cadre du rapport¹ qu'elle doit présenter sur le respect des droits des usagers du système de santé, la Conférence nationale de santé a souhaité aborder ce thème.

¹ La Conférence nationale de santé adopte chaque année un rapport sur proposition de la formation spécialisée relative au respect des droits des usagers. Elle publie alternativement un rapport « plénier » reposant notamment sur la synthèse des rapports relatifs au respect des droits des usagers adoptés par les conférences régionales de santé et un rapport thématique sur un sujet décidé par la Conférence nationale de santé sur la proposition de la formation spécialisée relative au respect des droits des usagers.

1. LA CARACTERISATION D'UN REFUS DE SOINS, SON CARACTERE LICITE OU ILLICITE.

Le code de la Santé Publique dispose expressément qu'il est possible pour un professionnel de santé de refuser ses soins mais cette possibilité n'est légitime que dans certaines conditions et s'inscrit dans un cadre juridique complexe relevant de plusieurs codes (code de la concurrence et de la consommation, code de la santé publique, code de la sécurité sociale). Une analyse précise est indispensable pour déceler le refus de soins licite du refus de soins illicite.

La Conférence nationale de santé a bénéficié du concours de l' « Institut Droit et Santé »² (IDS) pour éclairer les aspects juridiques du refus de soins. De l'étude que l'IDS a conduit, il ressort une typologie des refus de soins qui permet d'identifier de façon plus assurée les règles de droit dans lesquelles s'insèrent ces situations.

1.1. *La typologie des cas de refus de soins.*

Au fond, pour établir cette typologie, ce qui n'a encore jamais été fait dans notre pays, il y a deux questions déterminantes : Quelles sont les pratiques des professionnels qui peuvent s'analyser en un refus de soins ? Quels sont les motifs pouvant conduire un professionnel de santé à refuser de prodiguer des soins à un patient ?

1.1.1. **Les comportements pouvant s'assimiler à des refus de soins.**

L'analyse des comportements envisagés ici inclut aussi bien les refus explicites que les refus implicites, à savoir les pratiques rendant le soin quasiment impossible en raison des obstacles que le malade se voit opposer par le professionnel ou l'établissement. Le refus de soins peut ainsi prendre la forme d'une dissuasion, notamment financière, conduisant à un renoncement aux soins de la part du malade.

Il faut dans un premier temps relever **les refus explicites ou directs**. Ils peuvent être formulés par des professionnels de santé (médecins, auxiliaires médicaux, pharmaciens) ou des établissements de santé.

Il s'agit d'un refus direct quand le médecin refuse de se déplacer ou d'agir face à une situation d'urgence, ou encore de rediriger vers centre 15. De la même manière, le refus de recevoir un patient, le refus de prescrire un médicament ou de proposer un traitement nécessaire et adapté à un patient qui a obtenu une consultation, comme le refus de poursuivre une prise en charge sans assurer la continuité des soins sont constitutifs de ces refus explicites.

De la part d'un auxiliaire médical, le refus de poursuivre la prise en charge sans assurer la continuité des soins est également un refus explicite.

Des pharmaciens qui refusent de délivrer un médicament ou un traitement nécessaire et adapté ou des distributeurs de dispositifs médicaux qui refusent³ la délivrance d'un tel produit manifestent également ce qu'il faut appeler un refus explicite ou direct.

Du côté des établissements de santé, constitue un refus explicite ou direct :

- le refus d'accueillir un malade,

² Signaler la convention avec l'IDS et le fait que le rapport complet de l'IDS est annexé au présent rapport.

³ V. Circulaire DSS n° 81/2001 du 12 février 2001 relative aux refus de soins opposés à des bénéficiaires de la protection complémentaire en matière de santé (CMU complémentaire) ainsi qu'aux infractions constatées aux dispositions des arrêtés du 31 décembre 1999 relatifs aux conditions de prise en charge et aux prix applicables aux bénéficiaires de cette protection en matière de prothèses dentaires, d'orthodontie et de dispositifs médicaux.

- l'impossibilité de fournir un professionnel aux compétences adéquates et d'assurer le transfert dans un autre établissement,
- le refus de prolonger le séjour d'un patient au sein d'un service ou d'un établissement pour des raisons organisationnelles alors que son état le justifierait,
- le refus de soigner la douleur d'un patient.

A côté de ces refus explicites ou directs prennent place **les refus implicites ou indirects**. Leurs manifestations sont variées.

Peuvent ainsi être regardés comme des refus implicites ou indirects, le refus de diriger vers un confrère compétent, l'utilisation consciente de traitements inefficaces et illusoire, la dispensation volontaire de soins de mauvaise qualité par un médecin, l'acceptation d'un patient dans des conditions différentes du reste de la patientèle, des délais d'attentes indéterminés, la non-admission de certains moyens de paiements, l'absence de dispositif de type « Carte vitale » conduisant à un renoncement du patient, les exigences administratives décourageantes comme l'insistance à connaître la caisse d'affiliation⁴ et le refus de coopérer à la permanence de l'accès aux soins ou de l'accès aux médicaments.

Peuvent également être regardés comme des refus implicites ou indirects, l'offre de soins dissuasive par le biais de tarifs prohibitifs, l'insuffisance de l'offre de soins d'un établissement de santé, le refus par un établissement d'accepter le patient dans un service adéquat ou le refus de prendre la qualité de médecin traitant.

1.1.2. Les motifs pouvant conduire à un refus de soins.

Ils peuvent être aisément distingués entre ceux liés à la personne du patient et ceux qui n'y sont pas liés.

Parmi **les motifs liés à la personne du patient**, peuvent être identifiés, les refus liés au comportement du patient, ceux liés à la situation économique du patient, ceux liés à la condition sociale du patient comme le refus de prodiguer des soins à un prisonnier ou à des patients de condition sociale modeste. A cet égard, une étude évoque l'effet « *repoussoir* » de la venue dans la salle d'attente de personnes de classe sociale différente⁵.

S'y ajoutent les refus liés à l'état de santé du patient ainsi que ceux liés à l'orientation sexuelle du patient.

A côté de ces premiers motifs apparaissent d'autres **motifs non liés à la personne du patient**, comme le refus de coopération entre professionnels de santé pour cause de mésentente, le refus lié à un défaut de document administratif, le refus lié à la situation géographique du patient, le refus lié à la personne ou à l'activité du médecin comme le cas de grève⁶, les cas de patientèle surchargée (notamment les ophtalmologues et gynécologues parisiens en secteur I, ainsi que les gynécologues en secteur II⁷), les cas de départ à la retraite ou de limitation de l'activité ou de réorientation professionnelle du médecin, les cas de praticien ne recevant que sur recommandations d'un confrère, et enfin l'inaptitude du professionnel de santé dans le domaine concerné.

Parmi ces motifs non liés à la personne du patient, il faut encore ajouter les refus pour raisons économiques comme le refus de prescrire pour des raisons d'économie de l'assurance maladie ou le refus d'un médecin ou d'un établissement de santé de donner une thérapeutique coûteuse à une personne âgée, dont l'espérance de vie est faible.

⁴ Médecins du Monde – Octobre 2006 « *Je ne m'occupe pas de ces patients* » - Dr X, Lyon, 2 février 2006

Testing sur les refus de soins des médecins généralistes pour les bénéficiaires de la Couverture maladie Universelle ou de l'Aide Médicale Etat dans 10 villes de France.

⁵ V. étude de l'IRDES précitée

⁶ V. C.E., 6 juillet 1984, n° 48616.

⁷ V. étude de l'IRDES précitée

Enfin, pour être complet, il faut encore relever dans ces refus non liés à la personne du patient, les refus tirés d'évènements extérieurs indépendants de la volonté du médecin comme les mauvaises conditions météorologiques ou l'insécurité ainsi que les refus liés à l'opposition d'une clause de conscience du professionnel.

Cette typologie constitue donc un premier vers l'approche raisonnée des refus de soins à propos desquels il convient maintenant de conduire une analyse juridique plus poussée.

1.2. La licéité des cas de refus de soins.

L'analyse juridique des refus de soins consacre la nécessité de distinguer entre les refus de soins licites et les refus de soins illicites.

1.2.2. Les refus de soins licites.

Tout refus de soins n'est pas illicite car le droit positif ne consacre pas au profit des malades l'existence d'un droit aux soins opposable en toutes circonstances à tous les acteurs offrant des prestations de soins. L'accès aux soins n'est en effet pas le seul impératif pris en compte par le droit positif. Ainsi, deux catégories de cas permettent de refuser des soins de façon licite.

Dans une première série de cas, **le professionnel à la faculté de refuser la prise en charge d'un patient.**

Les articles L 1110-3 alinéa 7 et R 4127-47 alinéa 2 du Code de la santé publique prévoient que « *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* ». Une disposition similaire existe pour les chirurgiens dentistes⁸. Dans tous les cas il faut que le refus du praticien soit justifié par des raisons professionnelles ou personnelles, termes qui laissent d'importantes possibilités.

Certaines décisions du Conseil National de l'Ordre des Médecins illustrent des cas de refus de soins légitimes, tels que la réorientation vers un confrère ou l'arrêt d'un traitement initial de patients ayant refusé certains soins ou manifestant un comportement agressif⁹. Dès lors que le médecin demeure dans les limites du refus de soins licite, et respecte les obligations qui pèsent sur lui, comme rediriger le patient vers un professionnel compétent, il ne peut être sanctionné.

Les risques d'atteinte à sa sécurité par exemple peuvent permettre au professionnel de refuser un soin, ou de s'en désister. Dans un arrêt du 15 mars 1999¹⁰, le Conseil d'Etat considère comme légitime le refus d'une infirmière de se déplacer en zone de détention sans être accompagnée d'un membre du personnel de surveillance.

L'incompétence du médecin peut aussi justifier un refus de soins de sa part, notamment lorsqu'il est sollicité pour prodiguer des soins qui ne relèvent pas de sa spécialité.

Les règles sont quelque peu différentes dans le cadre de la médecine hospitalière. En effet, le patient n'est pas lié au praticien qui le prend en charge par un contrat, il est un usager du service et le médecin qui le prend en charge n'est pas choisi par lui. Comme tous les services publics, le service public hospitalier est tenu au respect des principes fondamentaux d'égalité, de continuité, de neutralité et de mutabilité.

Tout médecin peut également, en application des articles L. 2123-1, L. 2212-8, et R. 4127-18 du Code de la santé publique, invoquer sa clause de conscience pour refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse ou une stérilisation à visée contraceptive. Dans les deux cas, il

⁸ CSP art. R 4127-232.

⁹ CNOM; 16 mai 2002 ; 19 février 2003, 6 sept. 2007

¹⁰ C.E., 15 mars 2007, n° 183545

a alors l'obligation d'informer sans délai l'intéressée de sa décision¹¹ et de réorienter le patient vers d'autres praticiens.

Dans une seconde série de cas, **les professionnels sont tenus à une obligation de refus de soins.**

Dans certaines hypothèses, le médecin est obligé de ne pas soigner, notamment lorsque les soins nécessaires excèdent ses compétences. L'article L 1110-5 du Code de la santé publique attribue aux malades un droit aux soins les plus appropriés. Le non-respect de cette disposition peut engager la responsabilité du médecin pour faute civile. Le médecin est donc tenu à cette obligation d'abstention, obligation négative, excepté dans les situations d'urgence où le médecin est tenu d'agir.

L'obligation de ne pas soigner peut aussi résulter du respect du principe de proportionnalité qui est imposé au médecin par l'article 16-3 du Code civil, lequel précise qu'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* ». Cela rejoint l'interdiction pour le médecin de faire courir des risques injustifiés à son patient¹², et celle de ne pas faire preuve d'une obstination déraisonnable¹³.

Il existe enfin des obligations de refuser les soins dans des situations particulières. En effet, certains actes tels que les interruptions volontaires de grossesse ou les actes d'assistance médicale à la procréation, ne peuvent être réalisés que si les conditions légales sont remplies. Les professionnels de santé doivent refuser de prendre en charge les personnes qui ne répondraient pas à ces conditions.

Les professionnels sont enfin parfois tenus de refuser des soins faute de moyens suffisants et suite à un choix reposant sur des critères réglementaires. C'est l'hypothèse du choix des bénéficiaires de greffes.

Outre l'obligation de refuser imposée par la loi, les textes sont parfois propices à des renoncements aux soins, instaurant des refus de soins dissimulés. Le refus de soins n'est pas toujours explicite. Il peut prendre la forme d'une offre de soins dont les conditions de remboursement dissuadent certains malades de recourir aux soins. Ces refus de soins implicites, que nous qualifions de provoqués, sont parfois le fait des lois et règlements qui limitent la prise en charge financière des soins par la collectivité.

1.2.2. Les refus de soins illicites.

Les catégorisations des refus de soins illicites fait apparaître un nombre bien plus élevés de cas prohibés de refus de soins que dans la précédente hypothèse où nous traitons des refus de soins licites.

La dispensation de soins non consciencieux est un premier cas de refus de soins illicite, car c'est une obligation légale et déontologique. L'article R. 4127-32 du Code de la santé publique dispose que « *Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents* ». Le défaut de soins consciencieux est entendu largement par la jurisprudence. Est notamment sanctionné le médecin dont le refus d'intervenir s'accompagne d'un manque d'attention et de correction envers le malade. Selon l'article R. 4127-7 alinéa 3, le médecin « *ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne examinée* ». A ce titre, la jurisprudence a sanctionné un praticien ayant

¹¹ Dès la première consultation précise même l'article L 2123-1 concernant la stérilisation contraceptive.

¹² Article L 1110-5 alinéa 1 et R 4127-8 du Code de la santé publique.

¹³ Article L 1110-5 alinéa 2 et R 4127-37 du Code de la santé publique.

refusé de pratiquer une mammographie alors que la patiente avait pris rendez-vous, et ce sans lui expliquer les motifs de son refus¹⁴.

Le manquement aux soins consciencieux peut également se caractériser par le fait de dispenser volontairement des soins inefficaces ou illusoire.

L'abstention d'agir en cas d'urgence est un deuxième cas de refus illicite. En effet, certains refus de soins peuvent se manifester par des abstentions fautives de la part des professionnels de santé, qui n'interviennent pas, alors même que pèse sur eux une obligation d'agir. Le cas le plus évident recouvre les situations d'urgence où le médecin est tenu d'agir aussi bien en vertu de ses obligations professionnelles¹⁵ que d'une obligation plus générale de porter secours en cas de péril¹⁶.

Une fois le médecin informé de l'urgence, son absence d'intervention peut cependant être considérée comme justifiée dans certaines circonstances. C'est le cas notamment lorsque le médecin doit assurer une autre urgence¹⁷ ou qu'une intervention présenterait pour lui des risques importants¹⁸. Dans tous les cas il doit néanmoins tenter de trouver une alternative pour le malade

La défaillance de la permanence ou de la continuité des soins est un troisième cas de refus de soin illicite. Car ici deux principes fondamentaux sont à respecter afin de garantir un accès de tous à des soins de qualité. Il s'agit de la continuité et de la permanence des soins¹⁹. Les refus de soins opposés par certains professionnels ou par certains établissements de santé contredisent parfois ces obligations.

Même délicate à identifier, **la discrimination dans l'accès aux soins est un quatrième cas de refus de soins illicite.**

Les situations de refus de soins discriminatoires font l'objet d'une attention particulière, notamment depuis la mise en place de la CMU. Elles sont aussi parmi les plus délicates à identifier en raison de leur nature. Il est en effet rare, d'être confronté à un professionnel affichant clairement un motif discriminatoire afin de refuser de soigner un patient.

Les textes normatifs prohibant les comportements discriminatoires sont nombreux et d'origine tant supranationale que nationale. Peuvent notamment être mentionnés l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le code pénal prohibe toute discrimination et donne, en son article 225-1, une liste limitative des critères considérés comme discriminatoires, parmi lesquels l'origine, le sexe, la situation de famille, l'état de santé, l'orientation sexuelle ou encore l'âge.

Le Code de la santé publique participe également à la lutte contre les discriminations, en posant comme principe à l'article L. 1110-3 qu' « aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins. Un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne pour l'un des motifs visés au premier alinéa de l'article 225-1 du code pénal ou au motif qu'elle est bénéficiaire de la protection complémentaire ou du droit à l'aide prévus aux articles L. 861-1 et L. 863-1 du code de la sécurité sociale, ou du droit à l'aide prévue à l'article L. 251-1 du code de l'action sociale et des familles ».

¹⁴ CNOM, 29 mai 2001, dossiers n°7525 et 7651

¹⁵ Articles L 1110-5 et R 4127-9 du Code de la santé publique.

¹⁶ Article 223-6 du Code pénal.

¹⁷ CNOM, 15 oct. 1981 ; CNOM, 23 mars 1983.

¹⁸ CNOM, 3 mars 1998.

¹⁹ Articles L 1110-1 et R 4127-47 du Code de la santé publique.

L'apport principal de ce texte est d'ajouter expressément le bénéfice de la CMU complémentaire ou de l'aide médicale de l'Etat aux critères discriminatoires de refus de soins. Le même texte prévoit une procédure particulière permettant à la personne qui s'estime d'un refus de soins illégitime de saisir le directeur de l'organisme local d'assurance maladie ou le président du conseil territorialement compétent de l'ordre professionnel concerné, et ce en vue de faire sanctionner le professionnel. Ce dernier peut également être sanctionné devant les juridictions civiles ou pénales

Peu de patients victimes de discriminations engagent des démarches juridiques. Les raisons poussant ces victimes à l'inaction sont nombreuses. Outre certaines réticences propres aux patients, des contraintes matérielles peuvent expliquer l'inaction des victimes. En effet, les difficultés probatoires en la matière sont évidentes : il est particulièrement délicat d'établir la réalité d'un motif discriminatoire.

Un important avis de la Haute autorité de lutte contre les discriminations apporte un éclairage nouveau sur la combinaison des textes qu'une telle instance prend en compte pour discerner les situations de discrimination.

Ainsi, après une enquête réalisée par testing dans le Val de Marne qui mettait en exergue des refus de rendez-vous opposés à des bénéficiaires de la CMU par des médecins, un Collectif des médecins généralistes pour l'accès aux soins (COMEGAS) a saisi la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE). Pour rendre sa délibération, celle-ci s'est appuyée sur plusieurs textes : le préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé... », le Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui engage les états à reconnaître « le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. », la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, la loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, et l'article 1110-03 du code de la santé publique qui dispose que « Aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention et aux soins. » La Halde conclut ainsi : « Dès lors, tous refus d'accès à la prévention ou aux soins opposé par un professionnel de santé aux bénéficiaires de la CMU est en opposition avec les mesures et les objectifs du législateur émis dans le cadre des textes précités, et constitue une discrimination au sens de la loi et des engagements internationaux. »

Dans une nouvelle délibération du 5 mars 2007, la Halde rendait la même conclusion pour des refus de rendez-vous opposés à des bénéficiaires de l'AME (aide médicale d'état) mis en lumière par une enquête de Médecins du Monde.

Les refus de vente des pharmaciens et des vendeurs de dispositifs médicaux constituent un cinquième cas de refus de soins illicite.

Le pharmacien qui opposerait un refus de vente peut, à ce titre, être sanctionné pénalement en application des articles L 122-1, L 122-7 et R 121-13 du Code de la consommation. Ainsi un pharmacien ne peut invoquer des convictions personnelles pour refuser de vendre des médicaments contraceptifs²⁰. Les mêmes règles s'appliquent aux vendeurs de dispositifs médicaux²¹.

Les refus de soins aux détenus qui sont un sixième cas de refus de soins illicites sont sanctionnés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

²⁰ [Cass crim, 21 octobre 1998, n° 97-80981](#), Bull. crim. n°273.

²¹ V. Circulaire DSS n° 81/2001 du 12 février 2001 relative aux refus de soins opposés à des bénéficiaires de la protection complémentaire en matière de santé (CMU complémentaire) ainsi qu'aux infractions constatées aux dispositions des arrêtés du 31 décembre 1999 relatifs aux conditions de prise en charge et aux prix applicables aux bénéficiaires de cette protection en matière de prothèses dentaires, d'orthodontie et de dispositifs médicaux.

En effet, la question du refus de soins aux personnes incarcérées est appréhendée par la Cour européenne des droits de l'homme via l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Aux termes de cet article « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Les juges ont déduit de cet article une obligation positive mise à la charge des Etats, tenus de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté. Ainsi, le manque de soins dispensés aux détenus pourra dans certaines conditions être qualifié de traitement inhumain²². La sanction prononcée concerne simplement les Etats membres et non les professionnels impliqués.

Septième cas de refus de soins illicite, **le comportement du professionnel de santé conduisant à un renoncement aux soins**. En effet, par des moyens détournés et sans opposer un refus direct au patient, les professionnels peuvent par leur comportement dissuader les patients de recourir à leurs services.

- C'est notamment la situation ouverte par les dépassements d'honoraires.

Les dépassements d'honoraires pratiqués par les médecins libéraux installés en secteur II peuvent parfois s'avérer prohibitifs pour certains patients ne disposant pas des ressources suffisantes.

Les sanctions envisageables à l'encontre des médecins pratiquant des dépassements d'honoraires sont multiples. Des sanctions disciplinaires peuvent être prononcées devant les juridictions ordinaires sur la base des articles L 145-1 et suivants du Code de la sécurité sociale. D'autres sanctions sont prévues par la convention du 12 janvier 2005, parmi lesquelles la suspension du droit permanent à dépassement, en cas de non respect du tact et de la mesure, ou la suspension du droit à pratiquer des dépassements autorisés plafonnés²³.

Cependant comme le précise un rapport sur les dépassements d'honoraires²⁴, les sanctions prononcées sont peu nombreuses, et « *il apparaît que les caisses primaires d'assurance maladie, qui opèrent sur un territoire où l'offre de soins est plus faible qu'ailleurs, pourraient renoncer à prendre des sanctions par crainte de diminuer une offre de soins estimée comme insuffisante.* ».

- C'est aussi le cas des obstacles administratifs.

Les formalités administratives liées à la prise en charge de certains patients, comme ceux bénéficiaires de la CMU ou de l'AME, conduisent des professionnels ou établissements de santé à refuser de les soigner.

Il est en outre pertinent de s'interroger sur l'autre aspect de cette problématique. Certaines exigences administratives (dossier médical et administratif, validité des droits, attestation à jour, attestation de prise en charge par les organismes de sécurité sociale étrangers...) peuvent en effet conduire des patients à renoncer aux soins²⁵.

Le médecin doit adopter un comportement attentif à l'égard de ses patients²⁶ et doit également faciliter l'obtention par celui-ci des avantages sociaux auxquels son état donne droit²⁷. Une interprétation combinée de ces articles pourrait conduire à sanctionner un médecin décourageant un patient le sollicitant, arguant de difficultés administratives.

²² CEDH, 29 avril 2003 *Mc Glinchey et autres contre Royaume uni*.

²³ Article 5.4.1.2.

²⁴ « *Les dépassements d'honoraires médicaux* », Rapport présenté par l'Inspection générale des affaires sociales, n° RM 2007-054P, Avril 2007 ;

²⁵ V. notamment C.N.O.M. 25 juin 2003 pour un refus d'examiner un patient hébergé en maison de retraite tant que ne lui est pas communiqué le dossier médical et administratif de l'intéressé ou encore C.A.A Paris 9 juin 1998, [95PA03525](#) pour un refus de prise en charge par un centre hospitalier pour non présentation des documents administratifs nécessaires

²⁶ Article R.4127-7 du code de la santé publique

²⁷ Article R 4127-50 du Code de la santé publique.

Enfin, une autre difficulté administrative pouvant conduire à un renoncement aux soins réside dans la difficulté rencontrée par certains patients dans la désignation d'un médecin traitant. Il apparaît à première vue que le médecin est libre d'accepter ou non de devenir médecin traitant, conformément à l'article 47 alinéa 2²⁸ du Code de déontologie médicale. Ce refus du médecin ne doit cependant pas entraver la continuité des soins. Le médecin opposant un tel refus doit donc en avertir le plus rapidement possible le patient et le rediriger vers un confrère. En outre ce refus ne devra pas être fondé sur des motifs discriminatoires, au risque de voir le médecin engager sa responsabilité.

2. LES REFUS DE SOINS SONT PERSISTANTS ET REVELES PAR DE MULTIPLES ENQUETES SANS ALIMENTER LES PROCEDURES DE RECUEIL OU DE PLAINTES PREVUS POUR LES DECOURAGER.

La politique de santé revendique depuis de nombreuses années l'objectif de réduire les inégalités de santé. Cela passe notamment par la recherche d'un accès aux soins égal pour tous. Pour pallier les difficultés liées à la faiblesse des revenus des populations qui connaissent des difficultés sociales, la création en 1999 de la couverture maladie universelle a constitué une réforme essentielle. L'ambition était de permettre aux personnes en situation de précarité économique de recourir aux services des professionnels et des institutions de santé à l'égal de l'ensemble de la population. Très vite cependant, la crainte est apparue que ce dispositif de protection sociale n'ait pas suffi à faire tomber tous les obstacles qui se dressent devant les personnes concernées dans leur accès aux soins. Il subsistait un risque qu'elles n'obtiennent pas de la part de certains professionnels une réponse rigoureusement identique à celle apportée au reste de la population. Des pratiques de refus de soins ont été dénoncées. Cela a conduit des associations ou des administrations à réaliser régulièrement des enquêtes pour mesurer la réalité de ce phénomène.

2.1. De 2002 à 2009, des enquêtes successives attestent toujours de la persistance du risque de refus de soins.

La mise en lumière du risque de refus de soins ne résulte pas d'une seule photographie établie sur la base d'une enquête ponctuelle, mais apparaît au contraire relever d'une réalité inscrite dans la durée. Depuis près de dix ans, divers acteurs ont voulu vérifier si l'accès aux soins égal pour tous s'inscrivait bien dans la réalité conformément aux objectifs affichés dans les politiques de santé publique et de protection sociale. La méthode la plus directe était de réaliser des enquêtes auprès des professionnels de santé. Plus limitées au début, elles ont peu à peu élargi leur champ d'investigation en s'appuyant sur des méthodes rigoureuses.

2.1.1. Un rapport du directeur du Fonds pour la couverture maladie universelle (Fonds CMU), Monsieur Jean-François Chadelat, au ministre de la santé dresse un bilan en novembre 2006 de plusieurs études qui ont déjà mis en évidence l'ampleur du risque de refus de soins.

Elaboré sept ans après la loi instaurant la couverture maladie universelle (CMU), le rapport de Jean-François Chadelat récapitule les enquêtes réalisées durant cette première période. En effet, à la suite de la parution d'une nouvelle étude montrant l'existence d'un risque pour les bénéficiaires de la CMU de ne pas être accepté par tous les professionnels de santé, le ministre de la santé lui demande de rechercher les mesures susceptibles de mettre fin aux refus de soins.

Pour étayer son constat et ses propositions, celui-ci fait alors référence à une succession d'études et d'enquêtes intervenues depuis l'instauration en 1999 de la loi CMU :

- le rapport 2002 de l'observatoire de l'accès aux soins de la mission France de Médecins du monde (25 juin 2003). Il s'agit d'une enquête téléphonique anonyme auprès de 230 dentistes libéraux. Dans 35,3% des cas, les dentistes avaient refusé de soigner un bénéficiaire de la CMU.

²⁸ Article R. 4127-47 du Code de la santé publique.

- en 2003, la Direction de l'évaluation, des études et des statistiques (DREES) du ministère de la Santé et des solidarités conduit une enquête²⁹ auprès de 3000 bénéficiaires de la CMU: 15% des personnes interrogées déclarent qu'il leur est arrivé qu'un professionnel de santé refuse de les recevoir parce qu'elles sont bénéficiaires de la CMU. Cependant l'opinion qui prévaut parmi les bénéficiaires de la CMU est celle d'une égalité de traitement.

- en 2004, l'association « Que choisir » réalise une enquête par testing auprès de 287 médecins spécialistes. A Paris et dans la région parisienne, les taux de refus s'échelonnaient entre 30% et 40% alors que dans d'autres départements en région on ne constate pas de refus de soins.

- en 2006, c'est le Fonds CMU qui demande de réaliser une nouvelle étude dans 6 villes du Val de Marne. Selon ses auteurs, celle-ci fait ressortir une estimation du taux de refus à 14%. Ce taux moyen masque des attitudes très différentes. Chez les médecins généralistes en secteur 1, les refus sont exceptionnels (99,4% de rendez-vous accordés). Il en est autrement pour les spécialistes pour lesquels le taux de refus atteint 41,1% et pour les dentistes avec 39,1% de taux de refus.

A l'inverse de cette tendance révélée par ces enquêtes, Monsieur Jean-François Chadelat constate, dans le deuxième rapport d'évaluation de la loi CMU, que très peu de signalement de refus de soins remonte vers les ordres ou les organismes d'assurance maladie.

A partir des éléments d'analyse qu'il a réunis, Jean-François Chadelat formule un ensemble de propositions pour entreprendre une véritable action de lutte contre le refus de soins.

2.1.2. Une nouvelle enquête de Médecins du monde élargit l'analyse à dix villes de France et aux bénéficiaires de l'aide médicale d'Etat (AME) (octobre 2006).

Alors que plusieurs des précédentes enquêtes avaient un ressort géographique plus limité, celle-ci est réalisée dans 10 villes de France (Paris, Marseille, Lyon, Saint-Denis, Vénissieux, Le Havre, Nancy, Pau, Valenciennes, Cayenne). Elle est conduite sous forme de testing auprès de médecins généralistes. Elle apporte de nouvelles informations sur le phénomène du refus de soins pour les bénéficiaires de la CMU mais aussi, ce qui est nouveau, pour les bénéficiaires de l'aide médicale d'état (AME).

Elle révèle ainsi que le taux global de refus s'élève à 37% pour les bénéficiaires de l'Ame et à 10% pour les bénéficiaires de la CMU. Mais derrière ces chiffres globaux, des situations très contrastées apparaissent, notamment selon la localisation géographique et selon que le praticien exerce en secteur 1 ou en secteur 2.

2.1.3. En mai 2007, un rapport de l'IGAS et de l'IGF confirme l'importance du risque de refus de soins pour les bénéficiaires de l'AME.

Ce rapport analyse la gestion de l'aide médicale d'Etat. Il constate que « l'accès facilité à la médecine de ville se heurte au problème des refus de soins. » et que « l'accès à la médecine ambulatoire reste problématique pour ces patients, du fait de la réticence de certains médecins à les accueillir ». Les rapporteurs s'appuient sur les données de l'enquête de médecin du monde de novembre 2006 citée ci-dessus mais ils ajoutent que « Les résultats de ces enquêtes sont corroborés par des entretiens de la mission avec des représentants de la profession médicale. »³⁰

Les difficultés avancées pour cette catégorie de personnes sont également confirmées par une enquête³¹ réalisée par la DREES en 2007. Plus d'un bénéficiaire de l'AME sur trois déclare avoir expérimenté un refus de la part d'un professionnel de santé, le plus souvent un médecin ou un pharmacien.

²⁹ Etudes et Résultats n°294-mars 2004.

³⁰ Page 7 du rapport.

³¹ (ER N° 645-juillet 2008).

2.1.4. En juillet 2009, le quatrième rapport d'évaluation de la Loi CMU déplore qu'en dépit des efforts entrepris pour y remédier, le risque de refus de soins subsiste pour les bénéficiaires de la CMU.

Il prévient que si très peu de plaintes remontent via les mécanismes institutionnels mis en place, la situation ne s'est cependant pas sensiblement améliorée. Pour formuler cette appréciation négative, il s'appuie sur une nouvelle enquête de l'IRDES sur le refus de soins à l'égard des bénéficiaires de la CMU à Paris réalisée en 2009. Le taux global de refus imputables à la qualité de bénéficiaire de la CMU s'élève à 25,5%. Cette moyenne importante recèle de fortes différences selon les spécialités (5,2% pour les radiologues et 38,1% pour les gynécologues) et selon le secteur d'exercice (32,6% pour les généralistes en secteur 2 contre 9,2% pour les généralistes en secteur 1). Le rapport³² conclut que « malgré une condamnation unanime de tous les acteurs de ce dossier, le refus de soins existe et son ampleur ne saurait être qualifiée de marginale et anecdotique ».

2.1.5. Très récemment, en 2009, le Collectif interassociatif sur la santé (CISS) a renouvelé une enquête par testing qui confirme que le risque de refus de soins est toujours d'actualité.

Réalisée dans onze villes de métropole et en Corse, elle concernait les spécialistes exerçant en secteur 2. Ses résultats confortent la vision d'une forte disparité territoriale dans le phénomène du refus de soins. A Paris le taux de refus atteint un niveau très important à environ 50% alors que pour l'ensemble de l'enquête le taux de refus est de 22%. Cette enquête met à nouveau en lumière la diversité de fréquence de ces refus selon les spécialités. C'est parmi les psychiatres que ce comportement est le plus retrouvé.

2.2. *Le témoignage des associations confirme que le risque de refus de soins se concrétise pour part minoritaire mais significative des populations démunies.*

La majorité des enquêtes réalisées sur le refus de soins ont été conduites sous la forme d'appels téléphoniques auprès des professionnels. Elles simulent des situations de demandes de soins. Le témoignage des associations et des usagers vient confirmer leur crédibilité puisqu'ils reposent dans ce cas sur des situations réelles déjà vécues.

En octobre 2009, ATD Quart-Monde a réalisé une étude sur la « Stratégie de recours à la médecine de proximité dans les populations démunies ». Une des questions de l'enquête était : « Avez-vous le sentiment que la CMU vous met à part ? » Si plus de la moitié des personnes n'ont pas senti de traitement différent, dans cette enquête encore le refus de soin ne paraît pas anecdotique puisque 16% des personnes de l'échantillon indiquent avoir essuyé un refus de rendez-vous³³.

Dans une autre enquête réalisée dans le cadre d'un projet de thèse en lien avec ATD-quart monde et la faculté de médecine de Nancy, le refus de soins est rapporté comme un problème de santé rencontré par 16 personnes sur les 230 enquêtées. La discipline la plus concernée est « soins dentaires », mais les urgences hospitalières représentent aussi 18,75% des cas de refus de soins décelés dans cette étude. 62,5% des personnes concernées par ces refus de soin sont des bénéficiaires de la CMU.

³² pages 86, 87 et 88.

³³ page 8.

2.3. *Le nombre des plaintes déposées dans le cadre des procédures mises en places par l'assurance maladie ou enregistrées par les ordres professionnels est en décalage avec le risque démontré par les enquêtes.*

2.3.1. Le bilan du suivi des plaintes pour refus de soins dans le cadre de la circulaire du 30/06/08 de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS).

En réponse à la dénonciation par les associations de pratiques de refus de soins au détriment de bénéficiaires de la CMU, l'assurance maladie s'est employée à organiser un dispositif méthodique de recueil et de traitement des plaintes des usagers. La CNAMTS a consacré une circulaire datée du 30/06/2008 à la prise en charge des réclamations et plaintes formulées par les bénéficiaires de la CMU. Même si on peut y voir un champ plus large, cette instruction fait directement référence au refus de soins. Elle rappelle les résultats de l'enquête financée par le fonds CMU en 2006 en citant un taux de refus de prise en charge évalué en moyenne à 4,8% chez les généralistes mais qui peut atteindre 41% chez les spécialistes et 39% chez les dentistes. Face à cette situation qualifiée de préoccupante, la caisse a donc décidé de mobiliser son réseau pour mieux garantir l'accès aux soins. L'un des moyens consistait à obtenir une meilleure détection des difficultés des assurés et pour cela à traiter de manière rigoureuse et normalisée les réclamations. Le suivi des plaintes est clairement confié aux conciliateurs vers qui tous les signalements et courriers concernant un refus de soins doivent être orientés. Pour les aider à qualifier exactement les réclamations, la circulaire leur fournit les éléments de la définition du refus de soins qui couvre un éventail assez large de situations :

- la fixation tardive, inhabituelle et abusive d'un rendez-vous,
- l'orientation répétée et abusive vers un autre confrère, un centre de santé ou la consultation externe d'un hôpital, sans raison médicale énoncée,
- le refus d'élaborer un devis,
- le non respect des tarifs opposables (sauf en cas d'exigence particulière du patient ou, pour les actes dentaires, la facturation d'actes « hors panier de soins » ou hors nomenclature, sous réserve d'obtenir l'accord du patient et de lui remettre un devis),
- l'attitude et le comportement discriminatoire du professionnel de santé,
- le refus de dispense d'avance des frais.

Pour obtenir une vision globale du phénomène, un dispositif très précis de remontée statistique vers la CNAMTS est alors instauré. Un premier bilan a pu être dressé à la fin de l'année 2008.

Force est de constater que les données qui en ressortent sont en décalage important avec les enquêtes réalisées par les associations ou pour le compte du fonds CMU. Le quatrième rapport d'évaluation de la loi CMU en rend compte. Il indique que 73 caisses n'avaient reçu aucune réclamation et que 51 autres en totalisaient 205. Le motif de la plainte réside dans 50% des cas du refus de dispense d'avance des frais, dans 30% des cas du refus de soins ou de poursuite des soins, dans 9% des cas du non respect des tarifs opposables, dans 6% des cas de difficultés relationnelles avec le professionnel de santé.

En ce qui concerne les professionnels concernés par ces plaintes, il s'agit à 58% de médecins et de spécialistes dans deux cas sur trois, pour un tiers des cas, ils relèvent du secteur 2, dans 29% des cas, il s'agit de dentistes et dans 13% d'autres professions.

Ces différentes plaintes n'ont donné lieu qu'à une seule saisine du conseil de l'ordre.

Comme l'analyse le rapport d'évaluation de la loi CMU, on pourrait estimer que « Ces premiers bilans, tirés par des acteurs majeurs, pourraient laisser penser que, globalement, la

situation est rentrée dans l'ordre. » Mais il souligne que malheureusement, ce n'est pas la situation que les différentes enquêtes révèlent. Les enquêtes ultérieures le confirment à plusieurs reprises.

2.3.2. Les affaires traitées par les ordres sont en nombre très restreint.

Le conseil national de l'Ordre des médecins a réalisé un bilan des affaires concernant le refus de soins pour la période allant de septembre 2007 à septembre 2008. Seulement neuf décisions ont été rendues par les chambres disciplinaires dont cinq par la chambre disciplinaire de l'île de France. Ce chiffre est faible en regard de l'estimation du risque révélé par les enquêtes. Il pourrait traduire trois types de situations :

- les refus seraient en définitive peu fréquents, mais les enquêtes répétées le démentent,
- les procédures de conciliation fonctionnent bien. Malheureusement ce bilan ne chiffre pas les conciliations pratiquées par les conseils départementaux.
- les personnes qui en sont victimes sont peu enclines à s'engager dans une démarche vigoureuse de protestation et se préoccupent avant de trouver le professionnel accueillant comme peut le laisser présager les fortes inégalités de proportion de bénéficiaires de la CMU dans les patientèles.

En ce qui concerne les chirurgiens-dentistes aucune affaire n'a été traitée par la section disciplinaire. Le nombre de réclamations dont cet Ordre a pu avoir connaissance est très faible et elles ont pu faire l'objet de conciliation.

Le niveau de plaintes et de réclamations formulées par les usagers se trouve aussi sérieusement limité par la difficulté d'une partie de la population concernée à revendiquer ses droits. Un nombre non négligeable de bénéficiaires de la cmu se plie aux dépassements d'honoraires. Globalement, 1,6% des consultations de bénéficiaires de la CMU-C ont donné lieu à des dépassements d'honoraires. Ce taux peut atteindre 1/3 des bénéficiaires de la CMU pour des consultations en chirurgie générale ou urologique en île de France. Le rapport de l'Igas sur « les dépassements d'honoraires médicaux » d'avril 2007 qui dresse ce constat indique que « La carte des dépassements d'honoraires facturés aux bénéficiaires de la CMU complémentaire recouvre largement la carte des régions et spécialités où les effectifs de praticiens à honoraires libres sont prépondérants. »

Par ailleurs, il est vraisemblable que les services et les travailleurs sociaux en contact avec les populations concernées soient eux-mêmes peu informés sur les possibilités et les procédures de dépôt de plaintes et de recours.

3. LES PROFESSIONS DE SANTE ET LE REFUS DE SOINS : LE RISQUE VARIE SENSIBLEMENT SELON LES PROFESSIONS, LES SPECIALITES, LE SECTEUR D'EXERCICE ET LA LOCALISATION GEOGRAPHIQUE.

3.1. La majorité des professionnels de santé assurent des soins sans discrimination.

Toutes les enquêtes laissent apparaître qu'une très grande majorité de professionnels de santé répond sans discrimination aux sollicitations de tous les patients. Dans certaines zones, le risque de refus de soin apparaît assez rare.

Ces professionnels démontrent qu'une relation avec les patients exempte de refus de soin est tout à fait possible.

3.2. Les enquêtes révèlent une cartographie du risque en fonction de la spécialité, du secteur d'exercice et de la zone géographique.

Les enquêtes qui se sont succédées au cours des dix dernières années ont démontré la persistance jusqu' à aujourd'hui du risque de refus de soins pour certaines catégories de la population. Quand on soumet ce constat, qui ne souffre pas d'incertitude, à une analyse plus fine, il en ressort un tableau assez peu homogène. La cartographie du risque de refus de soins s'avère notablement contrastée selon les spécialités, les zones géographiques ou les secteurs d'exercice et démontre que l'attitude des professionnels varie sensiblement.

3.2.1. Le risque de refus est plus grand pour une demande de rendez-vous auprès d'un spécialiste qu'auprès d'un généraliste.

Les enquêtes les plus récentes confirment une forte différence dans le risque d'être confronté à un refus de soin selon la spécialité du professionnel que l'on veut consulter.

Le premier enseignement de l'enquête de l'IRDES réalisée à Paris pour le fonds CMU en 2009, c'est que le risque est en moyenne sensiblement plus important quand on recherche une consultation de spécialiste que quand on s'adresse à un omnipraticien. (Page 42) Dans ce dernier cas, il est de 19,4%, secteur 1 et 2 confondu, mais il s'élève à 38,1 % pour obtenir un rendez-vous auprès d'un gynécologue et à 28,1% auprès d'un ophtalmologue. . Auprès d'un dentiste, le risque est de 31 ,6%.

Ces chiffres confirment la différence de comportement qui était déjà apparue manifeste lors de l'enquête précédente de 2006 dans le Val de Marne où le risque de refus après d'un généraliste se limitait à 4,8% quand il atteignait 41% pour les spécialistes et 39,1% pour les dentistes.

3.2.2. Pour certaines spécialités, le risque de refus de soins peut être très élevé.

L'enquête de l'Irdes de 2009 portait sur un échantillon comportant trois spécialités médicales et des dentistes. Le contraste est saisissant entre les radiologues pour lesquels le taux de refus restait à 5,2% et les trois autres professions avec notamment un taux de 38,1% pour les gynécologues et 28,1% pour les ophtalmologues.

L'enquête réalisée par le CISS, la FNATH et l'UNAF (page 16) en 2009 permet d'affiner l'analyse. Elle s'est intéressée uniquement aux praticiens exerçant en secteur 2 mais elle portait sur 9 spécialités. Le taux de refus agrège le refus direct de recevoir le patient (premier chiffre) et les acceptations qui comportent des conditions (deuxième chiffre).

Psychiatres	41%	3 %
Neurologues	17 %	17 %
Gynécologues	25 %	7 %
Cardiologues	19 %	4 %
Gastro-entérologues	19 %	3 %
Dermatologues	16 %	6%
Ophtalmologistes	16 %	3 %
ORL	10 %	2 %
Pneumologues	0 %	0 %

Ainsi pour un assuré bénéficiaire de la CMU-C, l'accès à la psychiatrie en ville se trouve-t-il restreint de presque 50% par rapport à un assuré non CMU-C.

3.2.3. En fonction du secteur d'exercice : le risque s'accroît fortement lorsque l'on s'adresse à un praticien exerçant en secteur 2.

La loi instaurant la CMU a l'ambition de permettre à ses bénéficiaires un accès à une offre de service équivalente à celle des autres assurés sociaux. Elle a prévu pour cela que les praticiens exerçant dans le secteur à honoraires libres appliquent à leur égard les tarifs conventionnels sans dépassement d'honoraires.

Dans la réalité, il est pourtant beaucoup plus difficile aux bénéficiaires de la CMU-C de requérir les compétences de ces professionnels. En effet, comme le démontre bien l'enquête de l'Irdes, le taux de refus est toujours beaucoup plus important, parfois plus du triple, de la part des praticiens exerçant en secteur 2 quelle que soit la spécialité (page 42) :

	Secteur 2	Secteur 1
Omnipraticiens	32,6 %	9,2 %
Ophthalmologues	31,3 %	9,1 %
Gynécologues	40,2 %	17,4 %
Radiologues	6,3 %	4,1 %

L'enquête de médecins du monde de 2006 qui concerne exclusivement les omnipraticiens distingue aussi l'exercice en secteur 1 et en secteur 2. L'élévation du risque de refus est là aussi considérable lorsque le professionnel relève du secteur 2:

- pour les bénéficiaires de la CMU : le taux de refus atteint 21% dans le secteur 2 contre 8% dans le secteur 1,

- pour les bénéficiaires de l'AME : le taux de refus culmine à 59% dans le secteur 2 et s'élève à 34% dans le secteur 1.

Il résulte de cette situation un réel resserrement du champ de l'offre de service au détriment des bénéficiaires de la CMU et de l'AME. On peut en saisir l'ampleur quand on mesure la proportion que représentent les praticiens à honoraires libres. Si de 1985 à 2004, elle a diminué pour les omnipraticiens de 16% à 13%, en revanche pour les spécialistes elle a augmenté de 30% à 38% (rapport de l'Igas sur les dépassements d'honoraires, avril 2007).

Dans certaines spécialités, comme l'ORL, l'ophtalmologie, la gynécologie, les praticiens exerçant en secteur 2 sont devenus majoritaires. En 2004, 51% des spécialistes qui se sont installés l'ont fait en secteur 2.

3.2.4. Les disparités géographiques face au risque de refus de soins sont très grandes.

En fonction de la ville ou du quartier où l'on réside, le niveau de risque du refus de soins varie considérablement. Il peut générer de fortes inégalités dans l'offre réelle de service au détriment de certaines catégories de population. Toutes les enquêtes qui ont pris en compte cet élément en attestent.

Selon celle de « Médecins du monde » de 2006, pour les bénéficiaires de l'AME, le taux de refus chez les omnipraticiens peut aller jusqu'à dépasser 50% dans certaines zones du territoire français.

Il culmine à 60% à Cayenne et à 55% dans le troisième arrondissement de Lyon.

Moins élevés les chiffres restent cependant importants dans d'autres localisations : 44% au Havre, 43% à Valenciennes et Pau, 36% à Paris 18^e, 26% à Nancy, 21% à Marseille 14^e.

Pour les bénéficiaires de la CMUC, la même enquête aboutit à des taux moins élevés mais pouvant néanmoins varier dans une fourchette de 1 à 10 entre le quatorzième arrondissement de Marseille et Cayenne en Guyane : 40% à Cayenne, 18% à Valenciennes, 16% à Lyon 3^e.

12% à Paris 18^e, 6% à Nancy, 4% à Marseille 14^e.

Plus récemment en 2009, l'enquête CISS-FNATH-UNAF souligne la forte spécificité de Paris pour les spécialistes en secteur 2. Dans la capitale en effet, le taux de refus atteint en moyenne 50% pour les neuf spécialités testées alors qu'il n'excède pas 30% dans les autres villes et reste inférieur à 10% à Bordeaux et à Strasbourg.

3.2.5. Les professionnels qui ne sont pas équipés de lecteur de carte Vitale opposent plus fréquemment des refus de soins.

L'enquête de l'Irdes a recherché les éléments qui pouvaient constituer des déterminants dans la pratique du refus de soins de la part des professionnels. Les chercheurs ont ainsi calculé le taux de refus en fonction de l'équipement des praticiens en lecteur de carte Vitale. Globalement le taux de refus atteint 37,7% parmi les praticiens non équipés. Il est donc trois fois plus élevé qu'auprès de ceux qui en sont équipés où le taux de refus ne s'élève qu'à 11,8%. L'Irdes conclut avec cette observation³⁴ : « Toutes choses égales par ailleurs, un omnipraticien équipé d'un lecteur de carte vitale a 5 fois moins de chance de refuser un bénéficiaire de la CMU qu'un omnipraticien qui n'en est pas équipé. »

3.3. Les raisons mises en avant par les professionnels pour refuser des rendez-vous sont multiples.

Pour lutter contre le risque de refus de soins, il est nécessaire d'appréhender les motivations des professionnels qui le pratiquent. C'est ce qu'ont fait chercheurs de l'IRDES dans l'étude réalisée à Paris en 2008/2009.

Ils ont dans un premier temps opéré une indispensable distinction entre des refus sans lien avec la CMU et des refus en rapport avec le statut de bénéficiaire de la CMU. Bien entendu les premiers ne sont pas enregistrés dans les taux de refus de soins cités plus haut. Il est cependant important de les évoquer ici pour apprécier le contexte parfois tendu dans lequel s'inscrit la relation entre le patient et le professionnel de santé pour des raisons totalement exemptes d'attitude discriminatoire mais qui conduiront à rendre l'accès à certains professionnels difficile.

3.3.1. Certains refus résultent légitimement d'une surcharge d'activité ou d'un exercice particulier.

Au titre des refus non liés à la CMU et qui peuvent se manifester fréquemment, il y a d'abord l'absence de disponibilité du professionnel du fait du trop plein d'activité. Des praticiens sont débordés au point de ne pas pouvoir accroître leur clientèle et ils sont conduits à refuser des rendez-vous sans attitude de discrimination. Cela semble être particulièrement le cas pour les gynécologues médicaux. Cela peut aussi concerner l'ophtalmologie. Ce constat laisse augurer une détérioration de la situation liée à l'évolution de la démographie médicale dans les prochaines années.

D'autres réponses négatives ont été écartées des refus de soins en lien avec la CMU, elles concernent des praticiens qui proposent des soins non pris en charge dans le panier de biens retenu pour la CMU complémentaire³⁵.

³⁴ page 45.

³⁵ page 52.

3.3.2. Lors des refus qui apparaissent liés au statut de bénéficiaire de la CMU, les professionnels formulent essentiellement quatre justifications principales.

Quand le refus de rendez-vous est apparu clairement lié au statut de bénéficiaire de la CMU de demandeur, les chercheurs de l'Irdes ont répertorié et analysé le discours de justification des praticiens concernés.

Il se concentre sur quatre motifs : la lourdeur administrative, la perte économique, le non respect du parcours de soins, les limites du panier de biens.

- *La lourdeur administrative* : les professionnels avancent la complexité des démarches qui leur incombent et la perte de temps qui en résulte. Cette justification concerne avant tout les professionnels qui ne sont pas équipés des outils de transmission et qui doivent remplir des feuilles de soins.
- *La perte économique* : il s'agit dans ce cas du rappel fait au patient de l'écart entre les honoraires habituellement pratiqués et le tarif de consultation imposé pour les bénéficiaires de la CMU. Le « manque à gagner » peut s'avérer important car les tarifs des spécialistes du secteur 2 dépassent en moyenne de 48% les tarifs opposables et en Ile de France ce dépassement moyen atteint 87% pour les ophtalmologistes et 79% pour les dermatologues³⁶.
- *Le non respect du parcours de soins* : le professionnel indique dans ce cas un risque de non remboursement parce que le bénéficiaire de la CMU n'est pas inscrit dans le parcours de soins. Ce motif relève d'une mauvaise connaissance de la réglementation par le professionnel.
- *Les limites du panier de biens* : c'est la situation de professionnels qui réalisent des soins non remboursés.

Les représentants du conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes soulignent les hésitations que peuvent susciter chez certains professionnels le comportement parfois erratique de patients dans le suivi des soins. Cela vaut notamment pour les prothèses qui conduisent le dentiste à engager des frais à fonds perdus si le patient ne se présente plus aux rendez-vous et ne poursuit pas sa démarche de soins.

3.4. La proportion de bénéficiaires de la CMU dans la patientèle des professionnels de santé est très disparate.

La DREES a réalisé un panorama de l'accès aux soins de ville des bénéficiaires de la CMUC en 2006. C'est une forte image de disparité qui en ressort dans la proportion de bénéficiaires de la CMU pris en charge par les professionnels.

En effet, les généralistes et les dentistes les plus accueillants reçoivent au moins trois fois plus de patients bénéficiaires de la CMU que leurs confrères les moins accueillants³⁷.

Cela peut laisser penser qu'il existe un effet de réputation qui attire les bénéficiaires vers certains praticiens. On peut y voir la manifestation d'une possible stratégie d'évitement du risque de refus de rendez-vous qui conduit les bénéficiaires à s'orienter de préférence vers les praticiens qui sont reconnus pour n'exprimer aucune manifestation négative quant à leur statut. Ces chiffres peuvent aussi contribuer à éclairer la différence entre le risque de refus mis en lumière par les testing et la plus faible matérialisation de ce risque que pourrait

³⁶ V. Rapport IGAS, Avril 2007, Les dépassements d'honoraires.

³⁷ DREES, Etudes et résultats, n° 629, mars 2008.

traduire le nombre limité de réclamations qui parviennent aux caisses d'assurance maladie ou aux ordres professionnels.

4. LES POPULATIONS LES PLUS SUSCEPTIBLES D'ENCOURIR UN RISQUE DE REFUS DE SOINS SONT DES PERSONNES EN SITUATION DE PRECARITE.

L'existence d'un risque non négligeable de refus de soins est indéniablement mise en lumière par toutes les enquêtes réalisées depuis près de dix ans. Après avoir noté la diversité des attitudes des professionnels face à ce phénomène et que certains d'entre eux, le plus souvent les plus nombreux, y sont étrangers, il faut porter la lumière sur les populations qui encourent le plus le risque du refus de soins.

4.1. Les bénéficiaires de la CMU représentent la plus grande part des populations qui encourent un risque de refus de soins.

Les différentes enquêtes ont essentiellement mis en avant le refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C. Leur statut génère pour les professionnels de santé des obligations spécifiques de pratique du tiers-payant et de respect des tarifs conventionnels que certains peinent à respecter. La connaissance de cette population est nécessaire pour bien appréhender quel peut être l'impact du refus de soins pour ces personnes et aussi pour conduire une politique de santé luttant contre les inégalités.

4.1.1. Plus de quatre millions de personnes sont concernées.

Quand le risque de refus de soins est lié à la qualité de bénéficiaire de la CMU, cela signifie en premier lieu que c'est une part importante de la population qui en est menacée. En effet au 31 décembre 2008, les bénéficiaires de la CMU-C s'élevaient à 4 186 221 pour la France entière (6,4%) dont 3 557 916 pour la métropole dont 16% sont concentrés en Ile de France. Cela représente 5,7% de la population en France métropolitaine et dépasse 30% de la population dans les DOM.

4.1.2. Une proportion importante de la population de certaines régions.

Dans l'hexagone, la proportion de bénéficiaires de la CMU connaît de forts écarts entre les régions. Ainsi ils représentent 9,57% de la population dans la région Nord-pas de Calais, 9,11% en Languedoc-Roussillon, et 7,40% en PACA et seulement 3,40% en Bretagne. C'est donc toujours une part importante de la population qui est soumise à ce risque particulier et dont les aspects spécifiques doivent être pris en compte dans les stratégies régionales de santé, mais dans certaines régions la vigilance doit être particulièrement renforcée.

4.1.3. Une proportion importante d'enfants, de jeunes et de femmes figurent dans la population concernée.

La CMU-C constitue un outil essentiel pour l'accès aux soins d'une part importante de la jeunesse puisque 1 enfant ou jeune de moins de 20 ans sur 10 est bénéficiaire de la CMU-C et cette classe d'âge représente 44% des bénéficiaires de la CMU-C, les jeunes adultes de 20 à 39 ans représentant 30%.

Si on ne retient que les assurés, les femmes sont très majoritaires notamment dans cette tranche des jeunes adultes. On peut ajouter qu'il ya une proportion élevée de personnes vivant seules ou de familles monoparentales.

4.1.4. Ce sont des personnes qui vivent dans des conditions de précarité économique et sociale.

Le quatrième rapport d'évaluation de la loi CMU souligne ainsi cet aspect : « Le bénéficiaire de la CMU complémentaire appartient majoritairement à un ménage dont la personne de référence a un faible niveau scolaire, il est issu d'un milieu social modeste, principalement ouvrier, touché par le chômage. ». En 2006, 46% des chefs de ménage ouvriers ou employés sont chômeurs parmi les bénéficiaires de la CMU-C contre 6% dans le reste de la population. Selon le même rapport, une part importante des bénéficiaires de la CMU sont des « travailleurs pauvres », c'est-à-dire des personnes qui, tout en travaillant une partie de l'année, vivent dans un ménage dont les revenus ne suffisent pas à offrir à ses membres un niveau de vie supérieur au seuil de pauvreté monétaire³⁸.

4.1.5. Ces personnes vivent très souvent dans des territoires en difficulté.

En effet dans les ZUS (Zones urbaines sensibles), 1 assuré du régime général sur 5 est bénéficiaire de la CMU-C, soit trois fois plus que dans l'ensemble du territoire. Cela est particulièrement vrai pour les jeunes puisque la CMU-C couvre 1/3 des personnes de moins de 18 ans vivant en ZUS.

4.2. Les bénéficiaires de l'AME, moins nombreux, constituent un autre groupe de population concernée.

Les enquêtes réalisées par « médecins du Monde » montrent que le risque de refus de soins est encore supérieur pour les bénéficiaires de l'AME par rapport aux bénéficiaires de la CMU-C.

Cette prestation qui relève de l'aide sociale concerne essentiellement des personnes étrangères en situation irrégulière sur le territoire. Leurs caractéristiques sont donc plus difficiles à identifier précisément. Quelques éléments de connaissance sont cependant fournis par le rapport de l'Igas et de l'Igf de mai 2007 sur la gestion de l'AME. Il chiffre le nombre de bénéficiaires fin septembre 2006 à 192000 personnes.

Des études réalisées à l'AP-HP sur les patients hospitalisés couverts par l'AME relèvent un âge moyen inférieur à l'âge moyen des autres hospitalisés (33,1ans pour l'ame contre 47 pour les autres hospitalisés) Les jeunes adultes représentent une part importante mais les enfants et les adolescents sont sous-représentés.

Dans une étude réalisée en 2007 en Ile de France, la DREES constate également que les bénéficiaires de l'AME en contact avec le système de soin se composent à 70% de jeunes adultes âgés de 20 à 39 ans.

4.3. Le CISS appelle l'attention sur les ressortissants de l'Aide Sociale à l'enfance.

Estimant que l'accès aux soins des bénéficiaires de l'Aide Sociale à l'Enfance faisait trop rarement l'objet d'enquête, le CISS a interrogé les services de vingt Conseils Généraux sur leur connaissance éventuelle de cas de refus de soins au détriment des ressortissants de l'Aide Sociale à l'Enfance qui bénéficient de la CMUC. Cinq d'entre eux ont indiqués avoir eu connaissance de difficultés.

³⁸ Page 31 du rapport.

4.4. Le risque de refus de soins concerne des personnes souvent en moins bonne santé que le reste de la population.

Le risque de refus de soins touche des catégories de personnes qui connaissent des difficultés en lien avec leur faible niveau de revenus, il s'agit de personnes en situation de fragilité sociale. Or de nombreuses études ont souligné l'importance des inégalités sociales de santé. On peut donc légitimement redouter que le risque d'un moindre accès aux soins que constitue le refus de soins vienne s'ajouter à d'autres difficultés que connaissent ces personnes, d'où l'importance de recueillir des données relatives à leur santé.

C'est ce que fait le quatrième rapport d'évaluation de la loi CMU établi en juillet 2009 en dressant un constat synthétique de l'état de santé des bénéficiaires de la CMU :

- *Un état de santé perçu moins bon que celui des autres assurés* : ils sont 8% à se déclarer en mauvais état de santé contre 2% pour les autres assurés. Cet écart est important même s'il convient de noter une sensible amélioration puisque lors de la précédente étude, ils étaient 14% à se déclarer en mauvais état de santé.
- *Une population davantage touchée par les maladies chroniques* : au 31 décembre 2005, ils étaient 10% des bénéficiaires de la CMU à souffrir d'une Affection longue durée (ALD) contre 5,7% dans le reste de la population à structure d'âge et de sexe comparable. La prévalence pour de nombreux cancers est plus élevée. Les chiffres de la tuberculose sont à observer avec attention, sa prévalence est 4,63 fois plus élevée que dans le reste de la population.
- *Une surmortalité chez les bénéficiaires de la CMU en ALD par rapport au reste de la population* : les personnes bénéficiaires de la CMUC et qui souffre d'une ALD connaît une surmortalité par rapport aux autres assurés qui sont en ALD. Cela est observé pour plusieurs localisations de cancer mais aussi pour les maladies coronariennes et les insuffisances respiratoires chroniques graves.

On peut relier ces éléments sur l'état de santé à deux autres données qui concernent l'accès au soin de cette population :

- les bénéficiaires de la CMU sont plus souvent que les autres insuffisamment suivis médicalement : en effet 9,6% d'entre eux n'ont pas eu recours à un médecin depuis au moins 2 ans contre 5,3% chez les autres assurés ;

- les bénéficiaires de la CMU effectuent moins d'actes de dépistage : une étude de l'ORS du Nord-Pas-de-Calais démontre qu'en 2007 seules 36% des femmes bénéficiaires de la CMU ont réalisées un dépistage du cancer du sein contre 71% des femmes non couvertes par la CMU.

Face à ces données plutôt défavorables, il faut cependant encore rappeler le progrès qu'a constitué l'instauration de la CMU. Dans une étude sur le recours aux soins des bénéficiaires de la CMU, la DREES indique qu'en 2006 « leur renoncement aux soins pour des raisons financières est proche de celui des personnes couvertes par une complémentaire privée et concerne principalement les soins dentaires et l'optique. »³⁹.

Moins de données sont sans doute disponibles pour les bénéficiaires de l'AME. Néanmoins une enquête⁴⁰ réalisée par la DREES en 2007 sur ceux d'entre eux qui sont en contact avec le système de soins révèle qu'ils se perçoivent fréquemment en mauvaise santé, c'est le cas pour deux personnes sur cinq. Quatre sur dix déclarent souffrir d'une ou plusieurs maladies chroniques ou être limitées depuis au moins six mois en raison d'un problème de santé.

Parmi cette population, les maladies infectieuses graves (hépatites, infection au VIH, tuberculose) constituent 9% des diagnostics, alors même que l'incidence de ces pathologies est très faible en population générale.

³⁹ DREES, Etudes et résultats, n° 675, janvier 2009.

⁴⁰ DREES, Etudes et résultats, n° 645, juillet 2008.

Du fait de divers facteurs, cette population connaît un retard dans l'accès aux soins signalés par le médecin pour 10% des patients faisant l'objet d'une hospitalisation et pour 5% des patients en consultations

Enfin il faut être particulièrement attentif à l'impact que pourrait avoir l'évolution de la démographie des professions de santé sur les capacités d'accès aux soins de ces deux groupes de population marquées par la précarité. Elles vivent bien souvent dans des territoires en difficulté et notamment dans les zones urbaines sensibles. Or le rapport⁴¹ de 2009 de l'Observatoire National des Zones Urbaines Sensibles notent que « la densité de professionnels de santé est bien moindre en Zus qu'en France métropolitaine ». L'offre de service en proximité risque de se restreindre particulièrement à leur détriment.

4.5. En compensation des difficultés des populations en situation de précarité, des dispositifs existent pour faciliter leur accès aux soins.

En regard des risques supplémentaires que peuvent encourir les populations en situation de précarité, il convient de souligner l'existence de plusieurs dispositifs destinés à améliorer leur accès aux soins. Ceux-ci n'ont pu être mis en place que grâce au concours des professionnels de santé qui ne doivent pas être stigmatisés du fait de pratiques minoritaires de refus de soins.

Depuis la fin des années 1990, de nombreuses actions ont été entreprises pour faciliter l'accès à la santé des populations les plus fragiles. La création de la CMU et de la CMUC qu'on évoque dans ce document surtout sous l'angle de la pratique du refus de soins qui en limite le bénéfice a avant tout constitué un progrès fondamental pour le droit à la santé en permettant une diminution importante des obstacles financiers dans l'accès aux soins. Les enquêtes réalisées sur l'accès aux soins des bénéficiaires de la CMU le démontrent de manière évidente. Leur taux de renoncement aux soins se rapproche de celui des autres assurés complémentaires et est nettement meilleur que celui des assurés sociaux dépourvus de complémentaire comme l'a montré l'étude précitée de la DREES)

Mais en même temps que se mettait en place ce dispositif de protection sociale, la loi du 29 juillet 1998 a aussi organisé la lutte contre les inégalités sociales en matière de santé en instituant les programmes régionaux d'accès à la prévention et aux soins (PRAPS). Il est en effet admis que « la barrière financière à l'accès aux soins est évidente pour les populations en situation de précarité, mais l'exemple des pays qui ont institué cette couverture universelle depuis longtemps montre que cela ne règle pas tous les problèmes d'accès aux soins et à la prévention » (présentation des Praps sur le site internet du ministère de la santé). Les Praps ont notamment pour ambition de combattre les difficultés d'accès aux soins liées aux pratiques professionnelles. La loi HPST du 21 juillet 2009 leur confère une nouvelle ambition puisqu'elle précise ce programme est une composante obligatoire du Plan stratégique régional de santé que les Ars doivent élaborer.

A l'hôpital, des outils spécifiques pour faciliter l'accueil et l'accès aux soins des populations précaires ont également été développés depuis la Loi de lutte contre les exclusions : les Permanences d'accès aux soins de santé (PASS). Leur nombre a été estimé à près de 400 en 2003 (document de la DHOS sur les PASS). Elles « ont pour mission de rendre effectif l'accès et la prise en charge des personnes démunies non seulement à l'hôpital, mais aussi dans les réseaux institutionnels ou associatifs de soins, d'accueil et d'accompagnement social. »

En outre pour favoriser la coopération des professionnels de la santé avec ceux du secteur social, des réseaux santé-social ont pu être constitués.

⁴¹ page 178.

5. LES PISTES POUR AMELIORER LA SITUATION ONT FAIT L'OBJET DE NOMBREUX RAPPORTS ET RECOMMANDATIONS D'ORGANISME PUBLICS AUTANT QUE DE LA SOCIETE CIVILE.

5.1. Avant que la Conférence Nationale de Santé ne formule ses recommandations, il est utile de rappeler un certain nombre des propositions d'actions qui ont été émises par différents acteurs.

Les enquêtes et études sur le refus de soins qui ont été conduites dès les premières années qui ont suivi l'instauration de la CMU montrent que des associations ont plaidé très vite pour que soient entreprises des actions contre ce risque. Les pouvoirs publics ne se sont pas tenus à l'écart de cette préoccupation comme en témoigne notamment la mission confiée en 2006 par le ministre de la santé au directeur du fonds CMU. Il lui était demandé de rechercher les améliorations susceptibles de mettre fin aux refus de soins.

5.1.1. Dans le rapport qu'il a remis le 30 novembre 2006, Jean-François Chadelat, directeur du Fonds CMU formulait treize propositions :

- 1- Introduire par un article de loi une faculté de sanction des professionnels pratiquant le refus de soins.
- 2- Mettre en place une politique effective des ordres, formulant des propositions concrètes d'identification rapide des cas de refus de soins.
- 3- Autoriser expressément par décret les particuliers et les associations ayant intérêt à agir dans le domaine de la santé et plus particulièrement en matière d'accès aux soins, à saisir les chambres disciplinaires et les sections d'assurances sociales des ordres et décider que les ordres devront présenter un rapport trimestriel sur les refus de soins.
- 4- Prévoir un mécanisme de sanctions financières prononcées par les caisses après avis des commissions de pénalités dont le rôle fixé par l'art L.162- 1-14 du code de la sécurité sociale serait complété ;
- 5- Mobiliser la CNAMTS et les CPAM dans la recherche et le signalement des refus de soins.
- 6- Renouveler le testing sur une base plus large incluant les différentes zones territoriales.
- 7- Mettre en place un suivi par l'assurance maladie de la distribution statistique des 5% de professionnels recevant le moins de bénéficiaires de la CMU. Utilisation de ce suivi pour diligenter une action des Délégués de l'Assurance Maladie. Mesure dans le temps d'une amélioration en calculant la valeur de l'écart type de la loi de distribution.
- 8- Développer une politique active des caisses pour suivre les déclarations de médecin traitant à chaque ouverture de droit ou de renouvellement CMU.
- 9- Réduire le délai de production des cartes Vitale de telle sorte qu'aucune carte Vitale ne soit délivrée dans un délai supérieur à 15 jours à un bénéficiaire de la CMU. La CNAMTS fournira régulièrement un indicateur mesurant ce délai.
- 10- Remettre à chaque professionnel de santé une fiche synthétique lui rappelant les principes et les finalités de la CMU. Une remise personnalisée lors d'une rencontre avec un Délégué de l'Assurance Maladie serait la méthode à suivre. Utiliser les CPL pour suivre au plan local les éléments d'information sur les refus de soins et pour relayer les messages en direction des médecins.

- 11- Veiller à la tenue régulière des réunions du groupe de travail CMU prévu par la convention dentaire, et tirer directement les conséquences des propositions que ce groupe sera amené à faire.
- 12- Remettre à tous les bénéficiaires de la CMU une fiche simple et courte lui indiquant ses droits et la manière de les faire respecter, mais en lui indiquant également ses devoirs.
- 13- Tenir une conférence pour annoncer ces mesures et faire un rappel général sur la loi CMU.

5.1.2. Les propositions du quatrième rapport d'évaluation de la loi CMU de juillet 2009 :

Ce rapport traite à nouveau du refus de soins qu'il qualifie de problème majeur et indique que « Malgré quelques avancées, le problème reste entier et non résolu ».

Pour combattre réellement le phénomène, il formule trois propositions :

- 1- Mettre au cœur des dispositifs de suivi de la CMU-C la question des refus de soins, en introduisant un indicateur de suivi des refus de soins dans la loi de finances de l'Etat ou dans la loi de financement de la sécurité sociale.
- 2- Renforcer l'efficacité des dispositifs de lutte contre les refus de soins en donnant juridiquement une valeur probante au testing et ouvrir la possibilité de sanction directe par la caisse.
- 3- Valoriser l'accès aux soins des bénéficiaires de la CMU-C en aboutissant, dans le cadre des négociations conventionnelles, à une revalorisation des consultations des bénéficiaires de la CMU-C.

5.1.3. Les propositions de « Médecins du monde » dans l'enquête de 2006 :

En conclusion de l'enquête réalisée par testing auprès des généralistes dans dix villes en 2006, l'organisation formule cette proposition :

« Pour que les personnes qui cumulent déjà beaucoup de difficultés puissent enfin trouver simplement le chemin de l'accès aux soins, il faut d'urgence fondre l'AME dans la CMU et nous pourrions alors affirmer sans problème que les refus de soins en médecine générale pour les couvertures maladies des pauvres ne sont plus que résiduels dans notre pays » .

5.1.4. Les recommandations du CISS-FNATH-UNAF (25 mai 2009) :

En conclusion de l'enquête réalisée par testing auprès de spécialistes exerçant en secteur 2 dans onze villes, les associations émettent cinq recommandations :

- 1- Améliorer le niveau d'information des usagers.
- 2- Garantir des recours suivis d'effets.
- 3- Reconnaître les résultats des enquêtes de testing comme mode de preuve à part entière.
- 4- Diligenter une enquête nationale, réalisée par l'IGAS portant sur l'accès aux soins des enfants de l'ASE.
- 5- Appeler la HALDE à engager des moyens d'investigations pour lutter contre les refus de soins discriminatoires.

5.1.5. Les propositions d'ATD-Quart monde :

En conclusion de l'étude qu'elle a réalisée en octobre 2009 sur « les stratégies de recours à la médecine de proximité dans les populations démunies », l'organisation retient trois propositions :

- 1- Il faut bâtir la confiance (entre les populations démunies et les professionnels de santé)
- 2- Les ARS doivent prendre la mesure de l'inégalité de l'accès aux soins et à la santé des plus démunis
- 3- Il serait essentiel de développer le lien entre l'usager et le professionnel ...les plus fragiles ont besoin d'une prise en charge globale de leurs problèmes de santé, il faut déterminer une pondération des différentes tarifications à l'acte pour ces populations extrêmement démunies.

5.2. *La loi du 21 juillet 2009 a introduit dans le code de la Santé publique la possibilité de sanctionner le refus de soins.*

Le rapport de J-F Chadelat en novembre 2006 a été un signal important pour l'action contre le refus de soins. Parmi les recommandations qu'il contenait, plusieurs ont été concrétisées. La plus importante est l'introduction dans le code de la santé publique de la possibilité de sanctionner le refus de soins. Cela a été l'objet de l'article 54 de la loi « Hôpital, patients, santé et territoires ». Dorénavant la victime d'un refus de soins illégitime peut saisir la caisse d'assurance maladie ou le Conseil de l'Ordre. En cas d'échec de la conciliation que prévoit la loi, la juridiction ordinale en est saisie. En cas de carence de celle-ci, le directeur de la Caisse d'assurance maladie peut prononcer une sanction à l'encontre du professionnel concerné.

Pour mettre en œuvre ces dispositions législatives un décret est en cours de signature. Il organise la procédure de conciliation d'une part et d'autre part prévoit les pénalités qui peuvent être prononcées.

Mais les dispositions de la loi ne sont pas allées aussi loin que l'avait laissé prévoir le projet de loi, notamment pour reconnaître la valeur juridique des enquêtes par testing comme le souhaite plusieurs associations et comme le proposait le quatrième rapport de dévaluation de la loi CMU.

6. LES RECOMMANDATIONS DE LA CONFERENCE NATIONALE DE SANTE.

L'accès de tous à des soins de qualité doit être au cœur de toute politique de santé, c'est un des droits essentiels pour les usagers du système de santé. De nombreux obstacles sont susceptibles de l'entraver et certains d'entre eux, comme les dépassements d'honoraires, le niveau de dépenses restant à charge des assurés, les transferts vers les assurances complémentaires ou encore la démographie des professionnels de santé, suscitent au jourd'hui des inquiétudes croissantes. Ne pouvant aborder l'ensemble de la problématique de l'accès aux soins, la CNS a porté son regard sur le thème du refus de soins parce qu'il est emblématique de la lutte pour le respect des droits des usagers du système de santé.

Pour résoudre les refus de soins, la Conférence Nationale de Santé formule des recommandations en nombre volontairement limité mais qui relèvent de trois domaines différents d'action : d'abord l'information et la pédagogie, ensuite la stratégie de l'action régionale de santé et enfin l'amélioration du cadre juridique de la protection des droits des usagers.

6.1 *Entreprendre un effort de pédagogie et d'information pour renforcer la confiance entre les acteurs.*

Le risque de refus de soins concerne en grande partie les bénéficiaires de la CMU-C. Ceux-ci sont parfois l'objet de représentations négatives parmi les professionnels de santé

(comportements peu rigoureux, non respect des rendez-vous ou des horaires, méconnaissance des obligations, etc.). Les professionnels de santé peuvent également souffrir d'un manque d'information sur les droits de ces personnes. Les bénéficiaires eux-mêmes peuvent parfois méconnaître la totalité de leurs droits mais aussi mal appréhender leurs obligations.

Parmi toutes les initiatives qui peuvent être prises dans cet objectif d'améliorer l'information de tous les acteurs et de renforcer la relation de confiance, la Conférence recommande notamment l'élaboration et la diffusion dans chaque région d'une « charte des droits et obligations des professionnels de santé et des patients bénéficiaires de la CMU-C » qui pourrait être élaborée par l'Union Régionale des Professionnels de Santé et les représentants des usagers.

6.2. *Insérer la politique de lutte contre les refus de soins dans la politique régionale de santé.*

6.2.1 Les conférences régionales de la santé et de l'autonomie doivent organiser un débat sur le refus de soins.

Comme ce sujet concerne l'action et le comportement de différents acteurs (usagers, professionnels et institutions), l'organisation d'un débat au sein de la région permettrait d'explicitier leurs préoccupations respectives, d'objectiver les points de vue et de rechercher les pistes d'actions adaptées aux spécificités régionales. Les conférences régionales de la santé et de l'autonomie sont les instances qualifiées pour organiser ces débats.

6.2.2. Lutter contre le refus de soins doit être un objectif des Agences Régionales de Santé.

Les Agences régionales de santé viennent de se mettre en place et vont devoir élaborer leur projet régional de santé. La Conférence nationale de santé estime nécessaire de leur demander explicitement que ce projet régional de santé comporte un volet consacré à la lutte contre les refus de soins.

En créant ces nouvelles agences, les gouvernants ont voulu renforcer la mise en œuvre régionale de la politique de santé. Elles ont ainsi la responsabilité de garantir l'égalité de tous dans l'accès aux soins. L'article L1431-2 du code de la santé publique précise qu'« elles veillent à assurer l'accès aux soins de santé et aux services psychosociaux des personnes en situation de précarité ou d'exclusion. » Il ne serait pas acceptable qu'elles ignorent le problème du refus de soins dont peuvent être victimes les populations en situation de précarité.

Au sein du projet régional de santé qu'elles arrêtent, elles ont l'obligation d'élaborer un programme relatif à l'accès à la prévention et aux soins des personnes les plus démunies. (Art L.1434-2 du code de la santé publique) Il est donc judicieux de leur demander d'y intégrer des objectifs concourant à la lutte contre le refus de soins.

6.3. *Développer les outils juridiques de la protection des droits des usagers.*

6.3.1. Donner une valeur probante au testing.

Le *testing* est déjà reconnu comme un mode de preuve licite lorsqu'il concerne certaines discriminations. Ainsi l'article 225-3-1 du Code pénal prévoit que « *Les délits prévus par la présente section (discrimination) sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès*

lors que la preuve de ce comportement est établie ». Si le refus discriminatoire d'une prestation de soins peut entrer dans le champ d'application de ce texte, en revanche le refus fondé sur la couverture sociale du patient n'est pas sanctionné pénalement⁴². Pour ce dernier type de refus la licéité du *testing* n'est donc pas admise puisque, faute d'un texte contraire, ce mode de preuve peut se voir opposer le principe de loyauté de la preuve. Il pourrait ainsi être opportun d'insérer dans l'article L 1110-3 du Code de la santé publique un alinéa, à la rédaction similaire à celui précité, légalisant la pratique du *testing*. Il n'est pas certain cependant que les éléments de preuve ainsi obtenus suffisent à prouver la discrimination, d'où la nécessité d'aménager les règles de preuve de la manière décrite ci-dessus.

6.3.2. Aménager la charge de la preuve.

Conformément à l'article 1315 du Code civil, c'est actuellement au demandeur à l'action visant à sanctionner une discrimination de prouver que la prestation de soins lui a été refusée en fonction d'un critère discriminatoire, c'est-à-dire un critère visé par l'article L 1110-3 du Code de la santé publique. Cela revient à prouver l'intention du professionnel ou de l'établissement de fonder sa décision sur l'un de ces critères, preuve concrètement impossible à apporter de manière certaine.

Pour cette raison il semble pertinent de retenir un système qui est déjà retenu depuis près de 10 ans par le Code du travail, et depuis plus longtemps encore par le droit communautaire en matière de relations de travail. Pourrait ainsi être suivi le modèle de l'article 1134-1 du Code du travail qui dispose que « *Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».

Le rapport remis à la Conférence nationale de santé par l'Institut Droit et Santé dans le cadre du partenariat que cette instance et cette institution entretiennent indique que : « *L'étude de la jurisprudence sociale permet d'affirmer que les modifications envisagées dans le projet de loi HPST n'auraient pas renversé la charge de la preuve mais l'auraient simplement aménagée. Si l'on oblige en effet le professionnel de santé à justifier son refus par un motif objectif, seulement après que la victime a apporté des éléments laissant présumer l'existence d'une discrimination, c'est bien sur cette dernière que pèse la charge d'apporter en premier des éléments de preuve. Elle n'aurait simplement plus à prouver la discrimination dans sa totalité. Mais si elle n'apporte aucun élément permettant de supposer qu'il existe une discrimination, sa demande sera rejetée avant même que le médecin n'ait eu à se justifier. C'est en effet ce que décide la chambre sociale de la Cour de cassation lorsqu'elle est confrontée à une demande de condamnation d'un employeur pour discrimination*⁴³. Ce faisant, et en raisonnant par analogie, il serait envisageable d'exiger de la victime qu'elle invoque non seulement un refus de soins mais aussi la différence de traitement dont elle est l'objet par rapport à d'autres patients. Une telle différence pourrait alors, et alors seulement, rendre nécessaire la formulation d'une justification objective par le professionnel visé ».

⁴² L'article 225-1 du Code pénal sanctionne comme discrimination la distinction « *opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Le bénéfice de la CMU C ou de l'AME n'est pas un critère discriminatoire selon ce texte et une discrimination fondée sur ce critère ne peut donc être sanctionnée pénalement. Seule la sanction prévue par l'article L 1110-3 CSP peut être appliquée car seul ce texte prévoit la sanction de ce type de discrimination.

⁴³ V. not. Cass. soc., 1^{er} févr. 2005, n°02-45796. – Cass. soc., 11 févr. 2009, n°08-40536.

6.3.3. Autoriser le plaider pour autrui.

A l'heure actuelle les associations de malades ou d'usagers disposent de plusieurs possibilités pour agir devant les tribunaux, possibilités qui restent cependant limitées.

Selon l'article L 1114-2 du Code de la santé publique, « *Lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée, et sous réserve de l'accord de la victime, les associations agréées au niveau national dans les conditions prévues à l'article L. 1114-1 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 221-6, 222-19 et 222-20 du code pénal ainsi que les infractions prévues par des dispositions du présent code, portant un préjudice à l'intérêt collectif des usagers du système de santé* ». Les associations visées par le texte, qui doivent avoir été agréées au niveau national, peuvent ainsi se joindre à une action pénale pour réclamer la réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des usagers du système de santé. Le champ d'application prévu par le texte est cependant trop restrictif pour y inclure le refus de soins. Tout d'abord, pour que l'association puisse l'invoquer il faut nécessairement qu'une infraction pénale ait été commise. Or tout refus de soins ne constitue pas une infraction pénale, loin s'en faut. Mais surtout le texte ne vise que certaines infractions pénales, qui relèvent d'un manquement à une obligation particulière de sécurité ou de prudence ou qui sont qualifiées d'infractions par le Code de la santé publique. Tel n'est pas le cas par exemple d'un refus de soins discriminatoire ou d'un refus de soins contraire aux règles de la déontologie médicale. Ajoutons que même lorsqu'une infraction pénale existe l'association ne peut agir que si l'action publique a été enclenchée par le ministère public ou la victime. Elle ne dispose donc d'aucun pouvoir d'initiative en la matière, alors même que la difficulté pour les victimes d'engager une action participe de l'ineffectivité des règles sanctionnant les refus de soins illicites.

Toute action n'est néanmoins pas exclue lorsqu'une association souhaite voir réparé le préjudice porté à l'intérêt collectif des usagers. Bien que le texte susvisé ne le permette pas la jurisprudence considère quant à elle qu'une association peut agir en justice lorsqu'un intérêt collectif est atteint, dès lors que la poursuite de cet intérêt entre dans son objet social, et ce en dehors de toute habilitation législative et même si ses statuts ne le prévoient pas expressément⁴⁴. Le refus de soins peut certainement constituer une atteinte aux intérêts collectifs des usagers et justifier ainsi l'engagement par une association d'une action devant le juge civil pour que le préjudice ainsi causé soit réparé. Ce type d'action comporte un but répressif, qui indirectement peut ainsi contribuer à éviter les refus de soins. La victime n'en est pas moins dépourvue de toute réparation si elle n'a pas agi elle-même. L'action en réparation d'un préjudice causé à l'intérêt collectif profite en effet à l'association demanderesse et non aux victimes.

Pour que l'action en justice d'une association puisse également remplir une fonction de réparation des dommages subis par les victimes, il pourrait être utile de permettre aux associations agréées en santé d'agir non seulement pour défendre les intérêts collectifs mais aussi individuels des usagers du système de santé. Pour qu'une association puisse agir en lieu et place d'une personne elle doit cependant y avoir été habilitée expressément par un texte. Ce même texte doit prévoir précisément dans quels cas le groupement peut agir pour défendre un intérêt individuel. Dans cette optique il serait possible de prévoir que lorsqu'une personne est victime d'un refus de soin illicite une association agréée peut agir devant le juge civil, ou engage la procédure de l'article L 1110-3 du Code de la santé publique, pour obtenir réparation du préjudice subi par cette victime.

⁴⁴ V. not. Cass. 1^{ère} civ. 18 sept. 2008, n°06-22038, Bull. civ., I, n°201.

Deux voies sont alors envisageables :

- Soit l'association agit au nom et pour le compte de la victime et dans ce cas un mandat exprès donné par la victime du refus de soins est nécessaire car l'association représente l'utilisateur. Pourquoi ne pas envisager par ailleurs dans ce cas l'hypothèse d'une représentation conjointe, c'est-à-dire d'une action unique mais pour laquelle plusieurs victimes de refus de soins auraient donné mandat à une même association, sur le modèle de ce que prévoit l'article L 422-1 du Code de la consommation⁴⁵.

- Soit l'association agit en son nom propre, bien que pour le compte de la victime, auquel cas une autorisation expresse de la victime n'est plus nécessaire. Mais dans ce cas il semble nécessaire de permettre à la victime de s'opposer à l'action et d'intervenir à l'instance dès qu'elle le souhaite. Il faudrait également rappeler dans ce cas la nécessité d'identifier la victime dans le recours.

⁴⁵ « Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs ».

CONCLUSION.

A l'occasion de plusieurs interventions récentes, la Ministre de la Santé et des Sports a affirmé son ambition de lutter contre les inégalités sociales de santé : discours⁴⁶ prononcé à l'occasion du colloque organisé au Ministère de la Santé et des Sports, le 11 janvier 2010 ; discours⁴⁷ prononcé devant le Haut conseil de santé publique, le 18 décembre 2009 ; discours⁴⁸ prononcé à l'occasion du salon Hôpital Expo, le 19 mai 2010.

A deux reprises, lors du salon Hôpital Expo, mais également lors de la remise⁴⁹ des prix « Droits des malades », le 19 avril 2010, la Ministre de la Santé et des Sports a annoncé que son action serait placée en 2011 sous le signe du respect des droits des usagers.

Au moment d'adopter ce rapport, la Conférence nationale de santé plaide pour que les propositions qu'elle formule ici soient autant d'axes de la politique publique, au plan national comme avec le levier des agences régionales de santé qui se mettent en place, dans cette perspective soucieuse du respect de l'exigence républicaine.

⁴⁶ <http://www.sante-sports.gouv.fr/colloque-reduire-les-inegalites-de-sante-discours-de-roselyne-bachelot-narquin-lundi-11-janvier-2010.html>

⁴⁷ <http://www.hcsp.fr/docspdf/docext/drbn091218.pdf>

⁴⁸ <http://www.sante-jeunesse-sports.gouv.fr/hopital-expo-discours-de-roselyne-bachelot-narquin.html>

⁴⁹ <http://discours.vie-publique.fr/notices/103000766.html>

Le refus de soins opposé au malade

Institut Droit et Santé

45, rue des Saints-Pères
75270 Paris Cedex 06
www.institutdroitsante.fr

Téléphone : 01.42.86.42.10
Télécopie : 01.42.86.42.03
E-mail : ids@univ-paris5.fr

Introduction

Le développement d'une politique de santé publique passe par la possibilité d'accéder facilement aux soins. Les comportements et pratiques de certains professionnels et établissements de santé peuvent cependant constituer un obstacle à la réalisation de cet objectif. La liberté laissée parfois aux acteurs du processus de soins peut conduire à des situations où une personne en demande de soins se voit opposer un refus de manière plus ou moins explicite.

Des études et des enquêtes ont notamment montré que certains médecins tendent à refuser leurs soins aux malades bénéficiaires de la CMU complémentaire, essentiellement pour des raisons financières. Les difficultés d'accès aux soins rencontrées par les malades peuvent cependant concerner différentes catégories de personnes et les raisons d'un refus de soins peuvent être variées. L'analyse de ces situations, de leur licéité comme de leur légitimité, conduit à poser la question plus générale de l'égal accès aux soins. Une vue globale du dispositif juridique existant en matière de refus de soins doit permettre de déterminer si les règles de droit facilitent réellement l'accès aux soins. La question du refus de soins opposé au malade est en outre rarement abordée au sein des ouvrages juridiques, le refus de soins étant généralement envisagé comme le refus du malade de se soigner.

Objet de recherche.- La question du refus de soins ne reprend pas toute la thématique de l'accès aux soins. N'est envisagée ici que la relation entre un malade et un professionnel ou un établissement de santé. La question de l'influence des pouvoirs publics, notamment sur la possibilité de se soigner, est une question plus large à laquelle sont apportées des réponses très diverses et qui ne peut donner lieu qu'à une étude de plus grande ampleur.

La recherche ici exposée a ainsi pour objet les comportements ou pratiques d'un professionnel ou établissement de santé qui empêchent un malade de bénéficier de ses services. Le refus de soins est envisagé largement et inclut aussi bien les refus explicites que les refus implicites, à savoir les pratiques rendant le soin quasiment impossible en raison des obstacles que le malade se voit opposer par le professionnel ou l'établissement. Le refus de soins peut ainsi prendre la forme d'une dissuasion, notamment financière, conduisant à un renoncement aux soins de la part du malade. Cette large appréhension du refus de soins insiste sur l'existence de comportements qui ont pour objet et/ou pour effet d'exclure certaines personnes de l'accès aux soins. Par ailleurs, cette étude inclut les actes de prévention. La politique de santé publique met de plus en plus l'accent sur la nécessité de la logique préventive et il n'est plus d'acteurs qui ne doivent participer à la démarche de prévention. Il apparaît nécessaire de vérifier si le droit sanctionne le refus d'actes de prévention dans les même cas et de la même manière que tout autre refus de soins, dès lors que ces refus sont considérés comme illicites.

Un dispositif juridique éclaté.- Le droit positif n'est pas sans ressources face aux refus de soins mais ceux-ci prennent des formes nombreuses et suivent des

motivations diverses. Les réponses juridiques apportées à ces situations le sont également. Cela donne un encadrement juridique des refus de soins très morcelé. Les refus de soins sont catégorisés et sanctionnés par des dispositions éparses, n'ayant ni le même objet ni la même source (Code pénal, Code de la santé publique, Code de la sécurité sociale, etc ...). Il peut en résulter plusieurs inconvénients, notamment une difficile lisibilité du dispositif juridique, l'incohérence de certaines dispositions ou encore la multiplicité de juges compétents. Des différences d'encadrement juridique peuvent certes se justifier, notamment entre un médecin libéral et un établissement de santé. Mais l'inconvénient principal du droit positif est peut être de ne pas faire appel, concernant les refus de soins, à un ensemble de règles orientées vers le même objectif de santé publique. Les textes du Code pénal relatifs à l'omission de porter secours par exemple ne sont pas guidés par le même but que les textes relatifs à la continuité des soins. Cette étude pose la question de la cohérence des règles juridiques relatives au refus de soins et de leur aptitude à faciliter l'accès aux soins, tout en prenant en compte les conditions dans lesquelles les professionnels et établissements exercent leur activité.

Des impératifs divers à concilier.- Tout refus de soins n'est pas illicite et pour cause : le droit positif ne consacre pas au profit des malades l'existence d'un droit aux soins opposable en toutes circonstances à tous les acteurs offrant des prestations de soins. L'accès aux soins n'est en effet pas le seul impératif pris en compte par le droit positif. La recherche d'un équilibre entre différents objectifs est particulièrement sensible dans la relation entre un médecin et un malade. Si l'activité d'un médecin s'exerce nécessairement avec la santé publique en point de mire¹, cette même activité est également protégée par les principes de liberté thérapeutique et de liberté contractuelle. Davantage étudiée comme un moyen pour le médecin de déterminer librement le contenu de sa prestation et du traitement donné aux patients², la liberté thérapeutique implique aussi la possibilité pour le médecin de ne pas accepter tout patient se présentant à lui lorsque ce dernier n'est pas en péril³. L'article R 4127-47 alinéa 2 du Code de la santé publique affirme ainsi que « *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* ». Les dispositions du Code de la santé publique relatives à la déontologie du médecin traitent d'ailleurs davantage des relations déjà formées entre le médecin et ses patients que des devoirs du médecin envers les personnes en demande de soins.

En outre l'existence de devoirs du médecin, bien qu'essentielle, n'en est pas moins révélatrice d'une logique de conciliation entre la liberté du médecin et ses obligations. Les règles organisant les relations entre médecins et malades sont davantage fondées sur l'équilibre entre liberté et obligations que sur un droit absolu aux soins au profit des malades. Bien que nombreuses, les obligations du médecin ont surtout valeur de restriction à caractère exceptionnel et qui, en tant que telles, disposent d'un rayon d'action limité à celui que leur donnent les textes. Dans la

¹ V. CSP art. R 4127-2.

² V. G. Mémeteau, Essai sur la liberté thérapeutique du médecin, thèse, Poitiers, 1973. C'est aussi ce qui semble ressortir de l'article R 4127-8 du Code de la santé publique.

³ CSP art. R 4127-9.

formulation de l'article R 4127-47 alinéa 2 du Code de la santé publique, le droit de refus a plus le statut d'une possibilité encadrée pour le médecin que d'une véritable exception. Faut-il alors renverser la logique et affirmer l'existence d'un droit des malades à obtenir des soins, droit qui serait opposable à tout professionnel et établissement de santé ?

L'émergence d'un régime unique fondé sur le droit aux soins ?.- Lorsque le droit sanctionne le refus de soins comme un manquement d'un professionnel à ses obligations il semble concentrer son attention plus sur le professionnel, sa situation et son comportement, que sur la victime et les conséquences qui en résultent pour elle. L'existence d'un droit aux soins impliquerait davantage de considération envers la situation du malade ayant subi un refus de soins.

Il n'en reste pas moins que certaines règles aboutissent déjà à une protection des victimes de refus de soins lorsque ces derniers sont jugés abusifs. La jurisprudence intervient parfois pour tirer de certains devoirs généraux du médecin l'obligation, dans certaines circonstances, d'apporter des soins à un malade. Affirmer un droit aux soins ne devrait en outre pas conduire à occulter les différences d'activité entre les professionnels concernés et entre les professionnels et les établissements. Il conviendrait également de se demander si un tel droit serait opposable à tous les acteurs, voire aux pouvoirs publics.

Se pose aussi la question de savoir s'il serait juridiquement opportun de créer une régime unifié des règles relatives au refus de soins, fait de dispositions regroupées dans le Code de la santé publique et dont le respect serait toujours vérifié par le même juge. Les formes du refus de soins sont en effet potentiellement très nombreuses, d'autant que sont inclus dans cette étude les refus de soins explicites comme les refus de soins plus implicites, provenant initialement d'une offre dissuasive. Les motifs des refus de soins sont, eux aussi, très variés, et il apparaît difficile d'apporter une réponse identique à un refus de soins tiré d'un motif discriminatoire et à un refus de soins lié au devoir d'économie du médecin vis-à-vis de la Sécurité sociale. La multiplicité des situations appelle peut être des réponses diversifiées.

Plan.- Pour mesurer la variété des cas de refus de soins, et mieux cerner ce que recouvre l'expression au sens des auteurs du rapport, il convient d'en présenter une typologie destinée à déterminer concrètement l'ampleur des pratiques de refus de soins, leurs formes et leurs motifs : refus de soins explicites ou implicites, refus de soins dissimulés par les professionnels, provoqués par la réglementation ou même imposés par le droit. Suivra une étude des différentes règles de droit dans lesquelles s'insèrent ces situations. C'est ici la qualification juridique de ces situations qui sera analysée, leurs fondements ainsi que les sanctions attachées aux refus illicites, ce dans la perspective de déterminer si dans la diversité des règles de droit se trouvent des réponses suffisamment nombreuses et adaptées au phénomène du refus de soins.

PARTIE 1 : TYPOLOGIE DES CAS DE REFUS DE SOINS

Le refus de soins doit s'entendre de façon large, par tout comportement qui conduirait, directement ou indirectement, à une absence de soins ou de traitements adaptés à la situation du patient. Ainsi, ce sont aussi bien les comportements des médecins que ceux d'autres professionnels de santé, tels les pharmaciens et les auxiliaires médicaux, qui ont été examinés. De même, la notion de soins est entendue largement, puisqu'elle inclut les soins proprement dits, tout comme les actes de prévention. La liste qui suit a été élaborée à partir de cas rencontrés en jurisprudence, dans des études diverses et de cas envisageables de refus de soins.

Deux questions majeures se sont posées :

- Qu'est-ce qui, en pratique, constitue un refus de soins ? Autrement dit, quelles sont les pratiques des professionnels qui peuvent s'analyser en un refus de soins ?
- Quels sont les motifs pouvant conduire un professionnel de santé à refuser de prodiguer des soins à un patient ?

I - Comportements pouvant s'assimiler à des refus de soins

Le refus de soins peut être manifesté directement mais peut aussi être une conséquence d'un comportement ne constituant pas un refus à proprement parler. Le refus de soins peut être explicite (A) ou implicite (B).

A- Refus explicites/directs

Les auteurs de refus de soins peuvent être des professionnels de santé mais aussi des établissements de santé.

1- Professionnels de santé :

a. Médecins

- **Refus de se déplacer / d'agir face à une situation d'urgence** ou redirection vers le 15.
 - ➔ Pour exemple, refus d'un médecin de garde de se déplacer aux urgences, alors que l'état de la patiente le justifie (C.N.O.M., 6 avril 1976).
 - ➔ De même, un anesthésiste et un chirurgien qui refusent de se déplacer après une intervention alors que la patiente fait une hémorragie (C.N.O.M., 24 mars 1988).

→ Un médecin qui refuse de se déplacer et même de parler au téléphone avec le mari de la patiente, lui-même médecin, alors que la situation est urgente (C.N.O.M., 4 février 1998).

→ Médecin jugeant inutile de réanimer un patient considérant qu'il est mort (Crim., 3 février 1993, [n° 92-83526](#))

▪ **Refus de recevoir un patient**

→ Par exemple, un médecin qui ne rappelle pas un patient ayant tenté plusieurs fois de le joindre en laissant des messages téléphoniques⁴.

→ Exemple d'un médecin prétextant une indisponibilité pour refuser un rendez-vous, prouvé par une prise de rendez vous pour un patient non CMU par exemple quelques instants après.

▪ **Patient ayant obtenu une consultation mais :**

→ Refus de prescrire un médicament ou de proposer un traitement nécessaire et adapté.

→ Refus de poursuivre la prise en charge sans assurer la continuité des soins.

b. **Auxiliaires médicaux**

▪ **Refus de poursuivre la prise en charge sans assurer la continuité des soins**

→ Par exemple, une infirmière qui abandonne brutalement les soins qu'elle dispensait à une patiente souffrant d'une pathologie très lourde, sans prévenir et sans fournir la liste d'autres infirmiers (C.N.O.M., 8 mars 2006).

c. **Pharmaciens / vendeurs de dispositifs médicaux**

▪ **Refus de délivrer un médicament ou un traitement nécessaire et adapté**

→ Par exemple, un pharmacien qui refuserait de délivrer une pilule contraceptive, sur présentation d'une prescription médicale régulière, sans motif légitime (C.A. Bordeaux, 13 janvier 1998, 1998-041359 ; C.E.D.H., 2 octobre 2001, *aff. Pichon et Saisons c/ France*).

▪ **Refus de vente opposé par un distributeur de dispositif médicaux⁵.**

⁴ V. étude de l'IRDES, « *Le refus de soins à l'égard des bénéficiaires de la Couverture maladie universelle à Paris* », 2009.

⁵ V. Circulaire DSS n° 81/2001 du 12 février 2001 relative aux refus de soins opposés à des bénéficiaires de la protection complémentaire en matière de santé (CMU complémentaire) ainsi qu'aux infractions constatées aux dispositions des arrêtés du 31 décembre 1999 relatifs aux conditions de prise en charge et aux prix applicables aux bénéficiaires de cette protection en matière de prothèses dentaires, d'orthodontie et de dispositifs médicaux.

2- Etablissements de santé :

- Refus d'accueillir un malade
- Impossibilité de fournir un professionnel aux compétences adéquates et d'assurer le transfert dans un autre établissement
- Refus de prolonger le séjour d'un patient au sein d'un service ou d'un établissement pour des raisons organisationnelles alors que son état le justifierait
- Refus de soigner la douleur d'un patient

B- Refus implicites/indirects

- Refus de diriger vers un confrère compétent
→ Refus d'un médecin de rediriger vers un autre professionnel de santé ayant la compétence requise.
- Utilisation consciente de traitements inefficaces et illusoire :
→ Le médecin qui se contente de prescrire un traitement d'acupuncture et d'homéopathie, en lieu et place d'une chirurgie, à une patiente atteinte d'un kyste ovarien (C.N.O.M., 21 juin 1995).
→ Médecin adepte du « *mouvement du graal* », privilégiant une approche spirituelle et homéopathique de la médecine, ayant incité une patiente atteinte d'une tumeur cancéreuse du sein à renoncer à une chimiothérapie, seul traitement qui s'imposait au stade de sa maladie (Cass, Crim. 6 mai 1997, [n° 97-81013](#)).
- Médecin qui dispense des soins de mauvaise qualité :
→ Pour exemple, un dentiste qui dispenserait volontairement des soins dentaires superficiels à un patient atteint du VIH ou de l'hépatite C, de peur d'une éventuelle contamination.
- Acceptation d'un patient dans des conditions différentes du reste de la patientèle :
Ces pratiques sont dénommées dans l'étude de l'IRDES le « *oui réduit* »⁶.
→ Acceptation d'un patient à des horaires tardifs.

⁶ V. à cet égard « *Le refus de soins à l'égard des bénéficiaires de la Couverture maladie universelle complémentaire à Paris* », étude par testing auprès d'un échantillon représentatif des médecins et de dentistes parisiens - IRDES

- Un médecin spécialisé qui se contenterait de dispenser des soins de base.
 - Acceptation mais seulement en consultation libre (c'est-à-dire sans prise de rendez-vous) ;
 - Rendez-vous donné sous réserve de l'application d'un dépassement d'honoraires.
 - Patient accepté sous réserve qu'il soit inscrit dans le parcours de soins, c'est-à-dire qu'il ait un médecin traitant.
 - Patient accepté sous réserve de la présentation de sa carte vitale, des papiers nécessaires, voire d'une enveloppe timbrée.
- **Délais d'attente prohibitifs**
 - Admission différée dans un établissement de santé.
 - Rendez-vous accordé avec plusieurs mois d'attente.
 - **Refus de moyens de paiement**
 - Refus opposé avant la dispensation des soins par un médecin ou un pharmacien conduisant à un renoncement aux soins du patient.
 - **Absence du dispositif carte vitale conduisant à un renoncement aux soins du patient**
 - **Exigences administratives**
 - Tentative de découragement via des questions administratives complexes (par exemple sur la caisse d'affiliation)⁷.
 - **Refus de coopérer à la permanence de l'accès aux soins / de l'accès aux médicaments.**
 - Un pharmacien ne signalant pas à sa clientèle les noms et adresses des pharmacies régulièrement ouvertes lors de la fermeture de la sienne (C.N.O.P., 30 juin 1986).
 - **Offre de soins dissuasive :**
 - Dépassement excessif d'honoraires par un médecin, qui conduirait à un renoncement aux soins du patient ;
 - Inapplication du tiers payant ;
 - Comportement du médecin (attitude méprisante, humiliante) ;
 - Prise de rendez vous « à titre exceptionnel » par un médecin, qui refuse de ce fait de s'inscrire dans la continuité des soins ;
 - Propos mettant en avant l'aspect charitable de la prise en charge.
 - **Insuffisance de l'offre de soins d'un établissement de santé**

⁷ Médecins du Monde – Octobre 2006 « *Je ne m'occupe pas de ces patients* » - Dr X, Lyon, 2 février 2006
 Testing sur les refus de soins des médecins généralistes pour les bénéficiaires de la Couverture maladie Universelle ou de l'Aide Médicale Etat dans 10 villes de France.

- Une clinique qui n'a pas été en mesure de fournir un anesthésiste pour intervenir lors d'une IVG, le seul en poste ayant opposé sa clause de conscience (CA Poitiers, 23 novembre 2004, n°02/03216)
- Une clinique qui n'est pas en mesure de fournir les services d'un gynécologue obstétricien à une patiente sur le point d'accoucher, celui ayant été sollicité refusant de se déplacer, et s'étant contenté de prescrire un traitement destiné à retarder l'accouchement (Cass. Crim, 2 avril 1992, [n° 90-87579](#))
- Un dispensaire fournissant habituellement les services d'un dentiste, et qui n'assure pas la permanence des soins en raison d'une grève, en opposant le manque d'urgence des soins (C.E., 6 juillet 1984, n° 48616)
- Absence de moyens d'accueil suffisants dans l'établissement de santé qui n'assure pas le transfert vers un autre établissement.

- **Refus par un établissement de santé d'accepter le patient dans le service adéquat**
- **Refus de prendre la qualité de médecin traitant**

II – Les motifs pouvant conduire à un refus de soins

A- Motifs liés à la personne du patient

- **Refus lié au comportement du patient :**
 - Il ressort d'un testing réalisé en 2006 à la demande du fonds CMU⁸ que 39 % des dentistes interrogés refusaient de soigner les bénéficiaires de la CMU notamment pour des motifs liés au comportement de ces derniers, parmi lesquels :
 - l'éventuelle agressivité
 - le manque de régularité aux rendez-vous, sans prévenir le professionnel concerné.
 - le retard aux rendez-vous (C.N.O.M. ,16 décembre 2004)
- **Refus lié à la situation économique du patient :**
 - Ces refus sont principalement opposés aux bénéficiaires de la CMU ou de l'AME :
 - Une enquête récente du Collectif inter associatif sur la santé⁹ relève notamment que 22% des médecins spécialistes de secteur II refusent de prendre en charge les patients bénéficiaires de la couverture maladie universelle complémentaire (CMU-C). De plus, il ressort du testing

⁸ V. étude de l'IRDES précitée

⁹ V. étude du CISS-FNATH-UNAF du 25 mai 2009 intitulée : « Action contre les refus de soins ».

réalisé en 2006 à la demande du fonds CMU¹⁰ que 39,1 % des dentistes interrogés refusaient de soigner les bénéficiaires de la CMU. Les motifs avancés sont variés :

- non solvabilité du patient ;
- difficulté d'obtenir le remboursement des honoraires par l'Assurance maladie ;
- difficultés d'ordre comptable ¹¹ ;
- refus de soigner un patient qui ne paraîtrait pas en grande précarité alors qu'il est bénéficiaire de la CMU. ¹²

En outre, il ressort d'une étude réalisée par la Drees en 2008 que la majorité des refus opposés aux patients bénéficiaires de l'AME proviennent de médecins généralistes ou de pharmaciens, alors que les refus opposés aux bénéficiaires de la CMU proviennent plus généralement de médecins spécialistes et de dentistes.¹³

→ Refus opposé aux patients aux bénéficiaires de l'assistance médicale gratuite. Par exemple, un médecin qui refuse de procéder à l'examen cardiologique requis pour un enfant bénéficiaire de l'assistance médicale gratuite, la procédure de paiement de ses honoraires par le département étant jugée trop lourde et trop complexe par ce médecin (C.N.O.M. 10 mai 2001).

▪ **Refus lié à la condition sociale du patient :**

→ Refus de prodiguer des soins à un prisonnier (C.E.D.H 15 février 2002, *aff. Mathew c/ Pays Bas*, 29 avril 2003, *aff. Mc Glinchez et autres c/ UK*, 12 juillet 2007, *aff. Testa c/ Croatie*, 10 juillet 2007, *aff. Paladi c/ Moldavie*, C.E.D.H 30 juin 2009, *aff. Viorel Burzo c/ Roumanie*).

→ Refus de recevoir des patients de condition sociale modeste. A cet égard, une étude évoque l'effet « *repoussoir* » de la venue dans la salle d'attente de personnes de classe sociale différente¹⁴.

▪ **Refus lié à l'état de santé du patient**

→ Refus fondé sur l'existence d'une pathologie chez le patient (VIH, VHB, VHC) faisant naître la crainte d'une contamination.

→ Absence ou limitation de diagnostic à l'égard d'une personne en raison de son âge.

¹⁰ V. étude de mai 2006 intitulée : « *Analyse des attitudes de médecins et de dentistes à l'égard des patients bénéficiant de la Couverture Maladie Universelle complémentaire - Une étude par testing dans 6 villes du Val-de-Marne* ».

¹¹ V. Rapport d'enquête effectué dans le cadre d'un stage au sein de la Coordination mission France de médecin du monde intitulée « *Constat : les difficultés de l'accès aux soins dentaires pour les bénéficiaires des CMU et AME dans 11 villes de France* ».

¹² Rapport IGAS 2005-2006

¹³ Etude de la DREES : « *les bénéficiaires de l'AME en contact avec le système de soins* », N°645 Juillet 2008

¹⁴ V. étude de l'IRDES précitée

- Problématique des soins palliatifs : lorsque la décision est prise de cesser les soins curatifs pour commencer les soins palliatifs en l'absence de demande du malade ou contre sa volonté.
- Problématique de l'acharnement thérapeutique : un médecin qui continuerait à dispenser des soins curatifs à un patient sans aucun espoir de guérison ne se rendrait-il pas coupable d'un refus de soins palliatifs, ou du moins de l'administration de soins non conformes à la volonté du patient ?

- **Refus lié à l'orientation sexuelle du patient**

- Pour exemple, refus d'inséminer une homosexuelle (Cour suprême de Californie, 2 décembre 2005, *aff. Guadalupe Benitez*)

B- Motifs non liés à la personne du patient

- **Refus de coopération entre professionnels de santé pour cause de mésentente**

- Exemple d'une situation conflictuelle entre deux anesthésistes (C.N.O.M. 25 janvier 2001).
- Dans un arrêt du 29 avril 1988, la Cour d'appel de Paris a condamné un dentiste qui, prévoyant de confier une intervention délicate à un de ses confrères, a détruit la lettre écrite à cette fin suite à un vif échange verbal avec ce dernier (C.A. Paris, 29 avril 1988, JurisData n° 1988-022109 - accessible sur Lexis Nexis-).
- De même, la CA d'Aix-en-Provence a condamné un anesthésiste qui avait interrompu une péridurale en plein accouchement à la suite d'une altercation avec l'obstétricien (C.A. Aix-en-Provence 28 février 2006, n° 03-04942 - accessible sur Lexis Nexis-).

- **Refus lié à un défaut de document administratif :**

- Refus d'examiner un patient hébergé en maison de retraite tant que ne lui est pas communiqué le dossier médical et administratif de l'intéressé (C.N.O.M., 25 juin 2003)
- Refus de prise en charge par un centre hospitalier pour non présentation des documents administratifs nécessaires. Dans un arrêt du 9 juin 1998, un centre hospitalier a été condamné pour avoir différé l'hospitalisation d'une patiente algérienne, présentant des maux de têtes persistants et des troubles de la vision, jusqu'à ce que cette dernière soit en mesure de présenter une attestation de prise en charge des frais médicaux par les organismes de sécurité sociale algériens. Il a été jugé en l'espèce que ce comportement contrevient clairement aux dispositions de l'article 4 du décret du 14 janvier 1974 relatif au fonctionnement des centres hospitaliers, lequel dispose que « *si l'état d'un malade réclame des soins urgents, le directeur doit prononcer l'admission,*

même en l'absence de toute pièce d'état et de tout renseignement sur les conditions dans lesquelles les frais seront remboursés ». (C.A.A Paris 9 juin 1998, [95PA03525](#)).

- **Refus lié à la situation géographique du patient :**
 - Refus de prendre en charge un patient parce qu'il ne se trouve pas dans le secteur de garde du médecin (C.N.O.M 12 juin 1997).

- **Refus lié à la personne ou à l'activité du médecin :**
 - Médecin en grève (C.E. 6 juillet 1984, n°48616).
 - Patientèle surchargée (notamment les ophtalmologues et gynécologues parisiens en secteur I, ainsi que les gynécologues en secteur II¹⁵) ;
 - Départ à la retraite, limitation de l'activité ou réorientation professionnelle du médecin ;
 - Praticien ne recevant que sur recommandations d'un confrère ;
 - Inaptitude du professionnel de santé dans le domaine concerné.

- **Refus pour raisons économiques :**
 - Refus de prescrire pour des raisons d'économie de l'assurance maladie (v. CE 26 févr. 2007, n°297084).
 - Refus d'un médecin/établissement de santé de donner une thérapeutique coûteuse à une personne âgée, dont l'espérance de vie est faible
 - Pour des raisons d'économie des ressources de l'assurance-maladie.

- **Refus lié à des événements extérieurs indépendants de la volonté du médecin**
 - Notamment en raison de mauvaises conditions météorologiques : dans un arrêt du 4 février 1998, la Cour de cassation a condamné un médecin de garde pour non assistance à personne en péril, ce dernier ayant refusé de se déplacer en raison de fortes chutes de neige alors même qu'il n'ignorait pas l'état de santé préoccupant de l'enfant (Cass. Crim., 4 février 1998, [n°96-81425](#)).
 - Médecin qui refuserait de se déplacer en raison d'un climat d'insécurité (émeutes)

- **Refus lié à l'opposition d'une clause de conscience du professionnel**
 - Refus de pratiquer une IVG

¹⁵ V. étude de l'IRDES précitée

PARTIE 2 : ANALYSE JURIDIQUE DU REFUS DE SOINS :

La qualification juridique des différentes hypothèses de refus de soins envisageables est une étape fondamentale dans l'analyse de l'état du droit en la matière.

Cette analyse contribuera à préciser l'impératif qui prévaut aujourd'hui en droit français, entre la possibilité, dans certaines conditions, pour le professionnel de ne pas prendre en charge un patient et celui de toute personne d'accéder aux soins. Elle sera éclairée par des références aux dispositions applicables dans les droits d'autres pays.

La première dichotomie pertinente consiste à différencier les refus de soins licites des refus de soins illicites.

Il arrive que, dans certaines circonstances, le professionnel soit dans l'obligation de soigner, et que son refus de le faire soit de ce fait sanctionnable. Dans d'autres cas, il dispose d'une faculté de refus ou se voit même imposer une obligation de ne pas intervenir. Les raisons à l'origine de ce traitement différencié du refus de soins sont diverses et seront l'objet des développements qui vont suivre.

I - Le refus de soins licite

A) La faculté du professionnel de refuser la prise en charge d'un patient

Il est admis que le professionnel de santé libéral dispose, dans une certaine mesure, d'une « liberté » de choisir ses patients, liberté qui répondrait à celle dont dispose le malade de choisir son praticien et, dans certaines limites, son établissement de santé. On peut y voir l'une des conséquences de la liberté contractuelle, applicable aux relations entre un malade et un professionnel libéral.

Le professionnel de santé dispose de la faculté de refuser de prendre en charge certains patients mais sous certaines conditions. L'article R 4127-47 alinéa 2 du Code de la santé publique prévoit que « *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* ». L'article L 1110-3 du Code de la santé publique a repris cette disposition pour préciser que l'interdiction des refus de soins discriminatoires ne faisait pas obstacle à un refus dès lors que les conditions énoncées ci-dessus sont réunies. Une disposition similaire existe pour les chirurgiens dentistes¹⁶. Dans tous les cas il faut que le refus du praticien soit justifié par des raisons professionnelles ou personnelles, termes qui laissent d'importantes possibilités. La principale limite semble être celle de l'urgence mais nous verrons qu'il en existe d'autres. De plus la faculté dont dispose le médecin n'est pas absolue

¹⁶ CSP art. R 4127-232.

et la limite de l'abus de droit s'applique à tout refus qui manifesterait une légèreté blâmable de la part du médecin.

Le refus de soins du médecin libéral est fondé sur la relation contractuelle qui l'unit à son patient, et qui lui confère une large autonomie dans le choix de ses patients, sous réserve du respect de ses obligations déontologiques. La situation est cependant différente de ce qui se rencontre, notamment, aux Etats-Unis. Dans ce pays, si l'idée selon laquelle la relation entre le médecin (libéral) et le patient est contractuelle, a pour conséquence que le praticien ne peut se voir contraint à contracter, et par conséquent à soigner¹⁷, en revanche, lorsqu'un « contrat » est conclu, c'est-à-dire une fois que le médecin a accepté de prendre en charge un patient, ce médecin ne peut refuser de continuer le traitement. S'il le fait, l'acte est qualifié d'« abandonnement »¹⁸ et est considéré comme fautif. En France la justification du droit de refuser de prendre en charge un malade n'est pas contractuelle mais déontologique. La même règle s'applique ainsi aux professionnels, qu'ils soient libéraux ou non.

Les règles sont toutefois quelque peu différentes dans le cadre de la médecine hospitalière. En effet, le patient n'est pas lié au praticien qui le prend en charge par un contrat, il est un usager du service et le médecin qui le prend en charge n'est pas choisi par lui.

Comme tous les services publics, le service public hospitalier est tenu au respect des principes fondamentaux d'égalité, de continuité, de neutralité et de mutabilité.

La problématique de l'accès aux soins, et du refus de soins qui pourrait être opposé à un usager se pose tout d'abord sous l'angle du principe d'égalité. Ainsi, un établissement public de soins est tenu de garantir à tous un égal accès aux soins. Le principe de neutralité impose quant à lui aux personnels de ces établissements de traiter tous les usagers sans tenir compte de leurs opinions, de leurs croyances et convictions¹⁹.

La liberté d'action des praticiens hospitaliers est fonction des obligations leur incombant. Celles-ci se rapprochent des obligations pesant sur les praticiens libéraux mais revêtent des spécificités liées à leur statut et à celui du service public. Le praticien hospitalier demeure cependant tenu aux obligations incombant à tout médecin. Le Code de déontologie médicale, tel que codifié dans le Code de la santé publique, lui est applicable. Son champ d'application, défini à l'article R.4127-1 du Code de la santé publique, prévoit en effet que les dispositions du code s'appliquent à tout médecin exécutant un acte professionnel, ou inscrit au tableau de l'ordre. Cependant certaines de ces règles, comme celles relatives à la clientèle ou celle du libre choix du médecin par le malade, ne concernent pas les praticiens hospitaliers.

¹⁷ Opinion 9.12 - Physicians' Political Communications with Patients and Their Families, AMA's Code of medical ethics ; Opinion 9.06 - Free Choice, AMA's Code of Medical ethics.

¹⁸ Pour une définition de l'abandonnement : Health care law, By Alison McChrystal Barnes, American Law Institute-American Bar Association Committee on Continuing Professional Education.

¹⁹ Circulaire DHOS n°57 du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé et CAA Lyon, 27 novembre 2003, Mlle Nadjet Ben Abdallah.

En revanche, le médecin hospitalier conserve son indépendance professionnelle, notamment dans l'appréciation des soins à dispenser, et ce en dépit de la hiérarchie existant au sein de l'hôpital. La contestation d'un refus de soins au cours de la prise en charge sera donc appréciée sous l'angle de cette indépendance.

L'article R. 1112-11 du Code de la santé publique édicte en outre les conditions d'admission d'un patient à l'hôpital²⁰. L'article R. 1112-12 du Code de la santé publique dispose qu' « *En cas de refus d'admettre un malade qui remplit les conditions requises pour être admis, alors que les disponibilités en lits de l'établissement permettent de le recevoir, l'admission peut être prononcée par le directeur de l'agence régionale de santé* ». Il existe ainsi une procédure permettant de pallier un refus de soins constitué par un refus d'admission.

Il reste à préciser que si le praticien hospitalier se rend coupable d'un refus de soins illicite, il pourra se voir reprocher une faute détachable, qui engagera sa responsabilité personnelle et non celle de l'établissement au sein duquel il exerce. La Cour de cassation a d'ailleurs pu décider que « *pour condamner le prévenu à réparer personnellement les conséquences dommageables du décès de Mme X., la Cour d'appel énonce à bon droit que le fait pour un chirurgien de garde d'avoir omis de se déranger pour examiner dans un hôpital public une blessée atteinte d'une balle dans le ventre, constitue une faute personnelle lourde détachable par sa nature même de la fonction* »²¹.

Il convient de s'attarder désormais sur les dispositions du Code de la santé publique qui prévoient la possibilité pour un médecin libéral d'opposer un refus de soins licite à un patient.

Les situations permettant au praticien d'exercer son droit au refus sont variées. Les risques d'atteinte à sa sécurité peuvent permettre au professionnel de refuser un soin, ou de s'en désister. Dans un arrêt du 15 mars 1999²², le Conseil d'Etat considère comme légitime le refus d'une infirmière de se déplacer en zone de détention sans être accompagnée d'un membre du personnel de surveillance, comme cela est en principe exigé. Certaines décisions du Conseil National de l'Ordre des Médecins, illustrent des cas de refus de soins légitimes, tels que la réorientation vers un confrère ou l'arrêt d'un traitement initial de patients ayant refusé certains soins ou manifestant un comportement agressif²³. Dès lors que le médecin demeure dans les limites du refus de soins licite, et respecte les obligations qui pèsent sur lui, comme rediriger le patient vers un professionnel compétent, il ne peut être sanctionné.

²⁰L'article L. 6112-2 du Code de la santé publique dispose que « *L'admission à l'hôpital est prononcée par le directeur sur avis d'un médecin ou d'un interne de l'établissement. Elle est décidée, hors les cas d'urgence reconnus par le médecin ou l'interne de garde de l'établissement, sur présentation d'un certificat d'un médecin traitant ou appartenant au service de consultation de l'établissement attestant la nécessité du traitement hospitalier. Ce certificat peut indiquer la discipline dans laquelle devrait être admis l'intéressé sans mentionner le diagnostic de l'affection qui motive l'admission. Il est accompagné d'une lettre cachetée du médecin traitant ou du médecin de consultation adressée au médecin du service hospitalier donnant tous renseignements d'ordre médical utiles à ce dernier pour le diagnostic et le traitement* ».

²¹ Cass. crim, 25 mai 1982, n° 80-95056, Bull. crim. n°134.

²² C.E., 15 mars 2007, n° 183545

²³ CNOM; 16 mai 2002 ; 19 février 2003, 6 sept. 2007

L'incompétence du médecin peut aussi justifier un refus de soins de sa part, notamment lorsqu'il est sollicité pour prodiguer des soins qui ne relèvent pas de sa spécialité ou excédant celle-ci.

Il existe également des cas dans lesquels le refus de soigner est expressément prévu par la loi. Tout médecin peut, en application des articles L. 2123-1, L. 2212-8, et R. 4127-18 du Code de la santé publique, en invoquant sa clause de conscience, refuser de pratiquer une interruption volontaire de grossesse ou une stérilisation à visée contraceptive. Dans les deux cas, il a alors l'obligation d'informer sans délai l'intéressée de sa décision²⁴ et de réorienter le patient vers d'autres praticiens lorsqu'il est confronté à une demande d'interruption volontaire de grossesse. La clause de conscience peut être invoquée par tout médecin quelles que soient les modalités de son exercice professionnel. L'article R. 4127-95 alinéa 2 du Code de la santé publique précise à cet égard qu' « *en aucune circonstance, le médecin ne peut accepter de limitation à son indépendance dans son exercice médical de la part du médecin, de l'entreprise ou de l'organisme qui l'emploie* ».

Un établissement de santé privé peut, lui aussi, refuser que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans ses locaux. Mais s'il participe à l'exécution du service public ou a conclu un contrat de concession, ce refus ne peut être opposé que si d'autres établissements sont en mesure de répondre aux besoins locaux²⁵.

En toute hypothèse, l'opposition d'une clause de conscience n'est rien d'autre que le respect d'une liberté individuelle fondamentale du médecin. Dès lors, ce dernier ne saurait être pénalement poursuivi, hors hypothèse d'une interruption pour motif médical qui justifierait une intervention urgente du médecin pour protéger la vie de la femme. Un tribunal correctionnel a pu juger que la détresse de la femme ne constituait pas le péril exigé pour le constat du délit de non assistance à personne en péril²⁶. La protection de la liberté de conscience fonde aussi un droit au refus.

La licéité ne résulte pas seulement d'un droit mais peut aussi résulter d'un commandement de la loi. Outre le droit au refus, il existe ainsi des situations dans lesquelles les professionnels sont tenus d'une véritable obligation de refuser les soins.

B) L'obligation de refus du professionnel

Dans certaines hypothèses, le médecin est obligé de ne pas soigner, notamment lorsque les soins nécessaires excèdent ses compétences. Cela est rappelé à l'article R. 4127-70 du Code de la santé publique dispose quant à lui que « *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.*».

²⁴ Dès la première consultation précise même l'article L 2123-1 concernant la stérilisation contraceptive.

²⁵ Article L 2212-8, alinéas 3 et 4 du Code de la santé publique

²⁶ T. corr. Rouen, 9 juin 1975, D. 1976, jurispr., 531 note G. Roujou de Boubée.

Le médecin est donc tenu à cette obligation d'abstention, obligation négative, excepté dans les situations d'urgence où le médecin est tenu d'agir. En effet une autre obligation positive pèse sur chaque médecin, celle de porter secours à toute personne en situation de détresse, notamment prévue à l'article R. 4127-9 du Code de la santé publique.

Si un médecin excède ses compétences en dispensant des soins dans des domaines de la médecine qu'il ne maîtrise pas, il se rend également coupable d'une violation des règles déontologiques s'imposant à lui. Le médecin est tenu de dispenser des soins de qualité, consciencieux, conformes aux données acquises de la science. Il existe en effet un droit pour les patients de recevoir les soins les plus appropriés qui découle de l'article L. 1110-5 du Code de la santé publique. Le médecin qui dispense des soins dans un domaine qui n'est pas le sien ne respecte pas ce droit, et commet une faute professionnelle, susceptible d'engager sa responsabilité.

L'obligation de ne pas soigner peut aussi résulter de l'interdiction pour le médecin d'intervenir en l'absence d'une « *nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* »²⁷.

De plus, en vertu du dernier alinéa de l'article L1110-5 alinéa 1 du Code de la Santé publique « *les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, faire courir [au patient] de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté* ». Ainsi le médecin ne doit pas, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, faire courir au patient un risque injustifié comme le rappelle l'article R. 4127-40 du Code de la santé publique.

A titre d'exemple, le Conseil National de l'Ordre des Médecins a considéré comme légitime et justifié par un intérêt thérapeutique, le refus d'un médecin de pratiquer une anesthésie sur un enfant ayant déjà reçu une première anesthésie soixante douze heures plus tôt²⁸. Ainsi une thérapeutique risquée et dont les chances de réussite sont faibles ne doit pas être entreprise par un médecin. En ne pratiquant pas une telle intervention, il respecte ses obligations légales, et n'est pas coupable d'un refus de soins illicite.

Cette limite à la dispense de soins ressort également de l'obligation qu'a le médecin de ne pas faire preuve d'une obstination déraisonnable dans ses actes. Cette obligation figurant à l'article L 1110-5 alinéa 2 du Code de la santé publique²⁹ est doublée d'une faculté puisque lorsque les actes médicaux apparaissent « *inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris* ». De la même manière l'article R. 4127-8 du Code de la santé publique prévoit que « *sans négliger son devoir d'assistance morale* », le médecin doit limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins. Il doit ainsi « *tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles* ». La sanction de l'acharnement thérapeutique prohibe la dispense de soins qui

²⁷ Article 16-3 du Code civil.

²⁸ CNOM, 10 janvier 2007

²⁹ V. également l'article R 4127-37 du même code.

s'avèreraient inutiles ou qui, tout en maintenant la vie, risqueraient de créer des dommages supplémentaires³⁰. La responsabilité civile et disciplinaire du médecin peut être engagée si cette obligation n'est pas respectée, de même que la responsabilité de l'établissement. Il est parfois recommandé aux professionnels de « *ne pas s'enfermer dans une logique médicale exclusive en fondant la décision exclusivement ou de façon prédominante sur des critères médicaux et techniques* »³¹.

Les limites au principe de la liberté de prescription du médecin se fondent aussi sur le devoir dit « d'économie », qui s'impose au professionnel dans l'exercice de son art. Ce devoir constitue un vecteur de régulation des dépenses de santé. En application de l'article L.162-2-1 du Code de la sécurité sociale les médecins sont tenus de respecter le principe d'économie dans la mesure où cela demeure compatible avec la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins. De ce fait le médecin peut légitimement s'opposer à la prescription de certains traitements qui constitueraient une dépense injustifiée³². Le juge vérifie que le médecin n'excède pas, dans ses prescriptions, les prescriptions nécessaires à la seule efficacité du traitement³³.

Dans un avis du 14 avril 2005³⁴, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) analyse le refus de traitement opposé par un médecin en raison du coût du traitement ou de l'inutilité d'une investigation. La question se pose de savoir si le médecin peut opter pour des traitements et investigations moins coûteux lorsqu'il estime qu'ils sont suffisamment aptes à répondre aux besoins du patient. Le CCNE fait un parallèle avec l'acharnement thérapeutique qui se bornerait à maintenir la vie et non la qualité de celle-ci, ce qui est différent. Dans cette hypothèse si aucun espoir n'existe à court ou moyen terme, l'avis conclut à l'absence d'obligation pour le corps médical de maintenir la vie au moyen de procédures coûteuses. La décision appartient au professionnel mais c'est bien la loi qui limite sa liberté d'action puisque celle-ci impose un devoir d'économie.

Il existe enfin des obligations de refuser les soins dans des situations particulières. En effet, certains actes tels que les interruptions volontaires de grossesse ou les actes d'assistance médicale à la procréation, ne peuvent être réalisés que si les conditions légales sont remplies. Les professionnels de santé doivent refuser de prendre en charge les personnes qui ne répondraient pas à ces conditions.

Concernant l'assistance médicale à la procréation, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique prévoit que « *l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple,*

³⁰ V. le récent jugement du tribunal administratif de Nîmes qualifiant de fautive la manière dont une équipe médicale a prolongé à l'excès la réanimation d'un enfant né en état de mort apparente et ayant conservé de graves séquelles : TA Nîmes, 2 juin 2009, n°0622251, JCP A 2010, 2070, note N. Albert.

³¹ P. Hubert, P. Canoui, R. Cremer, F. Leclerc, Limitations et arrêts de traitement actifs en réanimation pédiatrique : recommandations du GFRUP, Archives de pédiatrie, 2005, p. 1505.

³² Cons. const. 12 août 2004, déc. n°2004-504 DC ; CE 26 févr. 2007, n°297084.

³³ Cass. 2^e civ., 24 mai 2005, n°03-30775.

³⁴ Avis du CCNE N° 87, *Refus de traitement et autonomie de la personne*, 14 avril 2005

le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ». Tous les couples qui ne répondent pas à ces exigences se verront donc opposer un refus. A cet égard, il convient de rappeler le refus opposé par un CECOS³⁵ à une femme souhaitant se voir restituer le sperme congelé de son mari décédé. Le tribunal de grande instance de Rennes, saisi en référé, a confirmé la légalité de la décision du CECOS puisqu'elle était conforme aux prescriptions légales qui interdisent toute insémination « *post mortem* »³⁶. L'assistance médicale à la procréation n'étant « *ni un "service" ni l'expression d'un "droit à l'enfant"* »³⁷, les refus opposés par les professionnels de santé s'avèrent donc justifiés par le respect des règles légales.

Concernant l'interruption volontaire de grossesse, elle peut être réalisée dès lors qu'une « *femme enceinte que son état place dans une situation de détresse* »³⁸ en formule la demande. Les conditions fixées par le législateur ne tiennent qu'au délai dans lequel une telle demande doit être présentée. L'article L.2212-1 du Code de la santé publique précise en effet que « *cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse* ». L'interruption de grossesse peut cependant être pratiquée à tout moment pour un motif médical, soit lorsque la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit lorsqu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Ainsi, en dehors des demandes d'interruption médicale de grossesse toutes les demandes d'interruption volontaire de grossesse se verront refuser dès lors qu'elles ne répondent pas aux exigences du délai de douze semaines légalement définies.

Les professionnels sont enfin parfois tenus de refuser des soins faute de moyens suffisants et suite à un choix reposant sur des critères règlementaires. C'est l'hypothèse du choix des bénéficiaires de greffes. L'Agence de la biomédecine est chargée de tenir la liste des patients en attente de greffe d'organes et de cornée et de gérer l'attribution des greffons³⁹. Les règles de répartition et d'attribution des greffons élaborées par l'Agence doivent être approuvées par arrêté du ministre chargé de la santé⁴⁰. Le premier arrêté, en date du 6 novembre 1996⁴¹, prévoit les règles de répartition et d'attribution des greffons. Il a été modifié à de nombreuses reprises, jusqu'en 2009⁴². La mise en place d'une liste nationale d'attente est inévitable dans la mesure où le nombre de greffons disponibles ne répond pas aux besoins de la population française. Cependant, cela aboutit à établir un ordre de

³⁵ Centres d'Études et de Conservation des Œufs et du Sperme

³⁶ T.G.I. Rennes, ord. Réf., 15 octobre 2009

³⁷ Frédérique Dreiffus-Netter, *Assistance médicale à la procréation : conditions d'accès*, <http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/modules.php?name=News&file=article&sid=5>

³⁸ Article L.2212-1 du Code de la santé publique

³⁹ Articles. L. 1418-1 7°, L. 1251-1 et R. 1418-1 1° du Code de la santé publique

⁴⁰ Article L. 1418-1 7° in fine du Code de la santé publique

⁴¹ JO 10 nov. 1996, p. 16475.

⁴² Arrêté du 31 mars 2009, JO du 3 avril 2009, p. 5904.

priorité et à priver certains patients qui ont pourtant besoin d'une greffe⁴³. Si les équipes médicales sont à l'origine de l'inscription du patient sur la liste et de la décision finale de procéder à une greffe sur celui-ci, leurs choix sont contrôlés par l'Agence de la biomédecine.

Outre l'obligation de refuser imposée par la loi, les textes sont parfois propices à des renoncements aux soins, instaurant des refus de soins dissimulés.

C) Le refus de soins « provoqué » résultant des règles de prise en charge fixées par la collectivité

Le refus de soins n'est pas toujours explicite. Il peut prendre la forme d'une offre de soins dont les conditions de remboursement dissuadent certains malades de recourir aux soins. Ces refus de soins implicites, que nous qualifions de provoqués, sont parfois le fait des lois et règlements qui limitent la prise en charge financière des soins par la collectivité.

A titre d'exemple, les frais accessoires aux soins ne sont pas totalement pris en charge⁴⁴. Ainsi les frais de transport ne sont remboursés que lorsque le transport sanitaire s'effectue en un lieu distant de moins de 150 kilomètres ; au delà de cette distance, et hors les cas d'urgence, l'accord de la CPAM est nécessaire à la prise en charge⁴⁵.

En outre, le Conseil d'Etat affirme que le respect des exigences constitutionnelles de solidarité nationale doit être apprécié, d'une part, compte tenu des dispositions en vertu desquelles certaines dépenses de santé sont susceptibles d'être laissées à la charge des assurés sociaux et, d'autre part, au regard des incidences de telles mesures sur la situation des personnes les plus vulnérables ou défavorisées⁴⁶. On retrouve ici une logique dégagée en Belgique par le Comité consultatif de bioéthique belge. Celui-ci estime qu'« *il est fondamentalement immoral de refuser des soins médicaux aux personnes qui en ont besoin* » et que « *ni l'insolvabilité du patient ni l'illégalité de sa présence sur le territoire belge ne sont de nature à justifier un tel refus* ». Il est également précisé dans cet avis que « *la réponse à la vulnérabilité du patient, quel qu'il soit, reste la première valeur à prendre en compte dans la réalisation de la justice qui commande la distribution des soins de santé* »⁴⁷.

La situation personnelle des assurés sociaux n'est donc pas totalement occultée mais il n'est pas certain que cela suffise à écarter toute dissuasion financière de recourir aux soins.

⁴³ Pour toutes greffes, certains patients sont prioritaires, notamment ceux dont la vie est menacée à très court terme : v. arrêté du 31 mars 2009, II, 8°. D'autres priorités sont ensuite fixées selon le type de greffe envisagé.

⁴⁴ V. les règles fixées aux articles R 322-10 et suivants du Code de la sécurité sociale.

⁴⁵ En application des articles R 322-10-2 et R 322-10-3 du Code de la sécurité sociale : v. Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n°08-21044, Bull. Civ., II, n°281. .

⁴⁶ CE, 6 mai 2009, n°312462.

⁴⁷ V. avis n° 7 du Comité consultatif de bioéthique en date du 13 juillet 1998 relatif à l'accès aux soins de santé

II - Le refus de soins illicite

Les refus de soins peuvent recouvrir diverses qualifications juridiques.

A) La dispense de soins non consciencieux

L'article R. 4127-32 du Code de la santé publique dispose que « *Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents* ». L'article suivant prolonge l'obligation de délivrer des soins consciencieux en disposant que « *le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire [...]* ». De plus l'article R. 4127-3 du Code de la santé publique précise que « *le médecin doit, en toutes circonstances, respecter les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine* ». Un médecin qui ne dispense pas de soins consciencieux manque à ses obligations légales et déontologiques. Le défaut de soins consciencieux est entendu largement par la jurisprudence.

Est tout d'abord sanctionné à ce titre le médecin dont le refus d'intervenir s'accompagne d'un manque d'attention et de correction envers le malade. Ainsi la juridiction ordinaire a pu qualifier de manquement aux soins consciencieux le comportement d'un médecin de garde qui, sans se déplacer, avait omis de prendre le temps de rassurer une mère inquiète sur l'état de santé de son enfant, et pour s'être abstenu de s'informer de l'état de l'enfant afin de s'assurer que la situation ne s'était pas aggravée⁴⁸. Dans le prolongement de cette décision, le CNOM a retenu la faute déontologique d'un médecin de garde qui, estimant être en présence d'une querelle familiale, a refusé de se déplacer d'emblée pour une jeune fille ayant été victime d'un malaise, se contentant de conseiller de joindre la police et sans prendre d'autre initiative pour résoudre le problème. De plus le CNOM a, là encore, relevé une négligence dans le suivi de la patiente, celui-ci n'ayant même pas repris contact avec ses interlocuteurs par la suite⁴⁹.

Le manquement aux soins consciencieux peut également se caractériser par le fait de dispenser volontairement des soins inefficaces ou illusoire. En effet un médecin qui prescrirait sciemment un traitement inapte à guérir un patient alors qu'une alternative thérapeutique efficace existerait, violerait bien évidemment ses obligations légales et déontologiques. Cette hypothèse constitue un refus de soins dans la mesure où elle repose sur un acte volontaire du médecin. Elle se distingue donc de l'erreur du médecin qui, involontairement, fournit des soins de mauvaise qualité. Le fondement juridique de la condamnation du médecin n'est pas le même dans les deux cas. Ce n'est que lorsque la fourniture de soins de mauvaise qualité est volontaire que le médecin contrevient à son devoir d'humanisme.

⁴⁸ CNOM, 30 juin 1999, dossier n°6691

⁴⁹ CNOM, 07 juillet 1999, dossier n° 6687

Rappelons en effet que selon l'article L 1110-5 alinéa 1 du Code de la santé publique « toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées ».

Par extension un médecin qui dispenserait des soins de mauvaise qualité, ou superficiels violerait l'obligation de dispenser des soins consciencieux. C'est dans ce cadre que s'inscrivent les pratiques de certains professionnels qui dispensent des soins de base aux bénéficiaires de la Couverture maladie universelle. Ainsi un médecin généraliste qui refuserait de dispenser des soins plus spécifiques se rend coupable d'une certaine forme de refus de soins⁵⁰. Le rapport de l'IRDES qualifie ce traitement différencié réservé aux patients bénéficiaires de la CMU de « oui réduit ». En effet le praticien ne refuse pas totalement de dispenser des soins, mais n'accepte de délivrer que des soins basiques. Son comportement est dès lors assimilable à un refus de soins. Cette catégorie peut sans doute rentrer dans la catégorie des soins non consciencieux, le praticien ne faisant pas profiter le malade de l'ensemble de son savoir et de ses compétences. Le praticien pourrait de ce fait se voir reprocher un tel manquement et être sanctionné en conséquence.

Ici l'absence de soins consciencieux rejoint la question des discriminations⁵¹. Plus largement cela montre que pour s'assurer que le médecin remplit son obligation de donner des soins consciencieux il est parfois nécessaire de sonder les mobiles de son action.

Le devoir d'humanisme du médecin est aussi relié à son devoir de prendre en charge la douleur de ses patients. L'article L1110-5 alinéa 4, du Code de la santé publique prévoit que « Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée ». De même, l'article L1112-4 du Code de la santé publique dispose que « Les établissements de santé, publics ou privés, et les établissements médico-sociaux mettent en œuvre les moyens propres à prendre en charge la douleur des patients qu'ils accueillent et à assurer les soins palliatifs que leur état requiert, quelles que soient l'unité et la structure de soins dans laquelle ils sont accueillis. Pour les établissements de santé publics, ces moyens sont définis par le projet d'établissement mentionné à l'article L. 6143-2. Pour les établissements de santé privés, ces moyens sont pris en compte par le contrat d'objectifs et de moyens mentionné aux articles L. 6114-1, L. 6114-2 et L. 6114-3 ».

L'article R 4127-37 fait également de la prise en charge de la douleur une obligation du médecin : « En toutes circonstances, le médecin doit s'efforcer de soulager les souffrances du malade par des moyens appropriés à son état et l'assister moralement ». Dès lors, un médecin qui contreviendrait à ces dispositions commettrait une faute disciplinaire passible de sanctions. Le défaut de prise en charge de la douleur peut ouvrir droit à indemnisation pour le patient. Néanmoins, dans les faits, la douleur sera souvent indemnisée « accessoirement à un acte fautif », ce qui conduit un auteur à affirmer que

⁵⁰ Etude réalisée en 2009 par l'IRDES sur le refus de soins à l'égard des bénéficiaires de la CMU à Paris, commandée par le fonds CMU, p.51. V. également « Discriminations à l'encontre des personnes vivant avec le VIH, Observatoire Sida Info Service, 2005 et 2009.

⁵¹ v. infra

« le seul défaut de prise en charge de la douleur par un médecin n'est pas réellement en soi, indemnisé... ⁵²».

L'humanisme médical doit aussi se retrouver dans le comportement. Selon l'article R. 4127-7 alinéa 3, le médecin « ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne examinée ». A ce titre, la jurisprudence a sanctionné un praticien ayant refusé de pratiquer une mammographie alors que la patiente avait pris rendez-vous, et ce sans lui expliquer les motifs de son refus. Le Conseil national de l'Ordre a relevé dans cette espèce que « les conditions dans lesquelles le Docteur B a refusé de pratiquer l'examen, après que le rendez-vous ait été pris, et sans qu'il explique lui-même à ses patients les raisons de son refus, relève d'un manque d'attention et de correction à leur égard »⁵³. A également été jugé fautif, le fait pour un ophtalmologiste de refuser d'examiner un patient qui se présente à son rendez-vous avec quelques minutes de retard alors que ce dernier était handicapé et avait effectué 80km en ambulance⁵⁴ (le médecin a été condamné à une peine d'interdiction d'exercer la médecine pendant 15 jours, avec sursis).

De même les médecins qui manifestent une attitude désobligeante ou humiliante envers un patient manquent à ce devoir. Dans beaucoup de cas relatés dans les testing réalisés récemment, comme celui commandé par le fonds CMU à l'IRDES, les cas de manquement à cette obligation de « bienséance » recourent les hypothèses de refus de soins discriminatoires, notamment ceux opposés aux patients bénéficiaires de la CMU. Dans ces hypothèses le manquement aux soins consciencieux se double d'une faute pouvant être sanctionnée devant les juridictions pénales.

La mise en œuvre de la responsabilité du médecin qui manquerait à l'obligation répond à certaines conditions, prévues à l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique. Une faute doit être caractérisée, et être imputable au médecin afin d'engager la responsabilité de celui-ci. Il appartient au patient qui s'estime victime d'une faute d'en rapporter la preuve et de montrer en quoi le comportement du médecin est contraire à ses obligations.

Ce dernier peut voir sa responsabilité recherchée devant les juridictions de l'ordre judiciaire, ou devant les juridictions ordinaires, en raison de la nature double de cette faute. Les sanctions prononcées ne seront pas les mêmes selon que la faute est disciplinaire ou civile. Les juridictions ordinaires sanctionnent le médecin alors que les juridictions civiles sont davantage centrées sur la réparation de la victime et le prononcé de sanctions indemnitaires.

Il faut préciser que la mésentente entre confrères n'est pas en elle-même une cause permettant de justifier le manquement du médecin à son obligation de délivrer des soins consciencieux. Un anesthésiste ayant refusé d'intervenir une deuxième fois auprès d'un patient pour des raisons de mésentente entre les membres du personnel médical, s'est vu condamné par le Conseil national de l'Ordre des médecins à une

⁵² F. Bolot, La prise en charge de la douleur, des souffrances en fin de vie et le droit, Gazette du Palais, 20 mars 2003, n°79, p. 7.

⁵³ CNOM, 29 mai 2001, dossiers n°7525 et 7651

⁵⁴ CNOM, 16 décembre 2004, dossier n°8969

interdiction d'exercer la médecine pendant deux mois⁵⁵. Les médecins sont en effet tenus d'entretenir entre eux des rapports de bonne confraternité⁵⁶. Il en va différemment en revanche si un professionnel de santé refuse des soins qui l'obligeraient à collaborer avec un collègue mais que par ailleurs il continue à assurer le service d'urgence et que son remplacement est assuré⁵⁷.

En résumé l'obligation de donner des soins consciencieux et le devoir d'humanisme imposent aux professionnels d'être suffisamment diligents, attentifs au sort du malade. Si le refus de soins s'accompagne d'un manque d'humanisme il peut alors être sanctionné sur le fondement des règles déontologiques. Ainsi les textes cités ne sanctionnent pas le refus de soins lui-même mais le comportement du professionnel qui entoure le refus. Rappelons que l'article R 4127-32 du Code de la santé publique, qui impose au médecin de donner des soins consciencieux, précise que cette obligation existe dès que le médecin a accepté de répondre à une demande. Ce texte n'est donc applicable que si une prise en charge est déjà en cours. Au titre des refus de soins, ce texte rejoint l'obligation d'assurer la continuité des soins mais n'impose en aucun cas au médecin de prendre en charge des patients qui ne sont pas en situation d'urgence. Ce n'est pas sur ce texte que peut reposer un droit aux soins du malade, ce qui concorde avec le droit au refus dont dispose le médecin. Ajoutons qu'un droit aux soins ne pourrait non plus résulter d'un argument purement contractuel. Si la jurisprudence applicable à la médecine libérale considère en effet que la relation entre le médecin et son patient a un caractère contractuel, il ne semble pourtant pas que le médecin soit obligé de conclure ce contrat lorsqu'un malade le sollicite. C'est pourtant ce qu'avaient pu soutenir certains auteurs, arguant notamment de la position d'offrant dans laquelle se place le médecin aux heures d'ouverture de son cabinet, ce qui l'obligerait à exécuter le contrat médical dès lors qu'un malade l'a sollicité⁵⁸. L'argument n'est pas sans poids si l'on se place au plan du droit commun des contrats. Mais il conduirait à mettre de côté les règles déontologiques évoquées ci-dessus et notamment la possibilité pour le médecin de refuser des soins pour des raisons personnelles et professionnelles. A moins de considérer que les règles déontologiques en matière médicale doivent céder la place aux règles contractuelles, ce qui risque de ruiner l'intérêt de ladite déontologie, l'argument du contrat déjà formé ne peut convaincre.

Il nous semble plutôt nécessaire d'agir sur le contrôle des motifs de la décision médicale. Pour savoir si le médecin n'a pas manqué à son devoir d'humanisme, il est nécessaire de connaître les motifs de sa décision. Il pourrait ainsi être utile de contrôler plus systématiquement la motivation des actes du médecin, ce qui serait tout à fait conciliable avec le maintien de sa liberté de conscience ou de sa liberté de déterminer sa charge de travail, un simple contrôle de motivation n'empêchant pas celles-ci de s'exercer. Cela ne reviendrait pas pour autant à lui imposer une obligation de soins en toutes circonstances.

⁵⁵ CNOM, 25 janvier 2001

⁵⁶ Article R 4127-56 du Code de la santé publique.

⁵⁷ Concernant par exemple des anesthésistes : CNOM 24 avr. 2002.

⁵⁸ J. C. Serna, Le refus de contracter, LGDJ, 1967, not. p. 40.

Il faut en revanche rappeler que cette obligation existe lorsque la situation atteint le stade de l'urgence.

B) Les cas de l'urgence ou de l'abstention fautive

Certains refus de soins peuvent se manifester par des abstentions fautives de la part des professionnels de santé, qui n'interviennent pas, alors même que pèse sur eux une obligation d'agir. Le cas le plus évident recouvre les situations d'urgence où le médecin est tenu d'agir aussi bien en vertu de ses obligations déontologiques que d'une obligation plus générale de porter secours, pesant sur tout individu et non uniquement sur les professionnels de santé. Les dispositions en la matière sont diverses, provenant à la fois de textes déontologiques et de textes pénaux. Leur étude révèle cependant une certaine cohérence.

Au plan des dispositions déontologiques, l'article R. 4127-47 du Code de la santé publique dispose notamment que « *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* ». En outre l'article R.4127-9 du Code de la santé publique dispose que « *Tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril ou, informé qu'un malade ou un blessé est en péril, doit lui porter assistance ou s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires* ». Le refus d'intervenir dans ces hypothèses expose le médecin à des sanctions disciplinaires ainsi qu'à une sanction civile consistant dans le versement de dommages et intérêts au malade ou à ses ayants-droit.

Ainsi le droit au refus de soins du médecin connaît une première limite dans l'hypothèse de l'urgence. Le droit du malade à recevoir des soins prend le dessus dans cette hypothèse. L'absence de prise en charge précédente par le médecin sollicité n'a ici aucune importance, le médecin devant répondre favorablement, même à un patient qu'il n'a jamais vu⁵⁹.

Le médecin doit veiller à s'informer de l'état du patient et peut être sanctionné sur le fondement de ces textes s'il n'a pas pris connaissance d'une situation d'urgence en raison d'un défaut d'information de sa part. Lorsque la situation laisse présumer une urgence⁶⁰, il appartient au médecin de recueillir des informations sur l'état de la personne en vue d'apprécier le caractère urgent ou non de l'intervention sollicitée. Cette obligation de se renseigner peut aller jusqu'à l'obligation de se déplacer si la situation semble le nécessiter. Ainsi commet une faute un médecin de garde qui refuse de se rendre au chevet d'un enfant ayant subi un traumatisme crânien et dont l'état s'est aggravé pendant la nuit⁶¹.

Une fois le médecin informé de l'urgence, son absence d'intervention peut cependant être considérée comme justifiée dans certaines circonstances. C'est le cas notamment lorsque le médecin doit assurer une autre urgence⁶² ou qu'une intervention

⁵⁹ CNOM, 1^{er} avr. 1998.

⁶⁰ Par exemple l'appel en pleine nuit d'un médecin de garde (CNOM, 3 mars 1998 ; 7 juill. 1999).

⁶¹ CNOM, 20 sept. 1989.

⁶² CNOM, 15 oct. 1981 ; CNOM, 23 mars 1983.

présenterait pour lui des risques importants⁶³. Dans tous les cas il doit néanmoins tenter de trouver une alternative pour le malade. La jurisprudence ordinaire apprécie l'existence d'une urgence au cas par cas. La mésentente avec un confrère⁶⁴ ou avec le patient⁶⁵ n'est en revanche pas une cause d'exonération du médecin qui refuserait d'intervenir face à une situation d'urgence.

Le refus d'intervenir peut aussi être sanctionné pénalement. Certains Etats ont jugé que la pénalisation du refus de soins en cas d'urgence n'était pas nécessaire ou devait être limitée. Le cas des Etats -Unis est révélateur d'une logique très différente de celle du droit français. Dans la majeure partie des Etats fédérés « *il n'existe pas (...) d'obligation légale générale d'assistance à personne en danger (...)*⁶⁶ ». Néanmoins, « *afin d'éviter une dérive abstentionniste face aux urgences médicales, les Etats ont adopté le « Good Samaritan Act », lequel « permet une immunité juridique contre des poursuites pénales et des dédommagements financiers quand le sauveteur se comporte et agit de façon prudente et raisonnable* ». La logique n'est pas coercitive mais plutôt incitative.

Ce n'est pas le cas de la France. L'obligation de porter secours ne résulte pas seulement d'une norme déontologique mais aussi de la condamnation par l'article 223-6 du Code pénal du délit de non assistance à personne en péril. Selon ce texte « *Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.*

Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. »

Le délit de non assistance à personne en péril n'a assurément pas été créé en vue de contraindre les professionnels de santé à apporter leurs soins aux malades. Mais malgré ses sombres origines historiques⁶⁷, ce texte rend depuis plusieurs années de nombreux services aux malades subissant un refus de soins. Ses conditions d'application ont en effet été précisées à de nombreuses reprises à partir d'hypothèses de refus de soins et il se révèle ainsi particulièrement adapté à une telle situation.

Pour que le délit soit caractérisé, deux éléments doivent être réunis. Il faut tout d'abord un élément matériel qui consiste en un péril grave et imminent. Il faut ensuite un élément moral tenant à la conscience qu'a eu ou que devait avoir le médecin de ce péril. Peuvent notamment être condamnés un médecin-chef et un

⁶³ CNOM, 3 mars 1998.

⁶⁴ CNOM, 25 janv. 2001.

⁶⁵ CA Paris, 29 avr. 1988, JurisData n°1988-022109.

⁶⁶ Et si le médecin ne répond pas à l'appel ?, Dr Dedouit, Barguin, Tournel & Pr Hedouin, Gosset, www.macsf.fr

⁶⁷ L'infraction, créée par une loi du 25 octobre 1941, visait surtout à obliger la population française à apporter une assistance active aux victimes des actes de résistance : v. J. C. Lombois, De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils, LGDJ, 1963, p. 30.

interne qui ont tardé à organiser le transfert d'un détenu en vue d'une hospitalisation, le patient étant ensuite décédé⁶⁸.

L'infraction suppose tout d'abord un péril grave et imminent. Le péril en question doit nécessiter une intervention immédiate⁶⁹. Cette exigence jurisprudentielle a permis d'exonérer certains médecins qui, au moment où ils étaient sollicités ne pouvaient soupçonner la survenue rapide d'un dommage. Le refus de faire passer un test de dépistage du SIDA à une personne polytransfusée, alors qu'au moment de la transfusion la maladie venait d'apparaître et que les délais entre la contamination et le décès étaient de plusieurs années, n'est pas sanctionnable⁷⁰. Il n'est cependant pas nécessaire que le malade soit en danger de mort pour que le péril soit caractérisé. Le terme de péril est plus large que le risque mortel⁷¹. Le péril simplement hypothétique ne peut a fortiori entraîner la condamnation du médecin⁷².

Le médecin doit ensuite avoir conscience du péril pour que le refus de soins puisse lui être reproché sur le fondement de l'article 223-6 du Code pénal. Ainsi le fait d'établir un ordre de visite des patients et de repousser la visite de l'un d'entre eux, alors que son état s'est aggravé, n'est pas constitutif du délit de non assistance à personne en péril, dès lors que le médecin n'avait pas été tenu informé de l'évolution de l'état du patient⁷³.

La jurisprudence est cependant exigeante sur ce point à l'égard des médecins. La profession suppose en effet certaines connaissances. Le médecin informé d'un accouchement survenu à domicile dans des conditions d'hébergement précaires doit ainsi être conscient du péril imminent couru par le nouveau né et ne peut s'abstenir, surtout s'il est de garde⁷⁴. Cette exigence vis-à-vis des personnes qualifiées a aussi connu des applications relatives aux infirmières⁷⁵. S'il existe un doute dans l'esprit du professionnel il lui appartient de se renseigner sur l'état de santé du malade⁷⁶. Le médecin qui ne demande pas de précisions se met lui-même dans l'impossibilité de juger de l'état de santé du malade, et donc de la gravité et de l'imminence du péril. L'erreur de diagnostic ne peut en revanche entraîner à elle seule la condamnation sur le fondement de cette infraction⁷⁷. Cela rejoint la distinction faite entre le refus de soins proprement dit et le soin de mauvaise qualité. Le refus est un acte conscient supposant une volonté du professionnel émettant le refus, contrairement à l'incompétence. Cette jurisprudence confirme que les socles juridiques de l'incompétence et du refus de soins sont différents.

⁶⁸ Cass, crim, 1^{er} juin 1999, n°98-83101.

⁶⁹ Cass. crim. 31 mai 1949 ; Cass. crim. 26 mars 1997, Bull. crim. 1997, n°123

⁷⁰ Cass. crim. 4 nov. 1999.

⁷¹ A titre de comparaison, v. l'article 128 du Code pénal suisse qui lui limite le champ d'application du délit d'omission de porter secours au cas de danger de mort.

⁷² Cass. crim. 13 janv. 1955, Bull. crim. 1955, n°37

⁷³ Cass. Crim., 20 janv. 1988, n°86-91520

⁷⁴ Cass. crim. 17 févr. 1972, n°70-91746, Bull. crim. 1972, n°68

⁷⁵ Cass. crim. 11 avr. 1964, Bull. crim. n°113

⁷⁶ Cass. crim. 26 mars 1997, n°95-81439

⁷⁷ Cass. crim. 3 févr. 1993, n°92-83526, Bull. crim. 1993, n°58. - CA Paris, 18 févr. 2000, D. 2000, IR, p. 95

Il est enfin important de préciser que cette obligation pesant sur tout individu, et de façon accrue sur les professionnels de santé, ne laisse pas réellement le choix dans le moyen utilisé afin de porter secours au patient en péril. En effet entre agir personnellement ou provoquer les secours, le choix du médecin (et de toute personne) doit porter sur l'alternative la plus efficace⁷⁸. Néanmoins la jurisprudence ne sanctionne pas sur le fondement du délit de non assistance à personne en péril, une intervention inefficace. L'infraction n'est pas le fait de ne pas avoir sauvé la vie de quelqu'un mais de ne pas lui avoir prêté assistance⁷⁹. Cela signifie *a contrario* que le médecin ne peut invoquer l'inefficacité supposée de son intervention pour refuser celle-ci⁸⁰.

Pour exiger l'assistance du médecin encore faut-il que celui-ci soit en mesure d'agir. Ne peut donc être condamné le médecin qui est dans l'impossibilité d'intervenir et qui par ailleurs s'assure que la personne reçoit les soins nécessaires de la part d'un tiers⁸¹. Ici aussi la recherche d'une cause extérieure empêchant le médecin d'intervenir se conjugue à la recherche par le médecin d'une alternative pour le malade, ces deux conditions apparaissant ainsi nécessaires dans de nombreux domaines, le domaine pénal compris. Le régime du refus de soins, bien que diversifié, n'est pas exempt d'une certaine cohérence.

Un établissement de santé peut tout à fait, en tant que personne morale, être condamné pour le délit de non assistance à personne en péril en application de l'article 121-2 du Code pénal. Les conditions d'application de l'article 223-6 du Code pénal relatives au délit de non assistance à personne en péril ne diffèrent pas selon que la personne en cause est une personne physique ou une personne morale. Il faut et il suffit que le délit soit commis par un représentant de la personne morale et pour le compte de celle-ci.

L'obligation de porter secours s'impose également aux établissements de soins, en raison du droit dont dispose toute personne d'être soignée en cas d'urgence. L'article L. 1110-5 du Code de la santé publique dispose en effet que « *Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté* ». Dans ce cas cependant la sanction n'est pas pénale. L'hypothèse est ici différente de celle du délit de non assistance à personne en péril.

La jurisprudence rappelle cette obligation en sanctionnant les admissions tardives de patients alors que leur état de santé aurait justifié une prise en charge en urgence.

⁷⁸ Cass, crim 26 juillet 1954, D. 1954, p. 666

⁷⁹ CA Nancy, 27 oct. 1965, D. 1966, p. 30

⁸⁰ Cass. crim. 23 mars 1953, Bull. crim. 1953, n°104

⁸¹ Cass. crim. 26 mars 1997, n°94-80239

Un arrêt a retenu la responsabilité de l'Assistance Publique Hôpitaux de Paris (APHP) pour avoir différé de trois semaines une intervention chirurgicale sur une patiente en raison de son absence de couverture sociale. Cette décision a aggravé l'état de santé de la patiente, qui est restée atteinte d'une cécité quasi complète et définitive. L'AP-HP a été condamnée à lui verser la somme de 100 000 francs à titre de réparation de son préjudice.⁸²

Le devoir d'assistance dû au patient a donc primé dans cette affaire sur les préoccupations de maîtrise des dépenses de santé.

C) La défaillance de la permanence ou de la continuité des soins

Deux principes fondamentaux sont à respecter afin de garantir un accès de tous à des soins de qualité. Il s'agit de la continuité et de la permanence des soins. Les refus de soins opposés par certains professionnels ou par certains établissements de santé contredisent parfois ces obligations.

La continuité des soins est donc une condition fondamentale de l'accès à des soins de qualité et s'entend d'une coopération entre tous les acteurs du système de santé. La permanence des soins est une modalité de cette exigence de continuité.

L'article L. 1110-1 du Code de la santé publique dispose que « *le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible* ».

Le principe de la continuité des soins est invoqué comme une limite à chaque disposition législative ou réglementaire reconnaissant un « droit » aux professionnels de santé de refuser de délivrer des soins.

L'article R. 4127-47 du Code de la santé publique dispose en effet que « *Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins doit être assurée* »⁸³. Il prévoit ensuite dans un deuxième alinéa la possibilité pour le médecin de refuser des soins pour des raisons professionnelles ou personnelles.

Une limite cruciale au droit de refuser ses soins réside donc dans l'obligation générale de veiller à la continuité des soins.

La même limite est édictée à l'encontre du droit de refus des chirurgiens-dentistes⁸⁴.

Les juridictions ordinaires ont eu l'occasion de définir les contours de l'obligation d'assurer la continuité des soins. Tout comme dans l'hypothèse de l'urgence, la mésestimation ne rend pas l'interruption de soins licite, à moins que le professionnel ne

⁸² CAA Paris, 9 juin 1998, n° 95 PA 03525

⁸³ V. également l'article L 6315-1 du Code de la santé publique au sujet de la médecine ambulatoire.

⁸⁴ Article R. 4127-232 du Code de la santé publique

s'assure de la continuité des soins par ailleurs. Ainsi le Conseil national de l'Ordre des médecins a sanctionné une infirmière ayant procédé à une interruption brutale des soins sans fournir une liste d'autres infirmiers. Le refus de cette infirmière aurait pu être qualifié de légitime si elle s'était assurée de la continuité des soins, cette dernière obligation l'emportant sur le droit au refus de soins⁸⁵. En l'espèce une mésestente avec un proche de la patiente, atteinte d'une pathologie lourde, n'a pas permis de légitimer les atteintes à ses devoirs déontologiques par l'infirmière. Elle a été condamnée à une interdiction de délivrer des soins aux assurés sociaux d'un mois, avec un sursis de 15 jours. La mésestente avec le patient lui-même ne saurait justifier une entrave à l'obligation d'assurer la continuité des soins. Ainsi un dentiste qui devait rediriger un patient vers un confrère, et ne l'a pas fait en raison d'une mésestente soudaine avec son patient commet une faute civile. Sa responsabilité a été engagée, et il a été condamné à indemniser son patient à hauteur du préjudice subi, qui s'élevait en l'espèce à 30 000 francs.⁸⁶

Le CNOM refuse également de reconnaître, dans l'hypothèse d'une mésestente entre professionnels, un motif légitime permettant de se délier de l'obligation d'assurer la continuité des soins. Ainsi l'interruption des soins, qui peut s'assimiler à un refus de soins opposé au cours de la prise en charge et non avant celle-ci, n'est légitime que si par ailleurs la continuité des soins est assurée⁸⁷. En l'espèce l'anesthésiste ayant refusé d'intervenir auprès d'une patiente en raison de la présence d'un confrère à la clinique, et de sa mésestente avec ce dernier, a été condamné à une interdiction d'exercer la médecine pour une durée d'un mois.

Dans une autre affaire aux faits similaires, un anesthésiste, qui n'était pas de garde, a refusé d'assurer un complément de soins à une de ses patientes, invoquant une autre opération. La véritable motivation résidait dans sa mésestente avec le confrère de garde. La présence de cet autre médecin de garde, susceptible d'assurer les soins requis, n'a pas fait obstacle à la condamnation du praticien en charge de la patiente à deux mois d'interdiction d'exercer la médecine⁸⁸.

Par ailleurs, une hypothèse de refus de soins peut être caractérisée dans le cas d'un médecin qui ne s'inquiète pas de l'état de santé de son patient au-delà de l'intervention chirurgicale ponctuelle prodiguée, surtout lorsque celui-ci présente des signes cliniques inquiétants. Le CNOM a notamment sanctionné par un avertissement un anesthésiste et un chirurgien qui ne se sont pas inquiétés de la situation du patient en dépit des multiples sollicitations des infirmières au sujet de l'état hémorragique du patient, et ont ainsi méconnu les obligations de secours et de continuité des soins leur incombant⁸⁹.

Il existe d'autres espèces où en revanche les juridictions ordinaires ont reconnu la légitimité du « refus de soins » opposé par le professionnel en ce qu'il ne violait pas la continuité des soins.

⁸⁵ CNOM, 8 mars 2006, Dossier n° 4094

⁸⁶ CA Paris, 29.04.1988, jurisData n° 1988-022109

⁸⁷ CNOM, 25 janvier 2001, Dossier n°7379

⁸⁸ CNOM, 25 janvier 2001, Dossier n°7368

⁸⁹ CNOM, 24 mars 1988

Les motifs légitimant un tel refus sont restreints et peuvent résider dans l'existence d'une impossibilité matérielle d'intervenir, dès lors que la redirection du malade est tout de même assurée. Ainsi le CNOM n'a pas sanctionné un médecin qui, saisi d'une demande de rendez-vous présentée comme urgente par un patient victime d'un accident du travail, a recherché la possibilité de le recevoir, au besoin en déplaçant d'autres rendez-vous. Faute d'y parvenir, il lui a proposé de le recevoir le lendemain et lui a indiqué la possibilité de se rendre aux urgences de l'hôpital⁹⁰.

De l'analyse des décisions du CNOM ressort le constat suivant : dès lors que l'intervention du médecin n'est pas commandée par l'urgence⁹¹, que le médecin n'adopte pas une attitude incorrecte, et qu'il offre au patient recourant à ses services une alternative efficace lui permettant d'assurer la continuité des soins, le professionnel ne sera pas sanctionné.

La même idée ressort des articles R 4127-61 et 64 du Code de la santé publique. Le premier de ces textes permet au médecin de cesser les soins s'il est le médecin traitant et que le patient préfère suivre l'avis divergent du médecin consultant vers lequel son médecin traitant l'avait dirigé. L'article R 4127-64 du Code de la santé publique autorise quant à lui un médecin à refuser son concours ou à le retirer lorsqu'un malade est pris en charge par plusieurs médecins, qu'il est informé de ce retrait et que celui-ci ne peut lui nuire. Dans les deux cas le retrait du médecin n'est licite que s'il existe une prise en charge du malade. C'est plus généralement ce qui ressort de l'article R 4127-47 du Code la santé publique selon lequel (...) *S'il se dégage de sa mission, [le médecin] doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins*". L'article L 6315-1 relatif à la médecine ambulatoire reprend une formulation similaire et dispose que « *lorsque le médecin se dégage de sa mission de soins pour des raisons professionnelles ou personnelles, il doit indiquer à ses patients le confrère auquel ils pourront s'adresser en son absence* ». L'interruption brutale du soin sans raison particulière et sans que la prise en charge soit assurée peut entraîner des sanctions disciplinaires ainsi que la responsabilité civile du médecin⁹². Une rupture soudaine de la relation de soins pour des raisons financières peut notamment entraîner une sanction du médecin⁹³, sauf si le médecin veut interrompre la relation parce que les honoraires précédemment dus ne lui ont pas été réglés⁹⁴.

Selon l'article R.4127-77 du Code de la santé publique le médecin est également tenu de « *participer à la permanence des soins dans le cadre des lois et des règlements qui l'organisent* ». Dans ce cadre, le Code organise un service de garde auquel les médecins sont astreints. Il est pertinent d'étudier les limites au droit de refuser des soins engendrées par la coexistence de ce droit avec d'autres obligations déontologiques, comme la permanence des soins. Ainsi un médecin qui invoquerait

⁹⁰ CNOM, 16.12.2004

⁹¹ Cf. supra

⁹² V. not. CA Aix en Provence, 28 févr. 2006, CT 0023.

⁹³ CNOM, 15 nov. 2005.

⁹⁴ CNOM, 15 mars 2001.

des raisons personnelles ou professionnelles valables afin de refuser de dispenser des soins, alors qu'il serait de garde, pourrait tout de même violer ses obligations déontologiques et légales et risquerait d'être sanctionné. Une décision du CNOM illustre ce propos. En l'espèce, un enfant victime d'un malaise nécessitait des soins à domicile. Son médecin habituel étant absent, il a été renvoyé vers le médecin de garde du secteur. Ce dernier a cependant refusé d'intervenir, considérant que le domicile du malade ne se trouvait pas dans sa zone de garde. Il a opposé un second refus, en dépit de l'inquiétude de la famille qui a finalement été contrainte de se tourner vers le SAMU. Le SAMU l'a alors redirigé vers un autre médecin, dont la zone de garde n'incluait pas davantage le domicile du malade ; ce dernier a cependant accepté de se déplacer. Le premier médecin a été reconnu responsable d'une faute justifiant un blâme. En effet, celui-ci n'était pas légitime à se désintéresser d'un appel urgent et aurait dû, pour le moins, transmettre les coordonnées du médecin de garde dudit secteur et assurer un suivi en prenant des nouvelles du patient⁹⁵. Rappelons par ailleurs que si l'obligation de disponibilité est accrue pour tout professionnel en cas d'urgence, la disponibilité à laquelle sont tenus les médecins de garde peut leur imposer de se déplacer pour vérifier si la situation est urgente ou non (v. supra).

Les professionnels peuvent opposer l'exercice du droit de grève à une demande de soins. Néanmoins la permanence des soins peut limiter l'exercice de ce droit. Le préfet peut en effet requérir les agents en grève d'un établissement de santé, même privé, dans le but d'assurer le maintien d'un effectif suffisant pour garantir la sécurité des patients et la continuité des soins⁹⁶. Cette réquisition doit cependant rester dans les limites des mesures imposées par l'urgence et proportionnées aux nécessités de l'ordre public, ce qui comprend les impératifs de santé publique. L'instauration d'un service complet au lieu d'un service minimum peut ainsi caractériser une atteinte excessive au droit de grève⁹⁷.

Il est important de noter que les pharmaciens ont également un rôle à jouer dans la continuité et la permanence des soins. Un service de garde est en effet organisé par l'article L.5125-22 du Code de la santé publique afin de répondre aux besoins urgents de la population en médicaments. L'article R. 4235-49 du Code de la santé publique dispose « *Les pharmaciens sont tenus de participer aux services de garde et d'urgence prévus à l'article L. 5125-22 ou organisés par les autorités compétentes pour les soins aux personnes hospitalisées.*

Les pharmaciens titulaires veillent à ce que leur officine satisfasse aux obligations imposées par ce service.

Le pharmacien d'officine porte à la connaissance du public soit les noms et adresses de ses proches confrères en mesure de procurer aux malades les médicaments et secours dont ils

⁹⁵ CNOM, 12 juin 1997, Dossier n°5641

⁹⁶ V. Art. L 2215-1, 4° Code général des collectivités territoriales.

⁹⁷ CE, 9 déc. 2003, n°262186 ; v. D. Boulmier, RDSS 2004, p. 298.

pourraient avoir besoin, soit ceux des autorités publiques habilitées à communiquer ces renseignements ».

Le Conseil national de l'ordre des pharmaciens a eu l'occasion de sanctionner les manquements des pharmaciens à leurs obligations. Ainsi a été reproché à un pharmacien d'omettre de façon récurrente d'informer le public des noms et adresses des pharmacies ouvertes lors de la fermeture de la sienne, et l'Ordre l'a sanctionné pour ce manquement et d'autres sans lien avec la notion de permanence d'une interdiction d'exercer de huit jours⁹⁸.

La situation des établissements publics de santé est sensiblement différente, mais est désormais liée à celle de la médecine ambulatoire, conformément à l'ambition de la réforme de 2009 s'agissant du décloisonnement des secteurs ambulatoires et hospitaliers.

La loi HPST⁹⁹ entend renforcer la continuité des soins. Elle en fait une mission générale pour la médecine ambulatoire¹⁰⁰ en créant, dans un nouveau chapitre, des obligations à la charge des médecins.

Elle précise également le rôle des établissements de soins dans la mise en œuvre de cette mission. L'article L.1111-2 du Code de la santé publique souligne en effet que l'établissement de santé doit recueillir auprès du patient hospitalisé *« les coordonnées des professionnels de santé auprès desquels il souhaite que soient recueillies les informations nécessaires à sa prise en charge durant son séjour et que soient transmises celles utiles à la continuité des soins après sa sortie ».*

Ainsi, la coopération entre médecine ambulatoire et médecine hospitalière est renforcée dans le but de promouvoir la continuité des soins. Les établissements de santé sont tenus à de nouvelles obligations et pourront voir leur responsabilité engagée devant le juge administratif en cas de défaillance.

Le dispositif relatif à la permanence des soins a également été remanié par la loi HPST, qui entend la renforcer en recourant de même à une coopération accrue entre la médecine de ville et la médecine hospitalière.

La permanence des soins s'entend de l'organisation mise en place par les professionnels de santé afin de répondre aux demandes de soins des patients aux heures où les cabinets libéraux ne peuvent y répondre ou encore en situation d'urgence.

La loi du 21 juillet 2009 a réécrit l'article L 6314-1 du Code de la santé publique afin de rendre ce droit des usagers plus effectif. La permanence des soins, mission de service public, repose désormais sur l'ensemble du système de santé, et est assurée par les médecins libéraux, *« en collaboration »* avec les établissements de santé.

⁹⁸ CNOP, 30 juin 1986, Dossier n° A-D 837

⁹⁹ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO 22 juill. 2009, p. 12184. .

¹⁰⁰ Article L. 6315-1 du Code de la santé publique : *« La continuité des soins aux malades est assurée quelles que soient les circonstances (...) ».*

En effet la loi ajoute aux missions dévolues aux établissements de santé la permanence des soins à l'article L 6112-1 du Code de la santé publique. La réforme entend permettre à tous les établissements, publics et privés de participer « à la carte » au service public hospitalier. Dans cette optique un établissement qui assure une mission de service public est soumis à des obligations particulières parmi lesquelles figure la continuité des soins. Au terme de l'article L.6112-3 il est précisé que «*L'établissement de santé, ou toute personne chargée d'une ou plusieurs des missions de service public définies à l'article L. 6112-1, garantit à tout patient accueilli dans le cadre de ces missions :*

[...]

2° *La permanence de l'accueil et de la prise en charge, ou l'orientation vers un autre établissement ou une autre institution, dans le cadre défini par l'agence régionale de santé ».*

Les établissements qui manqueront à leurs engagements s'exposeront à un retrait ou à une suspension de leur autorisation prévue à L.6122-1 du Code de la santé publique¹⁰¹.

Les médecins libéraux qui ne respecteraient pas leurs obligations quant à la permanence des soins, et qui iraient jusqu'à refuser de déférer à une réquisition du préfet en vue d'assurer la mission de service public de permanence des soins, s'exposent comme auparavant à une amende de 3750 euros¹⁰², qui n'a pas été doublée comme le prévoyait le projet initial.

La jurisprudence permettant d'étayer cette obligation est antérieure aux nouvelles dispositions de la loi HPST. Cependant, tout laisse à penser que les solutions antérieurement dégagées demeurent pertinentes. En raison de leurs nouvelles obligations, il est légitime de s'interroger sur un éventuel renforcement des sanctions envers les établissements.

Les juridictions de l'ordre judiciaire et administratif ont eu l'occasion de délimiter la part de responsabilité d'un praticien et de l'établissement dans lequel il exerçait en cas de défaillance de l'offre de soins conduisant à un manquement à la continuité ou à la permanence des soins.

A ce titre, un arrêt illustre un cas de responsabilité partagée entre deux gynécologues et une clinique. En l'espèce, l'état d'une femme sur le point d'accoucher nécessitait l'intervention d'un gynécologue obstétricien. Celui qui était de garde au moment du début des douleurs a estimé que l'intervention auprès de la patiente pouvait attendre le début de la garde suivante. L'inaction des deux médecins dont les gardes se suivaient pendant quelques heures critiques a eu pour conséquence d'affecter l'enfant de graves séquelles. La responsabilité de ces deux praticiens et de la clinique a donc été recherchée. Les juges du fond ont retenu que les deux praticiens avaient commis des fautes ayant contribué au préjudice de l'enfant et les ont condamné in solidum avec la clinique. Cette dernière, condamnée à réparer à hauteur de 20 % le

¹⁰¹ Articles L.6122-7 et 13 du Code de la santé publique

¹⁰² Art. L. 4163-7, 2° Code de la santé publique.

dommage causé au plaignant, s'est pourvue en cassation. La Cour a considéré « *qu'en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant à son patient, un établissement de santé privé est tenu de lui procurer des soins qualifiés en mettant notamment à son service des médecins pouvant intervenir dans les délais imposés par son état ; que la cour d'appel a constaté que les dispositions du règlement intérieur étaient insuffisamment contraignantes et trop imprécises quant aux horaires, pour que soit garantie aux malades la **continuité des soins** ; que ce **manque de rigueur dans l'organisation** a permis à chacun des deux médecins en cause de considérer qu'il appartenait à l'autre d'intervenir et a conduit à **une vacance totale de la permanence** pendant une heure et demi au moins ; qu'elle a pu en déduire, sans se contredire, que **la clinique avait commis dans son organisation une faute qui avait contribué au dommage** ; qu'ensuite, la circonstance que les médecins exercent à titre libéral et engagent leur seule responsabilité au titre du contrat de soins n'était pas de nature à exonérer l'établissement de santé privé de la responsabilité née de cette faute ; que le moyen n'est pas fondé¹⁰³ ». Les responsabilités sont ainsi partagées entre les médecins et l'établissement. Cet arrêt met en évidence le rôle de chaque acteur de santé dans la garantie de la continuité et de la permanence des soins.*

Le médecin qui refuse de dispenser des soins dans un établissement, parce qu'il oppose par exemple une clause de conscience, dispose-t-il de la même liberté qu'un praticien libéral ? Son refus risque de désorganiser tout un service et de priver le patient de soins si aucun autre médecin n'est présent. Est-il dans ce cas privé de sa liberté de choix ou de conscience ? Est-il responsable si le patient subit un préjudice ? Ou seul l'établissement l'est-il ? Existe-t-il un partage de responsabilité ou un recours subrogatoire ?

Ce problème s'est posé dans l'hypothèse du refus opposé par certains praticiens de participer à des interruptions volontaires de grossesse, faisant jouer leur clause de conscience.

En l'espèce un anesthésiste exerçant dans une clinique refusait de prêter son concours aux IVG pratiquées par un chirurgien obstétricien dans les mêmes locaux. La clinique a été sanctionnée pour ne pas avoir mis le praticien en mesure de pratiquer des IVG, ne lui fournissant pas d'autre médecin anesthésiste acceptant de telles interventions. Ainsi en l'espèce l'anesthésiste n'a pas été sanctionné pour avoir exercé sa clause de conscience, mais la clinique qui a empêché un de ses praticiens d'assurer personnellement la continuité des soins de ses patients, l'obligeant à les renvoyer vers des confrères, a manqué à ses obligations¹⁰⁴.

Il existe des hypothèses où la faute d'un médecin engage sa responsabilité personnelle alors même qu'il exerce au sein d'un établissement de santé public. Cette faute doit être suffisamment grave pour être qualifiée de détachable.

Ainsi un praticien surchargé a été appelé pour intervenir auprès d'une femme sur le point d'accoucher mais n'a pas daigné se déplacer en raison de sa fatigue. En dépit de l'insuffisance organisationnelle de l'établissement, ne disposant pas d'autres

¹⁰³ Cass, civ. 1^{ère} 13 novembre 2008 n° 07-15.049

¹⁰⁴ CA, Poitiers, chambre civile 1, 23 novembre 2004, n°02/03216

professionnels, la faute du praticien a été qualifiée de détachable, ce que la Cour définit ainsi : « constitue une telle faute celle qui révèle un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique ». En l'espèce le médecin a sciemment omis de porter secours à une patiente en détresse et s'est donc rendu coupable d'une faute personnelle, et sa responsabilité personnelle peut être engagée devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Ce cas est à la limite des hypothèses d'urgence imposant au médecin d'agir¹⁰⁵.

D) Le refus discriminatoire

Les situations de refus de soins discriminatoires font l'objet d'une attention particulière, notamment depuis la mise en place de la CMU. Elles sont aussi parmi les plus délicates à identifier en raison de leur nature. Il est en effet rare, comme le soulignent les différents testing réalisés récemment, d'être confronté à un professionnel affichant clairement un motif discriminatoire afin de refuser de soigner un patient.

Si les sanctions prévues à l'encontre de ce type de comportements sont lourdes, et peuvent même relever des juridictions pénales, elles ne sont que rarement appliquées, et ce pour différentes raisons qui vont être exposées.

Les textes normatifs prohibant les comportements discriminatoires sont nombreux et d'origines tant supranationale que nationale.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aborde cette question dans son article 14, qui dispose que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* »

En droit interne, l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 rappelle que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit, et que les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». Or, ce texte fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité depuis une décision du Conseil Constitutionnel en date du 16 juillet 1971¹⁰⁶. L'égalité de traitement de tous les citoyens est donc une norme à valeur constitutionnelle.

Le législateur s'est également attaché à rappeler ce principe à de multiples reprises. Le code pénal prohibe toute discrimination et en donne une définition dont la teneur est la suivante :

¹⁰⁵ Cass. crim 2 avril 1992 n° 90-87.579

¹⁰⁶ DC, n°71-44 du 16 juillet 1971, Liberté d'association

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales »¹⁰⁷.

Le code prévoit des sanctions attachées à la reconnaissance d'une discrimination à l'article 225-2 :

« La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;

3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;

4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;

5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;

6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 Euros d'amende ».

Le Code de la santé publique participe également à la lutte contre les discriminations, en posant comme principe à l'article L. 1110-3 qu' « aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins ».

Dans le souci d'améliorer la lutte contre les refus de soins discriminatoires, le législateur a complété l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique¹⁰⁸, de sept nouveaux alinéas¹⁰⁹, ainsi rédigés :

« Un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne pour l'un des motifs visés au premier alinéa de l'article 225-1 du code pénal ou au motif qu'elle est bénéficiaire de la protection complémentaire ou du droit à l'aide prévus aux articles L. 861-1 et L. 863-1 du

¹⁰⁷ Article 225-1 du Code pénal

¹⁰⁸ Article L.1110-3 dans sa rédaction issue de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹⁰⁹ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, dite loi HPST

code de la sécurité sociale, ou du droit à l'aide prévue à l'article L. 251-1 du code de l'action sociale et des familles.

Toute personne qui s'estime victime d'un refus de soins illégitime peut saisir le directeur de l'organisme local d'assurance maladie ou le président du conseil territorialement compétent de l'ordre professionnel concerné des faits qui permettent d'en présumer l'existence. Cette saisine vaut dépôt de plainte. Elle est communiquée à l'autorité qui n'en a pas été destinataire. Le récipiendaire en accuse réception à l'auteur, en informe le professionnel de santé mis en cause et peut le convoquer dans un délai d'un mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte.

Hors cas de récidive, une conciliation est menée dans les trois mois de la réception de la plainte par une commission mixte composée à parité de représentants du conseil territorialement compétent de l'ordre professionnel concerné et de l'organisme local d'assurance maladie.

En cas d'échec de la conciliation, ou en cas de récidive, le président du conseil territorialement compétent transmet la plainte à la juridiction ordinale compétente avec son avis motivé et en s'y associant le cas échéant.

En cas de carence du conseil territorialement compétent, dans un délai de trois mois, le directeur de l'organisme local d'assurance maladie peut prononcer à l'encontre du professionnel de santé une sanction dans les conditions prévues à l'article L. 162-1-14-1 du code de la sécurité sociale ».

L'apport principal de ce texte est d'ajouter expressément le bénéfice de la CMU complémentaire ou de l'aide médicale de l'Etat aux critères discriminatoires de refus de soins, ajout nécessaire pour assurer la sanction juridique de cette pratique, même si la Haute autorité de lutte contre les discriminations (Halde) considérait déjà ce motif de refus comme discriminatoire¹¹⁰. La conception française de la discrimination reste cependant d'interprétation stricte. Nous sommes encore loin d'une vision extensive des discriminations, telle que celle qui prospère dans de nombreux pays tels que le Canada¹¹¹ ou la Belgique¹¹².

La prohibition du refus de soins pour motif discriminatoire est reprise de façon spécifique pour chaque catégorie de professionnels de santé dans leurs codes de déontologie, aujourd'hui codifiés dans la partie réglementaire du Code de la santé publique.

¹¹⁰ Délibérations n°232 à 234 du 6 novembre 2006.

¹¹¹ Le Code des professions du Québec prohibe, dans son article 57, le fait de refuser de fournir des services à une personne « pour des raisons de race, de couleur, de sexe, d'âge, de religion, d'ascendance nationale ou d'origine sociale ». Le Code du New-Brunswick prévoit même explicitement que les discriminations ne se limitent pas aux causes énoncées par lui.

¹¹² L'article 5 du Code de déontologie belge prévoit que « le médecin doit soigner avec la même conscience tous ses malades, quels que soient leur situation sociale, leur nationalité, leurs convictions, leur réputation et les sentiments qu'il éprouve à leur égard ».

Pour les médecins, l'article R. 4127-7 du Code de la santé publique dispose que : « *le médecin doit écouter, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes, quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard* ».

Pour les chirurgiens dentistes, l'article R. 4127-211 du Code de la santé publique prévoit l'interdiction de discriminer dans des termes identiques.

Pour les pharmaciens l'article R. 4235-6 du Code de la santé publique dispose que « *le pharmacien doit faire preuve du même dévouement envers toutes les personnes qui ont recours à son art* ».

Pour les infirmiers, l'article R. 4312-25 du Code de la santé publique adopte une rédaction semblable. Cependant la liste des motifs prohibés diffère légèrement, les discriminations fondées sur le sexe et l'âge ayant été ajoutées.

Dernier en date, le Code de déontologie des masseurs kinésithérapeute prohibe lui aussi la discrimination. Ainsi, l'article R.4321-58 du Code de la santé publique prévoit-il que « *le masseur-kinésithérapeute doit écouter, examiner, conseiller, soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance, réelle ou supposée, à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur couverture sociale, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard. Il ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne soignée* ».

Dès lors tout professionnel de santé qui refuserait de prodiguer des soins à un patient pour un des motifs discriminatoires visés par le Code de la santé publique sera susceptible de se voir infliger des sanctions disciplinaires, pénales ou civiles.

En pratique, les hypothèses de discrimination les plus nombreuses semblent être celles qui concernent des patients bénéficiaires de la CMU ou de l'AME¹¹³. Les refus de prise en charge opposés aux patients bénéficiaires de la CMU(-C) ou de l'AME constituent des violations de la loi les instaurant. La loi impose aux médecins recevant des patients bénéficiaires de la CMU de leur appliquer le tarif conventionnel, prohibe les dépassements d'honoraires dans ces hypothèses et impose le recours aux tiers payant. Ainsi, les professionnels de santé qui refuseraient toute prise en charge des patients CMU, ou qui refuseraient de leur accorder le bénéfice des conditions spécifiques de prise en charge prévues par la loi, se rendraient coupables d'un refus illégitime.

Parmi les comportements susceptibles d'être qualifiés de discriminatoires, il faut en outre mentionner ceux des professionnels acceptant de recevoir des patients (et n'opposant donc pas de refus de soins au sens strict) dans des conditions différentes du reste de leur patientèle, afin d'éviter qu'ils ne se « mélangent » au reste de leurs patients. L'étude de l'IRDES évoque à ce titre l'« effet repoussoir ». Ce traitement est souvent réservé aux patients bénéficiaires de la CMU, voire de façon plus large aux patients d'origine modeste.

¹¹³ Drees, « Les bénéficiaires de l'AME en contact avec le système de soins », juillet 2008.

Les discriminations fondées sur l'état de santé des patients sont également fréquentes, et concernent majoritairement les patients atteints de VIH¹¹⁴.

Une étude récente menée par l'Observatoire Sida Info Service, intitulée *Discriminations à l'encontre des personnes vivant avec le VIH*¹¹⁵ révèle qu'entre les mois de novembre 2008 et de février 2009, près de la moitié des appelants sur les deux lignes téléphoniques testées (Sida Info droit et Sida info service) ont fait part de leur expérience concernant une discrimination dans le domaine de la santé. Ce chiffre est en augmentation depuis la dernière enquête réalisée en 2005 sur un même modèle. Parmi les professionnels de santé, les dentistes et les gynécologues sont les plus visés par les témoignages de patients. Si les professionnels n'opposent pas dans tous les cas un refus de soins pur et simple, ils adoptent parfois une attitude discriminatoire, voire humiliante. Certains dispensent des soins superficiels, d'autres traitent ces patients différemment du reste de leur patients, et ces comportements sont sanctionnables sur le terrain de la discrimination, même s'ils ne sont pas qualifiables de refus de soins au sens strict.

Parmi les personnes victimes de discriminations, peuvent enfin être mentionnées les personnes âgées. La justification économique de l'absence de prise en charge d'une personne en raison de son âge ne devrait pouvoir être retenue de manière systématique. C'est en tous cas la position du CCNE qui, dans un rapport de 1998, rappelle qu'il est une « exigence éthique de garantir à tous des soins adéquats (...) ». Face au constat de l'absence ou de la limitation de diagnostic effectuées par certains praticiens à l'égard de personnes âgées, le CCNE constate que « c'est renoncer à traiter même les maladies curables dont la guérison est susceptible d'améliorer la qualité de vie ». Rappelant que « toute personne humaine est éminemment respectable indépendamment de son âge et des conséquences que cet âge entraîne pour sa santé physique et mentale », le CCNE en conclut qu'il serait « contraire à toute éthique de prôner sous couvert de contraintes économiques, l'absence de diagnostic et la limitation de certains soins par mesure administrative ».

Le comportement du médecin qui refuserait de dispenser des soins pour un tel motif, n'est pas conforme à l'ensemble des devoirs s'imposant à lui, parmi lesquels le respect dû à la dignité de la personne¹¹⁶. Le médecin, en agissant ainsi, prend donc le risque de voir son comportement qualifié de discriminatoire. Encore faudra-t-il que le caractère discriminatoire du traitement différencié soit établi.

L'enquête précitée révèle que peu de patients victimes de discriminations engagent des démarches juridiques. Les raisons poussant ces victimes à l'inaction sont nombreuses.

La principale explication réside dans la méconnaissance de leurs droits par de nombreux patients. Pour la majorité d'entre eux, l'essentiel est d'accéder aux soins.

¹¹⁴ V. « *Discriminations à l'encontre des personnes vivant avec le VIH*, Observatoire Sida Info Service, 2005 et 2009.

¹¹⁵ V. l'enquête sur les discriminations de l'observatoire SIDA info service précitée.

¹¹⁶ Article R. 4127-2 Code de la santé publique

C'est pourquoi ils choisissent de privilégier les démarches pouvant les y aider plutôt que celles visant à sanctionner les professionnels.

De plus, les patients concernés sont souvent dans un état de faiblesse morale et physique tel qu'ils n'ont pas la force d'entamer une quelconque action visant à revendiquer leurs droits. Certains ont peur des répercussions d'une telle action, d'autres craignent que leur état de santé soit rendu public, la violation du secret médical s'ajoutant parfois à ce type de comportements.

Outre ces réticences propres aux patients, des contraintes matérielles peuvent expliquer l'inaction des victimes. En effet, les difficultés probatoires en la matière sont évidentes : il est particulièrement délicat d'établir la réalité d'un motif discriminatoire.

A cet égard, la dernière réforme du système de santé n'est pas allée aussi loin dans la lutte contre les refus de soins que ce que le projet de loi avait envisagé. La reconnaissance de la valeur juridique du *testing* a notamment été abandonnée au cours des travaux parlementaires, la crainte d'une suspicion généralisée l'ayant emporté. Il ne fait pourtant aucun doute que sans aménagement des règles du droit commun de la preuve, qui imposent au demandeur de prouver ce qu'il allègue, la prohibition des discriminations a peu de chances de se traduire dans les faits. C'est ce qu'avait considéré le législateur lorsqu'il a modifié, suite aux injonctions de la jurisprudence et du droit communautaire, les règles de preuve en matière de discrimination dans les rapports de travail¹¹⁷. L'étude de la jurisprudence sociale permet d'affirmer que les modifications envisagées dans le projet de loi HPST n'auraient pas renversé la charge de la preuve mais l'auraient simplement aménagée. Si l'on oblige en effet le professionnel de santé à justifier son refus par un motif objectif, seulement après que la victime a apporté des éléments laissant présumer l'existence d'une discrimination, c'est bien sur cette dernière que pèse la charge d'apporter en premier des éléments de preuve. Elle n'aurait simplement plus à prouver la discrimination dans sa totalité. Mais si elle n'apporte aucun élément permettant de supposer qu'il existe une discrimination, sa demande sera rejetée avant même que le médecin n'ait eu à se justifier. C'est ce que décide la chambre sociale de la Cour de cassation lorsqu'elle est confrontée à une demande de condamnation d'un employeur pour discrimination¹¹⁸. Ce faisant, et en raisonnant par analogie, il serait envisageable d'exiger de la victime qu'elle invoque non seulement un refus de soins mais aussi la différence de traitement dont elle est l'objet par rapport à d'autres patients. Une telle différence pourrait alors, et alors seulement,

¹¹⁷ Article L 1134-1 du Code du travail : « Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la [loi n° 2008-496](#) du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

¹¹⁸ V. not. Cass. soc., 1^{er} févr. 2005, n°02-45796. – Cass. soc., 11 févr. 2009, n°08-40536.

rendre nécessaire la formulation d'une justification objective par le professionnel visé.

Il semble dans tous les cas nécessaire, toujours pour assurer l'effectivité de la lutte contre les discriminations, d'étendre clairement aux relations entre un malade et un professionnel de santé la possibilité d'obtenir une preuve par *testing*¹¹⁹. Sans nécessairement suffire à prouver la discrimination, cette méthode permettrait tout au moins de réunir des éléments laissant présumer l'existence d'une discrimination. Cela éviterait de laisser le droit de la santé en dehors des évolutions législatives et jurisprudentielles¹²⁰ en la matière. Le *testing* est déjà reconnu comme un mode de preuve licite lorsqu'il concerne certaines discriminations. Ainsi l'article 225-3-1 du Code pénal prévoit que « *Les délits prévus par la présente section (discrimination) sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie* ». Si le refus discriminatoire d'une prestation de soins peut entrer dans le champ d'application de ce texte, en revanche le refus fondé sur la couverture sociale du patient n'est pas sanctionné pénalement¹²¹. Pour ce dernier type de refus la licéité du *testing* n'est donc pas admise puisque, faute d'un texte contraire, ce mode de preuve peut se voir opposer le principe de loyauté de la preuve.

Concernant la procédure visant à contester un refus de soins discriminatoire, il faut noter qu'avant même l'entrée en vigueur de la loi HPST¹²², un cadre existait. Les textes prévoyaient en effet une procédure à suivre dans l'hypothèse d'un refus de soins en privilégiant la conciliation. Une circulaire de la Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés apportait quelques précisions sur cette procédure, notamment la nécessité pour le malade de consigner ses griefs par écrit, ainsi que le rôle du médiateur et les différentes décisions qu'il est susceptible de rendre¹²³. Il semble cependant que ce texte ne réponde pas à l'ensemble des problématiques juridiques d'un acte tel que la discrimination. Il est tout d'abord possible, selon la circulaire, que le médiateur se contente de préconiser un simple rappel des sanctions au professionnel auteur d'un comportement discriminatoire. La

¹¹⁹ C. pénal, art. 225-3-1.

¹²⁰ Cass. crim. 11 juin 2002, n° 85559, Bull. crim. 2002, n°131.

¹²¹ L'article 225-1 du Code pénal sanctionne comme discrimination la distinction « *opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Le bénéficiaire de la CMU C ou de l'AME n'est pas un critère discriminatoire selon ce texte et une discrimination fondée sur ce critère ne peut donc être sanctionnée pénalement. Seule la sanction prévue par l'article L 1110-3 CSP peut être appliquée car seul ce texte prévoit la sanction de ce type de discrimination.

¹²² V. article L. 1110-3 du Code de la santé publique, détaillant la procédure à mettre en œuvre pour contester un refus de soins illégitime devant le directeur de l'organisme local d'assurance maladie ou le président du conseil territorialement compétent de l'ordre professionnel concerné.

¹²³ Circ. 33/2008 du 30 juin 2008.

discrimination est en outre qualifiée de refus de vente par le texte, ce qui certes donne lieu aux sanctions pénales des contraventions de 5^e classe, mais éloigne considérablement du délit que constitue la discrimination et qui peut entraîner une condamnation à trois ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende.

Il reste qu'en dehors de l'hypothèse discriminatoire la qualification de refus de vente peut se révéler utile et appropriée.

E) Une forme spécifique de refus : le cas des pharmaciens et des vendeurs de dispositifs médicaux

Le refus de soins entendu largement englobe tous les comportements des professionnels de santé susceptibles d'entraver d'une façon ou d'une autre l'accès à des soins de qualité. Or les pharmaciens, qui ont en charge la délivrance des médicaments prescrits par les médecins, participent de façon active aux soins, et s'inscrivent dans le parcours de soins du patient qui bénéficie d'une prescription. Dès lors, certains de leurs comportements sont susceptibles de s'analyser en un refus de soins.

Différentes hypothèses sont à distinguer et à rapprocher des obligations pesant sur ces professionnels afin d'envisager les éventuelles sanctions encourues.

Le pharmacien dispose d'un monopole en matière de vente de médicaments. A ce titre, il a l'obligation de délivrer les médicaments prescrits par le médecin, et ce en application de l'article L. 122-1 du Code de la consommation. Celui-ci dispose en effet qu'« il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit ».

Les articles L. 122-7 et R. 121-13 du Code de la consommation prévoient les sanctions encourues dans l'hypothèse d'une violation de cet article, le premier dispose à ce titre :

« Sans préjudice de l'application, le cas échéant, des peines prévues aux articles 313-1, 313-7 et 313-8 du code pénal, toute infraction à la présente section sera punie d'une amende de 4 500 euros et d'un emprisonnement d'un an.

Le délinquant pourra être, en outre, condamné à rembourser à ceux de ses clients qui n'auront pu être satisfaits les sommes versées par eux, sans qu'il puisse avoir recours contre ceux qui ont obtenu la marchandise. »

Un pharmacien qui se rend coupable d'un refus de vente illégitime encourt donc des sanctions pénales.

Le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens a eu l'occasion de se prononcer sur une hypothèse de refus de vente de contraceptifs. En l'espèce une faute professionnelle a été caractérisée à l'encontre d'une pharmacie d'officine qui refusait de vendre des contraceptifs autres que des préservatifs. Les pharmacies jouissent d'un monopole dans la vente de contraceptifs et ainsi il était interdit à ce pharmacien d'arguer d'une clause de conscience dans le but de faire obstacle à une demande régulièrement présentée. Il a, en agissant de la sorte, violé différentes obligations professionnelles s'imposant à lui comme celle de se tenir à disposition du public ou encore celle de collaborer à la protection et à la préservation de la santé publique¹²⁴.

La jurisprudence ordinale adopte une position différente en ce qui concerne le refus de vendre des préservatifs, en raison de leur nature. Il s'agit en effet de produits qui sont en vente dans d'autres commerces. Le pharmacien peut légitimement refuser de vendre de tels produits. Cela ressort de la même décision du CNOM du 22 avril 1996.

La Cour européenne des droits de l'homme, saisie d'une question similaire a cependant décidé que « *dès lors que la vente de ce produit est légale, les requérants ne sauraient se prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation desdites convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle* »¹²⁵.

La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur un cas de refus de vente par un pharmacien de produits contraceptifs. Dans cette espèce le pharmacien invoquait des motifs éthiques et médicaux pour légitimer leur refus de détenir de tels produits et donc de les vendre. La Cour a suivi les juges du fond et a décidé que « *le refus de délivrer des médicaments contraceptifs ne procède nullement d'une impossibilité matérielle de satisfaire la demande en raison d'une indisponibilité des produits en stock, mais est opposé au nom de convictions personnelles qui ne peuvent constituer, pour les pharmaciens auxquelles est réservée la vente des médicaments, un motif légitime au sens de l'article L. 122-1* »¹²⁶. L'interdiction de refuser la délivrance du médicament est clairement liée au monopole dont disposent les pharmaciens sur leur vente. Le refus n'est en revanche plus sanctionné lorsqu'il concerne des produits sur lesquels leur monopole disparaît. On retrouve la logique propre à la sanction de certains refus de contracter.

En revanche un pharmacien qui invoquerait des motifs légitimes pourrait opposer valablement un refus de vente, sans encourir de quelconque sanction. De tels motifs pourraient résider dans le souci d'un pharmacien de protéger la santé d'un patient, en refusant de lui délivrer une prescription. Dans ce cas là, il s'agit même d'une réelle obligation de refuser la vente.

En outre une lecture a contrario de l'arrêt précité de la Cour de cassation permet d'analyser l'impossibilité matérielle de fournir un produit en un motif légitime de refus de vente. La Cour de cassation a décidé que le refus de vente d'un contraceptif n'était pas pénalement punissable dès lors que le pharmacien ne disposait pas du

¹²⁴ CNOP, 22 avril 1996

¹²⁵ CEDH, 2 octobre 2001, Pichon et Sajours c/ France

¹²⁶ Cass crim, 21 octobre 1998, n° 97-80981, Bull. crim. n°273.

produit demandé. En effet, aucun texte légal n'oblige selon elle, un pharmacien à prendre l'initiative de proposer à un client de commander une marchandise qui n'est pas en stock¹²⁷.

Concernant les dispositifs médicaux, un rappel de leur définition récente en droit français s'avère utile. L'article L. 5211-1 du Code de la santé publique les définit comme « *tout instrument, appareil, équipement, matière, produit, à l'exception des produits d'origine humaine ou autre article utilisé seul ou en association, y compris les accessoires et logiciels intervenant dans son fonctionnement, destiné par le fabricant à être utilisé chez l'homme à des fins médicales et dont l'action principale voulue n'est pas obtenue par des moyens pharmacologiques ou immunologiques, ni par métabolisme, mais dont la fonction peut être assistée par de tels moyens* ».

Ils participent au même titre que les médicaments au parcours de soins de certains patients. Ainsi le refus opposé par un vendeur de dispositif médical de les fournir peut entrer dans le champ d'application de l'article L. 122-1 du Code de la consommation, et être sanctionné pénalement au même titre que le refus de vente opposé par un pharmacien.

En effet une circulaire¹²⁸ rappelle le rôle des agents des Directions départementales de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DDCCRF) dans la lutte contre les refus de soins opposés par les vendeurs de dispositifs médicaux, et rappelle qu'ils sont passibles des sanctions prévues aux articles L. 122-7 et R. 121-13 du Code de la consommation.

F) La spécificité des soins en prison : les traitements inhumains et dégradants

Aux termes de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, la Nation « *garantit à tous (...) la protection de la santé* ». Dès lors, la personne incarcérée dispose des mêmes droits que le reste de la population, et doit pouvoir accéder aux soins dans les mêmes conditions.

Pour autant, la problématique des soins en prison reste au cœur de la jurisprudence européenne, la réalité n'étant pas en adéquation avec la reconnaissance de ces droits¹²⁹. Comme le relèvent certaines associations de malades, il est aujourd'hui « *impossible pour les détenus malades de bénéficier d'un véritable accès aux soins en*

¹²⁷ Cass. crim, 16 juin 1981, n°80-93379, Bull. crim. n°208, D. 1982.190, note SFEZ.

¹²⁸ V. Circulaire DSS n° 81/2001 du 12 février 2001 relative aux refus de soins opposés à des bénéficiaires de la protection complémentaire en matière de santé (CMU complémentaire) ainsi qu'aux infractions constatées aux dispositions des arrêtés du 31 décembre 1999 relatifs aux conditions de prise en charge et aux prix applicables aux bénéficiaires de cette protection en matière de prothèses dentaires, d'orthodontie et de dispositifs médicaux.

¹²⁹ Propos tenus par Jean-Marie Delarue lors des Entretiens Droit et Santé du 22 septembre 2009 sur la santé dans les lieux de privation de liberté (parution à venir)

prison »¹³⁰. Les raisons invoquées tiennent à la surpopulation carcérale et au manque de moyens du personnel médical, des unités de consultation et de soins ambulatoires (UCSA). Ainsi le refus de soins en prison tient à des problèmes conjoncturels. Il s'assimile dans cette hypothèse à des soins de mauvaise qualité, ou à une absence totale de soins.

La question du refus de soins aux personnes incarcérées est appréhendée par la Cour européenne des droits de l'homme via l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Aux termes de cet article « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Les juges ont déduit de cet article une obligation positive mise à la charge des Etats, tenus de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté. Ainsi, le manque de soins dispensés aux détenus pourra dans certaines conditions être qualifié de traitement inhumain.

Différentes affaires permettent d'illustrer la position de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans un arrêt du 29 avril 2003¹³¹, la Cour condamne les autorités britanniques pour n'avoir pas pris en compte l'état de santé d'une détenue en sevrage de drogue. Constatant que les autorités carcérales n'avaient pas pris les mesures qui auraient permis de soigner l'intéressée, elle conclut à une violation de l'article 3 par les autorités carcérales.

Dans un autre affaire aux faits similaires, la Cour note que la nature, la sévérité et la durée des mauvais traitements dont a fait l'objet une détenue ainsi que les effets néfastes qu'ils ont eu sur son état de santé, peuvent être qualifiés d'inhumains et dégradants¹³².

Enfin, dans l'affaire Paladi contre Moldavie, la Cour conclut à la violation de l'article 3 de la CEDH en raison du manque d'assistance médicale adéquate et du traitement incomplet d'un détenu au sein de l'hôpital de la prison dans laquelle il purgeait sa peine¹³³.

Ainsi il ressort de la jurisprudence susmentionnée que la Cour en créant une obligation positive de protection de la santé des personnes incarcérées a entendu sanctionner la forme originale de refus de soins qui se rencontre en prison.

La sanction prononcée concerne ici les Etats membres et non les professionnels impliqués.

¹³⁰ Act up Paris, la situation des prisons est incompatible avec l'accès aux soins dont une personne séropositive a besoin, 1^{er} décembre 2008

¹³¹ CEDH, 29 avril 2003 *Mc Glinchey et autres contre Royaume uni*.

¹³² CEDH, 12 juillet 2007, *aff. Testa c/ Croatie*

¹³³ CEDH, 10 juillet 2007 *aff. Paladi c/ Moldavie*.

G) Comportement du professionnel de santé conduisant à un renoncement aux soins

Certaines pratiques et certains comportements du professionnel de santé sont de nature à entraver un accès aux soins optimal. Même si ces comportements ne s'analysent pas à première vue en un refus de soins, il est opportun de les rapprocher d'un réel refus de soins. En effet par des moyens détournés et sans opposer un refus direct au patient, les médecins peuvent par leur comportement dissuader leurs patients de recourir à leurs services.

a) Les dépassements d'honoraires

Le refus de soins peut être implicite, ou dissimulé, lorsqu'il prend la forme d'une dissuasion financière par le biais des tarifs du professionnel. Les professionnels disposent en effet d'une certaine liberté dans la fixation de leurs honoraires lorsqu'ils sont fixés de gré à gré avec le patient¹³⁴. La seule limite réside alors dans l'obligation de tact et mesure qui leur impose de modérer les dépassements d'honoraires lorsqu'ils sont habilités à en pratiquer¹³⁵. L'article R. 4127-53 du Code de la santé publique dispose en effet que « *les honoraires du médecin doivent être déterminés avec tact et mesure, en tenant compte de la réglementation en vigueur, des actes dispensés ou de circonstances particulières* ».

Les dépassements d'honoraires pratiqués par les médecins libéraux installés en secteur II peuvent cependant s'avérer prohibitifs pour certains patients ne disposant pas des ressources suffisantes.

Une décision du CNOM du 29 janvier 2008 ¹³⁶ permet d'illustrer cette situation. Dans cette espèce un médecin avait procédé à un dépassement d'honoraire de 1200 euros pour une personne âgée dont la situation financière était par ailleurs difficile et à laquelle il avait refusé un délai de paiement. Le CNOM a estimé que ce praticien avait manqué de mesure dans la fixation de ses honoraires, et ce même si le requérant avait informé qu'il exerçait en secteur II et que le patient avait donné son accord à ces conditions financières. Par ailleurs le CNOM rappelle l'indifférence de l'éventuelle prise en charge des dépassements par les mutuelles.

Les médecins peuvent faire l'objet d'une sanction lorsqu'ils violent cette obligation déontologique. Le code de déontologie ne donnant pas de précisions sur la définition du tact et de la mesure, c'est la jurisprudence, notamment administrative qui en a défini les contours. Un arrêt du Conseil d'Etat a considéré qu'était excessif et violait ce principe des honoraires deux, trois ou six fois supérieurs aux « honoraires conventionnels ».¹³⁷ De plus une circulaire précise que l'appréciation de cette notion par les tribunaux se fait au cas par cas. ¹³⁸

¹³⁴ D. Tabuteau, La liberté tarifaire ?, Dr. soc. 2003, p. 424.

¹³⁵ Pour l'application de l'obligation de tact et mesure aux dépassements d'honoraires : CE, 18 février 1977, n° 99.086, cet arrêt a sanctionné un praticien non autorisé à pratiquer des dépassements d'honoraires et ayant tout de même fixé ses honoraires à un tarif six fois supérieur à ceux conventionnellement pratiqués.

¹³⁶ Dossier cndn9761

¹³⁷ CE, 18 février 1977, M. Hervouet, n° 00557

¹³⁸ Circulaire CNAMTS/DDRI n°46/2000 du 24 mars 2000, « *il n'existe pas de critère d'appréciation objective de la notion de tact et mesure. Les tribunaux semblent trancher au cas par cas, par référence au tarif*

Cette obligation se double du devoir d'économie qui s'impose aux médecins.

La section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des médecins est compétente pour énoncer des sanctions envers les médecins qui violeraient ces obligations. Elle a en effet retenu une interdiction de dispenser des soins aux assurés sociaux de quatre mois, dont trois avec sursis à l'encontre d'un praticien qui avait réalisé des dépassements d'honoraires excessifs (plus de dix fois supérieurs au tarif conventionnel) en sus de violer la nomenclature générale des actes professionnels¹³⁹. Une mise hors convention d'une durée d'un mois a été prononcée par une caisse primaire d'assurance maladie à l'encontre d'un omnipraticien acuponcteur qui pratiquait de façon constante, et ce malgré un avertissement, des dépassements d'honoraires trois fois supérieurs aux tarifs conventionnels. La sanction est justifiée en raison de l'absence de justification valable fournie par le praticien, les autres omnipraticiens exerçant dans des conditions identiques ne pratiquant pas de tels honoraires. Ainsi la comparaison avec les pratiques des autres professionnels relevant d'un même mode d'exercice peut s'avérer déterminant dans l'appréciation de la faute du médecin.¹⁴⁰

Les sanctions envisageables à l'encontre des médecins pratiquant des dépassements d'honoraires sont multiples.

Des sanctions disciplinaires peuvent être prononcées par la chambre disciplinaire de première instance, au sein du conseil régional de l'ordre ou par la section des assurances sociales (SAS) du même conseil, avec appel devant le conseil national de l'ordre et cassation devant le Conseil d'Etat.¹⁴¹

D'autres sanctions sont prévues par la convention du 12 janvier 2005, dont les modalités, définies à l'article 5.4.1.2, sont les suivantes :¹⁴²

« Lorsqu'un médecin ne respecte pas, dans sa pratique, les dispositions de la présente convention, il peut, après mise en œuvre des procédures conventionnelles décrites au paragraphe précédent, encourir les mesures suivantes :

- suspension du droit permanent à dépassement, du droit de pratiquer des honoraires différents, cette mesure ne pouvant être prononcée qu'en cas de non-respect du tact et de la mesure, après décision du conseil de l'ordre ;*
- suspension du droit à pratiquer des dépassements autorisés plafonnés (DA) tels que définis à l'article 4.3, cette mesure ne pouvant être prononcée qu'en cas de non-respect des limites de dépassements fixées par la présente convention ;*

conventionnel et au regard des circonstances de l'espèce : notoriété du médecin, nature des soins dispensés, difficultés de l'intervention, information apportées aux patients, caractère systématique du dépassement. ».

¹³⁹ CE, 29 juillet 2002, *M. X.*, n° 215321.

¹⁴⁰ CE, 19 mai 1993, *M. Deporte*, n° 102132.

¹⁴¹ Sur la base de l'article L.145-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

¹⁴² Extrait de la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes conclue le 12 janvier 2005 entre, l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et le Syndicat des médecins libéraux, la Confédération des syndicats médicaux français et l'Alliance intersyndicale des médecins indépendants de France.

- suspension de la ou des participations des caisses à la prise en charge des avantages sociaux pour les médecins en bénéficiant. La suspension de la ou des participations des caisses est de un, trois, six ou douze mois ;
 - application d'une contribution financière, cette mesure ne pouvant être prononcée qu'en cas de non respect des références médicales opposables. Le dispositif sera précisé dans le cadre d'un avenant à la présente convention ;
 - suspension de la possibilité d'exercer dans le cadre conventionnel. Cette suspension peut être temporaire (trois jours, une semaine, un, trois, six ou douze mois) ou prononcée pour la durée d'application de la convention, selon l'importance des griefs.
- La mise hors convention de trois mois ou plus entraîne la suppression de la participation des caisses aux avantages sociaux pour une durée égale à celle de la mise hors convention.

5.4.2. Cas de condamnation par l'ordre ou les tribunaux :

Lorsque le conseil régional ou national de l'ordre des médecins, ou une juridiction, a prononcé à l'égard d'un médecin une sanction devenue définitive qui consiste en une interdiction de donner des soins aux assurés sociaux ou en une interdiction d'exercer ;

Ou, lorsqu'une juridiction a prononcé à l'égard d'un médecin une peine effective d'emprisonnement, le professionnel se trouve placé automatiquement hors convention, à partir de la date d'application de la sanction ordinale ou judiciaire et pour une durée équivalente.

Lorsque les faits sanctionnés par une instance ordinale ou judiciaire constituent en outre une infraction au regard des règles conventionnelles, les caisses peuvent envisager à l'encontre du praticien l'une des mesures prévues au paragraphe précédent. »

Cependant comme le précise un rapport sur les dépassements d'honoraires¹⁴³, les sanctions prononcées sont peu nombreuses, et « il apparaît que les caisses primaires d'assurance maladie, qui opèrent sur un territoire où l'offre de soins est plus faible qu'ailleurs, pourraient renoncer à prendre des sanctions par crainte de diminuer une offre de soins estimée comme insuffisante. »

La fixation de tels honoraires pourrait s'assimiler en un refus indirect de soins. En effet si les arrêts susmentionnés sanctionnent des médecins ayant pratiqué des honoraires excessifs, avec le consentement de leur patient, il existe des cas où les patients ne sont pas en mesure d'assumer de tels frais, et renoncent de ce fait aux services de certains praticiens. Ces cas là sont problématiques dans le cadre de l'accès égal de tous aux soins¹⁴⁴.

A l'obligation de tact et mesure peut s'ajouter celle de respecter la concurrence entre professionnels. Cette obligation de concurrence peut venir au secours des malades lorsqu'un syndicat de médecins appelle à pratiquer systématiquement des dépassements d'honoraires¹⁴⁵.

¹⁴³ « Les dépassements d'honoraires médicaux », Rapport présenté par l'Inspection générale des affaires sociales, n° RM 2007-054P, Avril 2007 ;

¹⁴⁴ V. Cour des comptes, rapport sur l'application des lois de financement de la Sécurité sociale, septembre 2007, not. p. 34.

¹⁴⁵ Une telle pratique a été jugée contraire à la libre concurrence car elle constitue un obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse : Décision du Conseil de

En outre le choix de certains professionnels de santé de ne pas pratiquer le tiers payant même aux patients CMU peut conduire à un renoncement aux soins de ces derniers. En effet, les patients disposant de faibles ressources sont souvent dans l'impossibilité d'avancer le paiement d'une consultation. Dès lors, ils n'auront d'autre choix que d'aller consulter dans un établissement de santé.

Ce comportement peut s'analyser en un refus de soins indirect opposé à certains patients.

b) Les obstacles administratifs

- Exigences administratives

Certaines formalités administratives liées à la prise en charge de certains patients, comme ceux bénéficiaires de la CMU ou de l'AME, conduisent des professionnels ou établissements de santé à refuser de les soigner. Ce comportement s'analyse incontestablement en un refus de soins direct des professionnels de santé.

Il est en outre pertinent de s'interroger sur l'autre aspect de cette problématique. Certaines exigences administratives (dossier médical et administratif, validité des droits, attestation à jour, attestation de prise en charge par les organismes de sécurité sociale étrangers...) peuvent en effet conduire des patients à renoncer aux soins¹⁴⁶.

Cependant il est délicat dans l'hypothèse d'un renoncement aux soins à l'initiative du patient de prononcer une sanction à l'égard du professionnel de santé.

Pour autant, certains textes pourraient servir de fondement à une sanction disciplinaire du professionnel qui entraverait un accès libre et égal aux soins pour des raisons de complications administratives.

Ainsi en est-il de l'article 7 du Code de déontologie médicale¹⁴⁷ qui impose au médecin d'adopter un comportement attentif à l'égard de ses patients.

« Le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard.

Il doit leur apporter son concours en toutes circonstances.

la concurrence du 2 avril 2008, v. L. Driguez, Le droit de la concurrence au secours des patients, Dr. soc. 2008, p. 1115.

¹⁴⁶ V. notamment C.N.O.M. 25 juin 2003 pour un refus d'examiner un patient hébergé en maison de retraite tant que ne lui est pas communiqué le dossier médical et administratif de l'intéressé ou encore C.A.A Paris 9 juin 1998, 95PA03525 pour un refus de prise en charge par un centre hospitalier pour non présentation des documents administratifs nécessaires

¹⁴⁷ Article R.4127-7 du code de la santé publique

Il ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne examinée ».

En outre l'article 50 du code de déontologie (R. 4127-50 du Code de la santé publique) dispose que « *le médecin doit, sans céder à aucune demande abusive, faciliter l'obtention par le patient des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit [...]* ».

Une interprétation combinée de ces articles pourrait conduire à sanctionner un médecin décourageant un patient le sollicitant, arguant de difficultés administratives. Si ces difficultés sont tout au plus de nature à lui faire consacrer davantage de temps au patient, elles ne peuvent valablement justifier un refus de prise en charge du médecin.

- Le cas particulier du médecin traitant

Enfin, une autre difficulté administrative pouvant conduire à un renoncement aux soins réside dans la difficulté rencontrée par certains patients dans la désignation d'un médecin traitant. Institué par la loi de réforme de l'assurance maladie du 13 août 2004, le médecin traitant a vocation à coordonner le "*parcours de soins*" du patient, c'est-à-dire les différentes consultations et examens nécessaires au suivi de sa santé. L'article L. 162-5-3 du code de la sécurité sociale impose la déclaration en ces termes : « Tout assuré ou ayant droit âgé de plus de 16 ans ou plus indique à son organisme de sécurité gestionnaire de régime de base d'assurance maladie le nom du médecin traitant qu'il choisit, avec l'accord de celui-ci (...) ». On peut s'interroger sur l'obligation de désigner un tel médecin pour les assurés. Cette démarche n'est pas obligatoire, l'alinéa 4 du même article envisageant seulement une réduction du taux de remboursement accordé à l'assuré social qui ne procéderait pas à cette déclaration.

Cette nouvelle formalité administrative ne remet pas en cause le principe au terme duquel le patient est libre de choisir son médecin. Cependant la réforme de 2004 limite indirectement ce choix en pénalisant les récalcitrants via une baisse des remboursements.

Inversement il est pertinent de s'interroger sur le refus du médecin d'assumer ce rôle. Cela peut-il s'assimiler à un refus de soins, et être sanctionné en conséquence ?

Il apparaît à première vue que le médecin est libre d'accepter ou non de devenir médecin traitant, conformément à l'article 47 alinéa 2¹⁴⁸ du Code de déontologie médicale. Ce refus du médecin ne doit cependant pas entraver la continuité des soins. Le médecin opposant un tel refus doit donc en avertir le plus rapidement possible le patient et le rediriger vers un confrère.

En outre ce refus ne devra pas être fondé sur des motifs discriminatoires, au risque de voir le médecin engager sa responsabilité.

¹⁴⁸ Article R 4127-47 du Code de la santé publique

Le choix de son médecin traitant doit être cohérent avec son suivi médical. En effet si ce choix est libre, et peut être porté sur un médecin libéral, ou hospitalier, généraliste ou spécialiste, il est important que ce professionnel connaisse bien la santé du patient, et soit amené à être spontanément consulté en premier par celui-ci. Ainsi les motifs légitimes de refus pourraient résider dans la spécialité du médecin, ne s'estimant pas être le mieux placé pour assumer ce rôle d'aiguilleur.

Le patient reste libre de ne pas désigner de médecin traitant mais ses consultations seront moins bien remboursées. On comprend dès lors l'enjeu, pour les personnes de condition modeste, d'une telle désignation.

Pourtant, il est parfois difficile pour les patients de désigner un médecin traitant, certaines régions étant confrontées à des problèmes de pénurie médicale. De même, certains professionnels refusent expressément de tenir ce rôle. Ceci n'est pas sans conséquence sur les patients de condition modeste, notamment les bénéficiaires de la CMU. Ces derniers ne sont en effet pas en mesure d'assumer les sanctions financières, à savoir une majoration des tarifs applicables, découlant du non respect du parcours de soins. Dès lors, ils peuvent être conduits à renoncer à certains soins.

Dans ces conditions, il est légitime de s'interroger sur la possibilité d'engager la responsabilité des pouvoirs publics dans le cas où un assuré social ne parviendrait pas, en dépit de sa volonté et de ses démarches à désigner un médecin traitant.

Les pouvoirs publics ont-ils un rôle à jouer dans cette démarche éminemment personnelle de l'assuré social ?

S'ils ne sont pas responsables des refus opposés par les professionnels de santé, il leur incombe de prendre les mesures nécessaires pour éviter toute insuffisance de l'offre de soins dans un secteur donné.

Si cette voie n'aboutit pas, il est envisageable de trouver une autre alternative pour l'assuré social lésé. L'absence de toute sanction financière à son encontre par l'assurance maladie pourrait constituer le remède à cette impossibilité matérielle de s'inscrire dans le parcours de soins. Cette solution paraît davantage en adéquation avec la liberté dont dispose le patient et le médecin de se choisir mutuellement.

Si les considérations administratives et financières peuvent restreindre concrètement l'accès aux soins, la prohibition du refus de soins elle-même peut se voir dépourvue d'effet si aucune autorité ne sanctionne l'auteur du refus illicite. Cette absence d'intervention d'un tiers prononçant la sanction n'est pourtant pas une hypothèse d'école.

H) La possibilité pour les associations d'agir en vue de faire sanctionner un refus de soins

L'une des difficultés à endiguer les refus de soins tient à l'ineffectivité des règles de droit. Ce défaut d'application du droit positif tient notamment au faible nombre

d'actions engagées par les victimes de refus de soins. Il convient dès lors d'envisager ici quelles sont les ressources du droit français pour promouvoir l'action en justice d'une association en lieu et place de la victime d'un refus de soins.

A l'heure actuelle les associations de malades ou d'usagers disposent de plusieurs possibilités pour agir devant les tribunaux, possibilités qui restent cependant limitées.

Selon l'article L 1114-2 du Code de la santé publique, « *Lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée, et sous réserve de l'accord de la victime, les associations agréées au niveau national dans les conditions prévues à l'article L. 1114-1 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 221-6, 222-19 et 222-20 du code pénal ainsi que les infractions prévues par des dispositions du présent code, portant un préjudice à l'intérêt collectif des usagers du système de santé* ». Les associations visées par le texte, qui doivent avoir été agréées au niveau national, peuvent ainsi se joindre à une action pénale pour réclamer la réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des usagers du système de santé. Le champ d'application prévu par le texte est cependant trop restrictif pour y inclure tous les refus de soins. Tout d'abord, pour que l'association puisse l'invoquer il faut nécessairement qu'une infraction pénale ait été commise. Or tout refus de soins ne constitue pas une infraction pénale, loin s'en faut. Mais surtout le texte ne vise que certaines infractions pénales, qui relèvent d'un manquement à une obligation particulière de sécurité ou de prudence ou qui sont qualifiées d'infractions par le Code de la santé publique. Tel n'est pas le cas par exemple d'un refus de soins discriminatoire ou d'un refus de soins contraire au devoir d'humanisme. Ajoutons que même lorsqu'une infraction pénale existe l'association ne peut agir que si l'action publique a été enclenchée par le ministère public ou la victime. Elle ne dispose donc d'aucun pouvoir d'initiative en la matière, alors même que la difficulté pour les victimes d'engager une action participe de l'ineffectivité des règles sanctionnant les refus de soins illicites.

Toute action n'est néanmoins pas exclue lorsqu'une association souhaite voir réparé le préjudice porté à l'intérêt collectif des usagers. Bien que le texte susvisé ne le permette pas la jurisprudence considère qu'une association peut agir en justice lorsqu'un intérêt collectif est atteint, dès lors que la poursuite de cet intérêt entre dans son objet social, et ce en dehors de toute habilitation législative et même si ses statuts ne le prévoient pas expressément¹⁴⁹. Le refus de soins peut certainement constituer une atteinte aux intérêts collectifs des usagers et justifier ainsi l'engagement par une association d'une action devant le juge civil pour que le préjudice ainsi causé soit réparé. Ce type d'action comporte un but répressif, qui indirectement peut contribuer à éviter les refus de soins. La victime n'en est pas moins dépourvue de toute réparation si elle n'a pas agi elle-même. L'action en réparation d'un préjudice causé à l'intérêt collectif profite en effet à l'association demanderesse et non aux victimes.

¹⁴⁹ V. not. Cass. 1^{ère} civ. 18 sept. 2008, n°06-22038, Bull. civ., I, n°201.

Pour que l'action en justice d'une association puisse également remplir une fonction de réparation des dommages subis par les victimes, il pourrait être utile de permettre aux associations agréées en santé d'agir pour défendre les intérêts collectifs mais aussi individuels des usagers du système de santé. Il faudrait pour cela que l'association puisse agir au lieu et place de la victime du refus de soins.

Lorsqu'une association souhaite agir en lieu et place d'une personne elle doit y avoir été habilitée expressément par un texte. Ce même texte doit prévoir précisément dans quels cas le groupement peut agir pour défendre un intérêt individuel. Dans cette optique il serait possible de prévoir que lorsqu'une personne est victime d'un refus de soin illicite une association agréée peut agir devant le juge civil, ou engager la procédure de l'article L 1110-3 du Code de la santé publique, pour obtenir réparation du préjudice subi par cette victime.

Deux voies sont alors envisageables :

- soit l'association agit au nom et pour le compte de la victime et dans ce cas un mandat exprès donné par la victime du refus de soins est nécessaire car l'association représente l'usager. L'action ne peut être engagée dans ce cas qu'avec l'accord exprès de la victime. Cet accord est une condition sans laquelle l'action est nulle.

Il serait même possible d'envisager dans ce cas l'hypothèse d'une représentation conjointe, c'est-à-dire d'une action unique mais pour laquelle plusieurs victimes de refus de soins auraient donné mandat à une même association, sur le modèle de ce que prévoit l'article L 422-1 du Code de la consommation¹⁵⁰.

- La deuxième possibilité consiste à permettre à l'association d'agir pour le compte de la victime mais sans avoir obtenu son accord au préalable. Il est toutefois nécessaire dans ce cas de permettre à la victime de s'opposer à l'action et d'intervenir à l'instance dès qu'elle le souhaite, exigence qui présente un caractère constitutionnel¹⁵¹. Un tel système existe à l'heure actuelle en faveur des syndicats de salariés dans plusieurs types de litiges. A titre d'exemple l'article L 1235-8 du Code du travail dispose que « *Les organisations syndicales de salariés représentatives peuvent exercer en justice toutes les actions résultant des dispositions légales ou conventionnelles régissant le licenciement pour motif économique d'un salarié, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé.*

¹⁵⁰ « *Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs* ».

¹⁵¹ Décision n°89-257 DC du 25 juill. 1989, JO 28 juill. 1989, p. 9503 : « *s'il est loisible au législateur de permettre à des organisations syndicales représentatives d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel, une action collective, c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action* ».

Le salarié en est averti, dans des conditions prévues par voie réglementaire, et ne doit pas s'y être opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention.

A l'issue de ce délai, l'organisation syndicale avertit l'employeur de son intention d'agir en justice.

Le salarié peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat ».

Le processus est repris dans d'autres dispositions du même code et peut donner des indications quant aux conditions à respecter pour encadrer une action en justice en lieu et place d'un individu.

Néanmoins la possibilité pour une association d'agir en lieu et place de la victime d'un refus de soins, sans autorisation préalable de celle-ci n'est pas sans inconvénients. L'idée de démocratie sanitaire suppose tout d'abord un recours de plus en plus fréquent au consentement du patient et peut être est-il nécessaire d'étendre cette nécessité à notre hypothèse. Le patient souhaitant agir contre un professionnel peut par la suite avoir à nouveau recours au professionnel en question. C'est dans cette perspective qu'il convient de se placer pour apprécier la nécessité d'un consentement de la victime comme préalable à toute action engagée par une association en lieu et place de celle-ci.

Conclusion :

Les pratiques de refus de soins sont encadrées par des règles dont les origines textuelles et rationnelles sont très variées. L'importante diversité des pratiques visées, due notamment à ce que les refus peuvent être explicites ou implicites, explique l'étendue de cet éventail juridique. Il est certain qu'un régime juridique comprenant des règles plus limitées en nombre et regroupées au sein d'un même code peut présenter, en apparence, l'avantage d'être lisible. Mais le souci, parfois obsessionnel, de simplification du droit ne doit pas occulter l'intérêt de la diversité des règles, lesquelles permettent d'apporter des réponses adaptées et d'éviter les inconvénients de règles si générales qu'elles en sont parfois obscures. Par ailleurs l'étude de ce régime juridique montre que son étendue et sa diversité n'excluent pas une certaine cohérence. Certaines idées-forces se retrouvent dans des hypothèses en apparence très différentes :

- Le refus de prendre en charge un patient est, sous certaines conditions strictes, un droit pour les professionnels et les établissements.
- L'exercice de ce droit accorde une place centrale aux mobiles de la décision de refus. La licéité du refus dépend parfois de critères légaux mais aussi d'un choix propre au professionnel. Son appréciation de la situation peut alors constituer une source de droit, la clause de conscience étant sur ce point très significative¹⁵². Ce sont dans ce cas les mobiles de la décision qui en déterminent la licéité. L'interdiction des discriminations est une application de cette recherche des mobiles.
- L'existence d'une urgence fait émerger un droit aux soins au profit du malade.
- Le droit affirme la nécessité d'assurer une solution médicale au patient. En raison de cet objectif, les établissements assurant l'exécution d'un service public comme les professionnels qui ont l'obligation d'assurer la continuité des soins, sont tenus de chercher une alternative pour le malade quand ils ne sont pas à même de la prendre en charge.

La décision de s'engager dans une relation de soins ou de la poursuivre n'appartient pas au seul malade. Dans certaines hypothèses le choix de la décision repose même sur une appréciation du professionnel ou du chef d'établissement. Il semble difficile et peu opportun de contester cette liberté d'appréciation et par là une liberté de choix sous certaines conditions. Mais l'idée d'un certain rééquilibrage dans la décision médicale pourrait justifier un contrôle accru sur les motifs de la décision de refus de soins, a fortiori en matière de discriminations.

Sans modifier les fondements et lignes directrices du régime juridique du refus de soins, cela permettrait de faciliter l'exercice par les malades de certains de leurs droits et par extension l'accès aux soins.

La promotion des droits du patient ne peut cependant se concrétiser uniquement au moyen du contentieux. Le coût de la relation de soins y participe aussi directement.

¹⁵² D. Hiez, La clause de conscience ou la conscience source du droit ?, Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Dalloz, 2006.

Les mesures visant à réduire le reste à charge contribuent ainsi à lutter contre les tarifs dissuasifs qui conduisent à de véritables refus de soins dissimulés.

Propositions de recommandations

Recommandation n°1 :

Après l'article L 1110-3 alinéa 2 du Code de la santé publique, insérer l'alinéa suivant :

« Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions de l'alinéa précédent, la personne victime d'un refus de soins présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, telle que définie à l'alinéa précédent.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

Recommandation n°2 :

Après l'alinéa précédent insérer l'alinéa suivant :

« Le refus de soins discriminatoire au sens du présent texte est constitué même s'il est commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité une prestation de soins dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie ».

Recommandation n°3 :

« Les associations agréées au niveau national, en application de l'article L 1114-1 du présent Code, peuvent exercer en justice toutes les actions résultant des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles au nom et pour le compte de la victime d'un refus de soins illégitime. Elles doivent à cet effet avoir reçu un accord préalable exprès de la victime ».

ou

« Toute personne s'estimant victime d'un refus de soins illicite peut donner mandat exprès à une association agréée au niveau national d'exercer en justice toutes les actions résultant des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles».