

Bases juridiques pour le quotidien du médecin

Un guide pratique

§ FMH

 **SAMWASSM**

Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
Académie Suisse des Sciences Médicales
Accademia Svizzera delle Scienze Mediche
Swiss Academy of Medical Sciences

Éditrices

Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM)
Maison des Académies, Laupenstrasse 7, CH-3001 Bern
mail@samw.ch, www.assm.ch

Fédération des médecins suisses (FMH)
Elfenstrasse 18, Postfach, CH-3000 Bern 16
lex@fmh.ch, www.fmh.ch

Conception

Howald Biberstein, Basel

Photos

Darius Studer, dariusstuder@gmail.com

Impression

Gremper AG, Basel

1^{ère} édition 2008

2^e édition révisée 2013 (2000 f, 5000 a)

3^e édition révisée 2020 (1000 f, 2500 a)

4^e édition inchangée 2022 (400 f, 800 a)

Ce guide pratique peut être commandé gratuitement en français
et en allemand: order@samw.ch



Copyright: ©2022 Académie Suisse des Sciences Médicales / Fédération des médecins suisses. Ceci est une publication Open Access, distribuée sous les termes de la licence Creative Commons Attribution (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>). Le contenu de cette publication peut donc être utilisé, distribué et reproduit sous toute forme sans restriction, à condition que l'auteur et la source soient cités de manière adéquate.

Recommandation pour citer le texte:

Académie Suisse des Sciences Médicales / Fédération des médecins suisses (2022)
Bases juridiques pour le quotidien du médecin. Un guide pratique.

DOI: doi.org/10.5281/zenodo.7148478

Bases juridiques pour le quotidien du médecin

Un guide pratique

PRÉAMBULE	7
1 FONDEMENTS DU DROIT	9
1.1 La fonction du droit dans la vie quotidienne du médecin	9
1.2 Hiérarchie des normes	10
1.3 Les réglementations privées	11
1.4 La législation sur la santé du XIX ^e siècle à nos jours	13
2 CONDITIONS GÉNÉRALES DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE	17
2.1 Formation prégraduée, postgraduée et continue	17
2.2 Le registre des professions médicales	20
2.3 Autorisation d'exercer et admission à pratiquer à la charge des caisses	20
2.4 Devoirs professionnels	23
2.5 Publicité, mention de titres et protection des marques	26
2.6 Assurances sociales et assurances privées	27
3 FONDEMENTS JURIDIQUES DU TRAITEMENT DES PATIENTES ET DES PATIENTS	31
3.1 Le contrat de soins conclu entre le médecin et son patient	31
3.2 Information du patient	38
3.3 Consentement	42
3.4 Traitement de patients mineurs	44
3.5 Droit de la protection de l'adulte	49
3.6 Directives anticipées du patient	55
3.7 Le dossier médical	57
3.8 La Loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP)	61
3.9 Médicaments, stupéfiants et dispositifs médicaux	61
3.10 «Off-label use», «unlicensed use» et «compassionate use»	66
3.11 Examens radiologiques et laboratoire	69
3.12 Principes fondamentaux de l'assurance-maladie obligatoire	71
3.13 Fournisseurs de prestations et libre choix dans la LAMal	75
3.14 Modèles d'assurances prévoyant un choix limité des fournisseurs de prestations	77
3.15 Traitement de patients étrangers	78

3.16	Prise en charge par l'assurance obligatoire des soins des médicaments, moyens et appareils dans la LAMal	80
3.17	Droit des tarifs et procédure en cas de litiges dans la LAMal	83
3.18	Traitement des patients dans l'assurance-accidents, l'assurance militaire et l'assurance-invalidité	87
4	SITUATIONS PARTICULIÈRES LORS DE LA PRISE EN CHARGE DES PATIENTES ET DES PATIENTS	96
4.1	Analyses génétiques	96
4.2	Procréation médicalement assistée	98
4.3	Interruption de grossesse	99
4.4	Stérilisation	99
4.5	Traitement des maladies transmissibles – la Loi sur les épidémies	100
4.6	Médecine de la transplantation	101
4.7	Prise en charge médicale des sportifs et lutte contre le dopage	102
4.8	Traitement et prise en charge médicale de personnes âgées en situation de dépendance et atteintes de démence	105
4.9	Décisions médicales relatives à la fin de la vie	106
4.10	Assistance au suicide	109
4.11	Mesures de contrainte en médecine	111
4.12	Prise en charge médicale de patients en cours d'exécution de peine	114
4.13	Prise en charge médicale des sans-papiers et des requérants d'asile	115
5	RECHERCHE ET REGISTRES	118
5.1	Recherche sur l'être humain	118
5.2	Essais cliniques	119
5.3	Assurance qualité et registres	120
5.4	Biobanques	124
5.5	Big Data et problèmes liés à l'anonymisation des données	125
5.6	Recherche sur les cellules souches	126
5.7	Intégrité scientifique	126
6	SECRET PROFESSIONNEL, PROTECTION DES DONNÉES, RAPPORTS ET FACTURATION	129
6.1	Secret professionnel	129
6.2	Protection des données	133
6.3	Droits et devoirs d'annoncer	137
6.4	Généralités concernant le certificat et le rapport médical	143

6.5	Rapports aux médecins cotraitants	146
6.6	Certificats et rapports aux employeurs et aux assureurs d'indemnités journalières	147
6.7	Rapports et facturation dans l'assurance-maladie	152
6.8	Rapports et factures dans la LAA, la LAM et la LAI	158
6.9	Certificats et rapports médicaux aux caisses de pension et aux assurances-vie	160
6.10	Certificats et rapports médicaux dans les procédures d'asile	161
7	LE MÉDECIN EN TANT QU'EXPERT	164
7.1	Généralités concernant l'expertise médicale	164
7.2	Valeur probante des expertises médicales et appréciation de la preuve	166
7.3	Expertises médicales pour l'assurance sociale	167
8	DROITS D'INFORMATION DU PATIENT ET RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN	170
8.1	Droit du patient de consulter et de copier son dossier médical	170
8.2	Responsabilité du médecin en droit civil et en droit pénal	172
8.3	Le patient mécontent	177
9	MÉDECIN SALARIÉ ET MÉDECIN EMPLOYEUR	181
9.1	Le médecin employé par un hôpital ou dans un cabinet	181
9.2	Le médecin indépendant: ouverture, reprise et fermeture de cabinet	185
9.3	Administration du cabinet médical	189
9.4	Obligations du médecin en sa qualité d'employeur	190
9.5	Protection de la jeunesse et de la maternité	195
	APPENDICE	198
	Auteurs	198
	Index des mots-clés	200

Préambule

à la troisième version remaniée

De nombreuses dispositions légales et réglementaires accompagnent le médecin dans son activité quotidienne; or il lui est souvent difficile de garder une vue d'ensemble des principaux textes de loi. Et souvent, les dispositions juridiques générales s'avèrent trop vagues pour qu'il puisse en déduire des règles de conduite directement applicables.

En publiant les présentes «Bases juridiques pour le quotidien du médecin», l'ASSM et la FMH espèrent offrir un instrument utile aux praticiens. Elles ont saisi l'occasion des nombreuses modifications de loi et de la publication d'arrêts importants depuis la deuxième version pour présenter la troisième édition de ce manuel juridique. Il s'agit d'un guide visant à donner aux médecins une vue générale des réglementations juridiques importantes pour leur travail de tous les jours. Son utilité consiste à répondre de manière simple et pratique aux questions qui se posent fréquemment dans le cadre de l'activité en cabinet. Il fait référence à des textes de loi et à des arrêts de tribunaux édictés jusqu'à mi 2019.

Les textes sont à dessein rédigés de manière succincte, pour offrir une première approche des sujets concernés. Ce guide juridique se trouve sur le site Internet de la FMH. On peut le consulter d'après des mots-clés et il est régulièrement complété par de nouveaux commentaires et des informations d'actualité.

Nous remercions très cordialement les nombreux auteurs de leurs contributions ainsi que les membres du conseil scientifique de leur relecture attentive du manuscrit. Sans leur engagement, cette brochure n'aurait pas pu être réalisée.

Dr méd. Jürg Schlup
Président de la FMH

Prof. Daniel Scheidegger
Président de l'ASSM



Fondements du droit

1.1 La fonction du droit dans la vie quotidienne du médecin

L'une des fonctions les plus importantes du droit consiste à aménager la co-existence entre les hommes. Le droit permet de canaliser le comportement des hommes, leurs conceptions et leurs attentes de manière à éviter autant que possible les conflits.

Dans la vie quotidienne, le médecin doit prendre de nombreuses décisions qui reposent sur la mise en balance d'intérêts ou de buts partiellement antinomiques. Ainsi, l'information du patient sur les risques que comporte une opération, par exemple, donne lieu à un conflit d'objectifs. En effet, d'une part le patient a un intérêt à connaître en détail tous les risques connus. D'autre part, il ne doit pas être effrayé au point de décider de ne pas procéder à une intervention qui, fondamentalement, s'avère nécessaire.

Si dans certaines de ces situations, le médecin jouit d'une grande marge d'appréciation, il existe, dans d'autres cas, des normes juridiques qui définissent la décision à prendre ou du moins la guident de manière déterminante. Certaines décisions de grande importance ne peuvent et ne doivent pas être prises exclusivement par le seul personnel médical, ni par les seules personnes concernées.

À cela s'ajoute que le droit médical touche précisément à un domaine de la vie que la population perçoit avec une sensibilité accrue. En effet, les questions éthiques et de politique sociale qui sous-tendent ce domaine sont controversées (p.ex. l'avortement tardif, la médication forcée, l'édition de génome); de plus, des biens juridiques essentiels tels que la vie, la santé ou la liberté personnelle sont en jeu. La pratique nécessite dès lors des directives claires permettant aux médecins d'adapter leur propre comportement à la situation. Par ailleurs, un individu doit être délié ne serait-ce que partiellement de la responsabilité de devoir prendre seul de telles décisions. Il incombe donc à l'ordre juridique de régler de tels conflits d'objectifs et d'intérêts sur la base d'une appréciation préalable et d'une discussion politique.

La difficulté réside cependant dans le fait que les normes juridiques doivent tendre à un équilibre entre des normes abstraites et des décisions prises dans des cas individuels avec leurs particularités. Le législateur doit se borner à édicter des normes générales et compte sur le fait que les autorités et les citoyens les appliqueront de manière appropriée de cas en cas. Toutefois, celui qui a déjà été confronté

au droit connaît le flou qui entoure de nombreuses normes légales et sait à quel point il est difficile d'obtenir une prise de position claire et concluante d'un juriste sur une question juridique.

1.2 Hiérarchie des normes

Les dispositions légales sont structurées de manière hiérarchique et, la plupart du temps, plus leur niveau hiérarchique est bas, plus elles deviennent concrètes.

Constitution

En Suisse, le sommet de la hiérarchie est occupé par le droit constitutionnel, c'est-à-dire par la Constitution fédérale et, dans les cantons, par les différentes constitutions cantonales. Même s'il s'agit le plus souvent de dispositions relativement générales, elles constituent le fondement et le point de départ de l'ensemble de l'ordre juridique. En principe, les traités internationaux essentiels, notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH) et des libertés fondamentales et les accords bilatéraux avec l'UE, occupent eux aussi un rang égal à celui de la constitution.

Du point de vue du patient, les aspects importants en sont avant tout le droit à la vie et à la liberté personnelle, garantis dans le *catalogue des droits fondamentaux* de la Constitution fédérale et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que le droit à la sphère privée. Le droit à la vie protège, de manière intégrale, l'ensemble des fonctions physiques et psychiques. Le droit fondamental à la liberté personnelle implique celui de disposer de son propre corps et de ne pas avoir à tolérer d'atteintes physiques contre son gré. Ce droit garantit par ailleurs l'intégrité psychique et la liberté de mouvement, qui peut être touchée en cas d'internement dans une institution ou dans un établissement médico-social. Le droit à la sphère privée protège notamment les données des patients (p. ex. les données du dossier médical) contre un accès non autorisé.

Contrairement au droit à la vie, les droits à la liberté personnelle et à la sphère privée peuvent être restreints – la prise de sang sous contrainte ou la médication obligatoire en sont des exemples – pour autant qu'une telle restriction se fonde sur une base légale, qu'un intérêt public le justifie et que l'atteinte soit proportionnée.

La Constitution fédérale contient par ailleurs une série de *normes dites de compétence*. Le législateur fédéral se voit ainsi attribuer la compétence de créer une assurance-maladie et une assurance-accidents, de protéger la santé, de régler l'usage

des denrées alimentaires ou des médicaments, de lutter contre les maladies transmissibles ou d'édicter des lois en matière de recherche sur l'être humain, de procréation médicalement assistée ou de médecine de la transplantation. Tous ces domaines sont approfondis dans des lois fédérales spéciales.

Lois et ordonnances

Au niveau inférieur suivant, celui des lois, figure une série de lois spéciales. Pendant longtemps, seules des réglementations isolées étaient spécialement conçues pour l'activité médicale. Il s'agissait de domaines de la vie dont l'importance était considérée telle qu'il ne pouvait être renoncé à légiférer, concernant par exemple la question de l'avortement ou la réglementation du secret médical dans le code pénal. Les dispositions relatives aux assurances sociales sont réglées elles aussi depuis longtemps à ce niveau, étant précisé que c'est avant tout la Loi sur l'assurance-maladie (LAMal) qui revêt un intérêt dans le quotidien du médecin. Pour un aperçu de l'évolution au cours des dernières années, voir ci-dessous chap. 1.4.

Les dispositions légales sont concrétisées et détaillées par de nombreuses ordonnances fédérales et cantonales ayant un caractère impératif.

1.3 Les réglementations privées

Outre les dispositions légales impératives, la «soft law» revêt également une grande importance dans le domaine de la médecine. Cette notion recouvre les règles non étatiques. Si de telles règles ne lient pas le juge étatique, elles peuvent cependant exercer dans la pratique une forte influence sur la jurisprudence et la législation.

Normes professionnelles de la FMH

En droit médical, les normes professionnelles jouent un rôle majeur: en effet, en Suisse, la plupart des médecins font partie de la FMH, organisation professionnelle au plan national. Cette dernière a édicté en 1997 un Code de déontologie qui régit de nombreux principes de l'activité médicale¹, même si c'est le plus souvent en termes généraux (cf. chap. 2.4); le Code de déontologie de la FMH a abrogé les codes de déontologie des sociétés cantonales de médecine.

La FMH élabore également des recommandations, par exemple la recommandation de 2016 «Comment gérer les médias sociaux»². Contrairement au Code de déontologie, ces recommandations ne s'appliquent pas aux membres de manière impérative comme les dispositions statutaires. Elles aident le médecin dans le cadre de son activité.

1 www.fmh.ch → À propos de la FMH → Statuts et autres règlements → Code de déontologie.

2 www.fmh.ch → Prestations → eHealth → Recommandations sur l'utilisation des médias sociaux.

Directives médico-éthiques de l'ASSM

Les directives médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM)³ jouent, elles aussi, un rôle important. Suite à la première transplantation cardiaque furent publiées, en 1969 déjà, les «Directives pour la définition et le diagnostic de la mort», lesquelles sont rapidement devenues un instrument indispensable dans la pratique médicale et ont été unanimement reconnues. Face à un tel succès, l'Académie s'est vue encouragée à élaborer d'autres directives relatives à divers thèmes; ces directives couvrent à l'heure actuelle une grande partie des sujets relevant de la médecine et de la bioéthique. Elles visent à assister le médecin pratiquant dans le cadre de son activité quotidienne. L'idée est d'établir, sur la base de la situation juridique actuelle, des lignes standards aisément accessibles et, simultanément, d'exposer les problèmes et les procédés en vue de les soumettre à un débat public. En dépit du caractère notoire de ces directives et de leur influence considérable sur la pratique, le fait qu'elles soient édictées par l'ASSM ne leur confère pas le caractère de réglementation étatique déployant des effets impératifs formels. Elles ne peuvent dès lors être appliquées de manière contraignante et leur inobservation n'entraîne pas, contrairement au non-respect du droit étatique, de sanction prévue par l'État. Elles jouent néanmoins un rôle important dans l'interprétation du droit dans la mesure, par exemple, où le Tribunal fédéral s'y réfère souvent en matière d'état des connaissances des sciences médicales.

Toutefois, dans la mesure où la FMH reprend presque toutes les directives de l'ASSM dans son Code de déontologie, ces directives sont élevées au rang de normes professionnelles et acquièrent ainsi indirectement force obligatoire pour la majorité des médecins. Par ailleurs, le législateur a rendu certaines de ces directives contraignantes au niveau fédéral ou cantonal.

Directives cliniques

Appartiennent également à la réglementation privée les directives et les lignes directrices spécifiques à certaines spécialités, comme les directives cliniques formulées pour certaines indications ou procédures. Elles tendent en effet à décrire l'état actuel de la science et visent à aider le médecin à proposer la meilleure thérapie possible au patient. Il est possible de recourir à de telles directives lorsqu'il s'agit d'apprécier juridiquement un cas et de donner une définition du traitement médical usuel en se référant aux standards de la science applicable à un moment donné.

3 www.assm.ch → Publications → Directives.

Les sociétés de discipline médicale édictent elles aussi des recommandations qui complètent, dans les faits, le Code de déontologie de la FMH, par exemple les directives de Gynécologie Suisse concernant l'inconduite à caractère sexuel⁴.

1.4 La législation sur la santé du XIX^e siècle à nos jours

À la fin du XIX^e siècle a été édictée une première série de lois régissant le domaine de la santé. Depuis les années nonante, les questions liées à la santé sont très présentes en politique et dans les médias, ce qui a provoqué une vague législative, qui perdure encore aujourd'hui.

Dans un premier temps, pendant la seconde moitié du XIX^e siècle, le législateur a édicté les lois sur l'exercice des professions médicales (1877), sur les épidémies (1886) et sur les denrées alimentaires (1905). Après l'introduction de la Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (LAMA)⁵ et de la Loi sur la tuberculose (1928), le législateur a semblé, pendant longtemps, se tenir délibérément à distance des thèmes du droit médical. C'est pourquoi, même en l'absence de légitimation étatique, les directives de l'ASSM ont constitué pendant longtemps l'unique référence des médecins.

Depuis les années 1990, le législateur tient un rôle toujours plus actif dans le domaine de la santé. Pour l'heure, la vague législative ne semble pas près de prendre fin. Parmi les principales lois relatives à la santé, nous pouvons notamment citer les suivantes:

- la Loi sur les produits thérapeutiques (LPTh), en vigueur depuis 2002 et révisée en 2016 ainsi qu'en 2019, en lien avec l'amélioration de la sécurité des dispositifs médicaux⁶;
- la Loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA), en vigueur depuis 2001 et révisée en 2014;
- la Loi relative à la recherche sur les cellules souches (LRCS), en vigueur depuis 2005;
- la Loi sur la stérilisation, en vigueur depuis 2005;
- la Loi sur la transplantation, en vigueur depuis 2007 et révisée en 2015;
- la Loi sur l'analyse génétique humaine (LAGH), en vigueur depuis 2007 et révisée en 2018;
- la Loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH), en vigueur depuis 2014; cette loi concrétise le nouvel article constitutionnel sur la recherche sur l'être humain accepté par le peuple et les Chambres en 2010;

4 www.sggg.ch → FR → Informations d'experts → Guidelines → Directives et aide-mémoire concernant l'inconduite à caractère sexuel (2011).

5 La LAMA est entrée en vigueur en deux temps: l'assurance-maladie (AM) le 1.1.1914 et l'assurance-accidents (AA) le 1.1.1918.

6 www.admin.ch → FR → Droit fédéral → Feuille fédérale → FF 2019 2555.

- la Loi sur les épidémies (LEp) de 1970 a été révisée en 2012 et est en vigueur, dans sa nouvelle teneur, depuis 2016;
- la Loi sur les professions médicales (LPMéd), en vigueur depuis 2007 et révisée à plusieurs reprises, qui a notamment étendu le Registre des professions médicales⁷ aux médecins salariés;
- la Loi sur les professions de la santé de 2016 (LPSan) qui, avec son entrée en vigueur en 2020, soumettra les médecins exerçant sous leur propre responsabilité dans un hôpital public à l’obligation d’obtenir une autorisation de pratiquer au sens de la LPMéd (cf. chap. 2.3);
- la Loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP), entrée en vigueur en 2017; elle prévoit un dossier du patient électronique virtuel et décentralisé en tant que documentation secondaire;
- la Loi sur l’enregistrement des maladies oncologiques (LEMO) de 2016 entrera pleinement en vigueur en 2020; elle contient des règles applicables aux registres cliniques et ne concerne pas uniquement les maladies oncologiques;
- la Loi sur la radioprotection (LRaP) de 1991, dont la révision des ordonnances, en 2018, a notamment introduit des audits cliniques dans les hôpitaux et les instituts de radiologie.

On peut encore mentionner les révisions partielles de la Constitution fédérale, en 2009 et 2014, qui ont également renforcé la médecine complémentaire et la médecine de premier recours.

Dans le domaine de la Loi sur l’assurance-maladie (LAMal), c’est avant tout l’introduction du nouveau financement hospitalier (en vigueur depuis 2012) qui revêt une importance pour la pratique médicale, avec l’introduction des Diagnosis Related Groups (DRG) mettant hôpitaux publics et cliniques privées sur un pied d’égalité en matière financière et transformant, d’un point de vue économique, le canton d’un gestionnaire d’hôpital en un acheteur. Après le rejet du projet de Managed Care en juin 2012, le moratoire sur l’installation des médecins en cabinets privés de 2002 a été prolongé à plusieurs reprises (cf. chap. 2.3)⁸. On peut également mentionner la révision «LAMal. Renforcement de la qualité et de l’économicité»⁹ adoptée par le Parlement le 2 juillet 2019 ainsi que le message du Conseil fédéral relatif au projet de révision «LAMal: Mesures visant à freiner la hausse des coûts – 1^{er} volet»¹⁰, transmis au Parlement le 21 août 2019.

7 www.medregom.admin.ch

8 www.parlement.ch → FR → objet du Conseil fédéral n° 18.047, «LAMal. Admission des fournisseurs de prestations».

9 www.admin.ch → FR → Droit fédéral → Feuille fédérale → FF 2019 4493.

10 www.ofsp.admin.ch → Assurances → Assurance-maladie → Projets de révision en cours → 1^{er} volet de mesures visant à maîtriser les coûts.

De nombreuses autres dispositions légales ayant un champ d'application général sont en outre déterminantes pour la pratique médicale. Il s'agit avant tout:

- de la Loi suisse sur la protection des données (LPD)¹¹, dont la révision entraînée par le nouveau Règlement général de l'UE sur la protection des données (RGPD)¹² revêt une importance pour les cabinets médicaux et les cliniques privées. La révision des lois cantonales sur la protection des données introduira des nouveautés pour les hôpitaux publics;
- des dispositions du droit de la protection de l'adulte dans le Code Civil (CC; précédemment: droit de la tutelle) entré en vigueur en 2013, notamment des nouvelles réglementations concernant les directives anticipées, la représentation dans le domaine médical et le placement à des fins d'assistance (cf. chap. 3.5);
- des dispositions du droit des obligations sur le mandat, applicables au contrat de soins médicaux;
- les règles générales du Code des obligations (CO) relatives au droit de la responsabilité civile et déterminant les conditions ainsi que l'étendue des droits à des dommages-intérêts à l'encontre des professionnels de la santé.

Le législateur a toutefois laissé certains sujets de côté jusqu'à présent. Ainsi, dans le domaine de l'euthanasie, le Conseil fédéral a décidé, malgré plusieurs interventions parlementaires, de renoncer à une réglementation expresse, notamment à une réglementation pénale de l'aide au suicide organisé. De même, le droit fédéral ne prévoit, à ce jour, pas non plus de cadre juridiquement protégé pour les programmes d'assurance qualité, en particulier les Critical Incident Reporting Systems (CIRS). Le rapport établi en 1999 par les National Institutes of Health (NIH) aux États-Unis¹³ démontre déjà la nécessité d'une telle réglementation. En Suisse, cette nécessité est soulignée depuis 2001¹⁴. Un arrêt rendu par le Tribunal fédéral en 2016¹⁵ précise encore la nécessité de légiférer en la matière¹⁶.

En dépit du grand nombre de nouvelles lois, les directives de l'ASSM¹⁷ et le Code de déontologie de la FMH¹⁸ demeurent importants pour le droit médical, et ce, avant tout dans les domaines où le législateur n'a pas encore réussi à imposer sa propre solution ou dans lesquels une telle solution n'est formulée qu'en termes très généraux.

11 www.parlement.ch → FR → objet du conseil fédéral n° 17.059 «Loi sur la protection des données. Révision totale et modification d'autres lois fédérales».

12 www.edoeb.admin.ch → FR → Documentation → Bases légales internationales → Le règlement général sur la protection des données de l'Union Européenne.

13 www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25077248

14 Voir notamment Kuhn HP, «Congress should pass legislation to extend protections...», BMS 2001, p. 1394 ss.

15 Arrêt du Tribunal fédéral du 8 décembre 2016 (1B_289/2016).

16 Voir également l'expertise d'O. Guillod et R. Christinat de mai 2018 à l'intention de la fondation Sécurité des patients. www.securitedespacients.ch → CIRNET → Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral TF 1B_289/2016.

17 www.assm.ch → Publications → Directives.

18 www.fmh.ch → FR → Prestations → Droit → Statuts et autres règlements → Code de déontologie.

IMP-CAES FRANCISCVS-IVS FELIX AVG
VICTORINVS BVRGIVM ET NAVALIVM FRVITVRIVM
BONO-PEPIVNAIVS-CVSTOS LIBERTATIS
AVTIFICIVM TAVS-CONCORDIAT-VNDIX
MCCVLI-RES-ITV-LOS
HUMANASALVTA-EPICLITAN-AN-TSIA-ARTICVLA
POPVLIS-DIVERSIS-UNITIS-CON-SVPT-SEALIT-ITIS
AD-OMNIVS-COMV-FIDELIVM-ET-DISCRIBEND-AT
AFFRVS-DIFFICVTS-ILLO-AN-PLVS-OMNIVS-AN-
FORNIA-ET-CONVIVENSIS-VALE-AD-ANNO-1855
M-CLXXXI-DECEMBER-18-ANNO-MIN-CA-CAVTE
CROATIA-ANNO-1878-QUON-CHERESIA-DE-STE
DOMINI-ANNO-1887-DE-STE-18-AT-PELLE-1891-1892
F-RAT-1893-ET-1894-ANNO-1894-1895-1896
IN-EPHETV-1897-1898-1899-1900-1901-1902
ANNO-1903-1904-1905-1906-1907-1908-1909
1910-1911-1912-1913-1914-1915-1916-1917-1918-1919-1920

POUR

LUKAS
LUKAS
FAZ
TURF
SPLOK
KYLE
BRO
ZARTY
FRESH
HELM
MCS



Conditions générales de l'activité médicale

2.1 Formation prégraduée, postgraduée et continue

La Loi sur les professions médicales (LPMéd) forme la base légale de la formation prégraduée, postgraduée et continue des médecins.¹⁹ Elle régit aussi l'exercice de la profession de médecin en Suisse et la tenue du registre des professions médicales (MedReg).

Formation pré- et postgraduée

Celui ou celle qui souhaite étudier la médecine en Suisse peut accomplir ses études de bachelor ou de master, telles que prévues par le système de Bologne, en 6 ans dans l'une des six facultés de médecine de Bâle, Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Zurich; l'EPFZ et Neuchâtel proposent un bachelor; Lucerne, Saint-Gall et Lugano (USI) un master. Plusieurs facultés font passer un test d'aptitude préalable aux candidats (numerus clausus). Quiconque termine son Master of Medicine (MMed) et réussit son examen fédéral obtient le diplôme fédéral de médecin. Ce diplôme autorise à exercer uniquement de manière non indépendante sous supervision.

Après l'obtention du diplôme fédéral de médecin commence la phase de formation postgraduée, qui est sanctionnée par un titre fédéral de formation postgrade. L'obtention de ce titre est la condition à remplir pour pouvoir exercer une activité économique privée sous sa propre responsabilité professionnelle, p. ex. en ouvrant un cabinet médical (cf. chap. 9.2).

L'Institut suisse pour la formation médicale postgraduée et continue (ISFM), organe indépendant de la FMH depuis 2009, règle et organise la formation postgraduée des médecins sur mandat de la Confédération, en s'appuyant sur la Réglementation pour la formation postgraduée (RFP) et sur 46 programmes de formation postgraduée accrédités par le Département fédéral de l'intérieur²⁰.

19 Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales; LPMéd).

20 L'aide-mémoire figurant sur le site Internet de l'Institut suisse pour la formation médicale post-graduée et continue (ISFM) propose un aperçu rapide de toutes les questions importantes relatives à la formation, la formation postgraduée et la formation continue; www.sivf.ch → FR → Thèmes → Relations internationales → Aide-mémoire pour les médecins en Suisse.

Chaque programme fixe de manière détaillée la durée de la formation et les exigences à remplir pour un titre de spécialiste déterminé. Ainsi, les branches opératoires requièrent par exemple la réalisation d'un certain nombre d'opérations. La plupart des programmes exigent la participation à des sessions de formation postgraduée et continue théoriques, parfois aussi l'attestation d'une publication scientifique.

Au début de la formation postgraduée, les formateurs et les personnes en formation fixent ensemble les objectifs à atteindre dans un contrat de formation postgraduée. Ils examinent régulièrement l'état de ces objectifs au cours d'entretiens, et plus particulièrement lors d'un entretien d'évaluation à la fin de la formation. La formation postgraduée suivie et les progrès réalisés sont régulièrement consignés dans un logbook distinct pour chaque domaine de spécialisation.²¹ La formation postgraduée de spécialiste s'effectue essentiellement dans des hôpitaux et cliniques reconnus par l'ISFM et intégrés dans un système de certification²².

La voie menant à un titre de médecin de premier recours (médecine interne générale, pédiatrie, médecin praticien) est caractérisée par un besoin aigu de formation proche de la pratique. Des efforts sont en cours de la part des milieux professionnels intéressés, de la Conférence des directeurs cantonaux de la santé (CDS) et de la Confédération pour promouvoir, et en particulier soutenir financièrement, l'assistantat dans le domaine de la médecine de premier recours.

Outre les titres de spécialiste fédéraux précités, l'ISFM délivre des attestations de formation complémentaire et de formation approfondie interdisciplinaire (régies par le droit privé) certifiant une spécialisation dans un domaine précis. Ces titres jouent un rôle important en matière de garantie de la qualité et partiellement aussi pour la facturation de prestations à la charge de l'assurance sociale.

Accords bilatéraux Suisse-UE

Les titres de spécialistes mentionnés dans la Directive UE 2005/26 bénéficient d'une reconnaissance mutuelle dans les pays concernés et doivent respecter les standards minimaux de la directive. Avec l'accord sur la libre circulation des personnes, il existe depuis 2002 entre la Suisse et l'UE un accord sur la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles. À son annexe III, cet accord renvoie à la directive UE applicable à la Suisse et énumère les titres fédéraux de spécialistes en fonction des domaines spécialisés prévus par cette directive. Conformément à l'accord, l'Office fédéral de la santé publique, respectivement la Commission fédérale des professions médicales (MEBEKO), doit automatiquement reconnaître les diplômes et les titres de spécialistes énumérés par la directive, sans examiner le curriculum de formation postgraduée effectivement réa-

21 www.siwf.ch → FR → Formation postgraduée → Logbook électronique.

22 Registre des établissements de formation postgraduée certifiés; www.siwf-register.ch

lisé. Les diplômes et les titres fédéraux bénéficient du même traitement dans les pays de l'UE. Faute d'un accord en la matière, les qualifications professionnelles acquises en dehors de l'UE ne sont en principe pas reconnues directement, et ne peuvent être reconnues qu'indirectement par le biais d'un État membre de l'UE, à des conditions clairement définies.²³

Les médecins étrangers qui souhaitent obtenir en Suisse un titre de spécialiste fédéral doivent dans tous les cas pouvoir se prévaloir auprès de la MEBEKO d'un diplôme de médecin formellement reconnu ou, le cas échéant, passer avec succès l'examen fédéral.

Formation continue

La LPMéd exige de toute personne possédant un titre de formation postgradué qu'elle suive une formation continue aussi longtemps qu'elle exerce son activité médicale professionnelle. La direction cantonale de la santé est l'autorité de surveillance chargée de contrôler la formation continue. Le non-respect d'une telle obligation professionnelle peut entraîner un blâme ou une amende.

Dans le cadre de TARMED, les médecins doivent par ailleurs aussi justifier de la formation continue concernant les positions de droits acquis pour que les prestations qu'ils sont tenus de fournir soient prises en charge par les assureurs-maladie.

De concert avec les 45 sociétés de discipline médicale, l'ISFM propose, à titre de prestation de service, un diplôme de formation continue reconnu par les autorités sanitaires et les assureurs-maladie. Ce diplôme peut être aisément imprimé depuis la plate-forme électronique de formation continue de l'ISFM. Un tel procédé présente en outre l'avantage de faire apparaître directement le diplôme sur la liste de médecins de la FMH²⁴, et de maintenir simultanément la validité de toutes les positions de droits acquis qui continuent ainsi d'être prises en compte.

La Réglementation pour la formation continue (RFC) de l'ISFM prévoit une formation continue de 80 heures en moyenne par année. Chaque programme de formation continue est élaboré et mis en œuvre par la société de discipline médicale compétente.²⁵

La directive «Collaboration corps médical – industrie», édictée par l'ASSM et ancrée dans la RFP, exige que le médecin contribue à ses frais lorsqu'il assiste à un congrès. Pour les manifestations de formation continue, plusieurs sponsors devraient être sollicités car un sponsor unique accroît le risque de dépendance. La directive fixe également les critères de reconnaissance des formations continues

23 www.ofsp.admin.ch → Professions de la santé
→ Diplômes étrangers des professions de la santé.

24 www.doctorfmh.ch

25 Les informations relatives à la formation continue et à l'accès à la plateforme de formation continue sont disponibles sur le site Internet www.siwf.ch → FR → Formation continue.

par les sociétés de discipline médicale: les milieux médicaux spécialisés (co)déterminent la teneur et le déroulement de la manifestation. La collaboration avec les partenaires industriels doit faire l'objet d'un contrat écrit.

La FMH a repris cette directive de l'ASSM dans son Code de déontologie tandis que l'ISFM reprenait les points essentiels dans sa Réglementation pour la formation continue (RFC). Cette directive s'applique dès lors de manière impérative aux membres de la FMH. Lors de la révision de la LPTH en 2016, le Conseil fédéral s'est en outre vu conférer la compétence d'édicter des ordonnances visant à délimiter le sponsoring industriel dans le cadre des manifestations de formation continue médicale (voir chap. 3.9).

2.2 Le registre des professions médicales

La révision de la LPMéd impose à tous les membres des professions médicales (médecins, pharmaciens, chiropraticiens, dentistes, vétérinaires) de s'inscrire d'ici la fin 2019 au registre des professions médicales (MedReg)²⁶. Les titulaires d'un diplôme suisse de médecin ou d'un diplôme de médecin formellement reconnu y sont automatiquement inscrits. Celui ou celle qui est titulaire d'un diplôme de médecin délivré par un État non membre de l'UE doit demander son inscription à la MEBEKO. Celle-ci vérifie s'il s'agit bien d'un diplôme de médecin et si les conditions minimales prévues par la directive de l'UE (6 ans ou 5500 heures d'études) sont remplies. Les compétences linguistiques doivent aussi être démontrées.²⁷

2.3 Autorisation d'exercer et admission à pratiquer à la charge des caisses

La Loi sur les professions médicales révisée (LPMéd) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Cette révision concrétise deux aspirations essentielles à la protection des patients en Suisse. Depuis son entrée en vigueur, les médecins ne peuvent exercer leur activité en Suisse que s'ils ont fait vérifier leur diplôme et se sont inscrits au registre officiel des professions médicales (MedReg). En outre, tous les médecins pratiquants doivent disposer des connaissances linguistiques nécessaires à l'exercice de leur profession^{28, 29}. Ils peuvent prouver ces connaissances grâce aux moyens suivants:

26 www.medregom.admin.ch

27 www.ofsp.admin.ch → Professions de la santé → Professions médicales → Révision de la Loi sur les professions médicales (LPMéd).

28 Art. 33a al. 1 let. a et b LPMéd en lien avec les art. 11a ss de l'Ordonnance sur les professions médicales (OPMéd).

29 Les personnes ayant exercé leur activité en Suisse avant le 1^{er} janvier 2018 sans devoir être inscrites au registre, doivent s'y faire inscrire jusqu'au 31 décembre 2019 (art. 67a, al. 2 LPMéd).

- a. un diplôme de langue reconnu au niveau international, qui ne doit pas dater de plus de 6 ans;
- b. un diplôme universitaire ou un titre postgrade de la profession médicale universitaire obtenu dans la langue correspondante; ou
- c. une expérience professionnelle de 3 ans au cours des 10 dernières années dans la langue correspondante et dans la profession médicale universitaire en question.³⁰

Le Conseil fédéral n'a pas accepté que les connaissances linguistiques puissent être établies par le certificat de maturité suisse, ce qui malheureusement devrait aboutir³¹ et a déjà abouti³² à des cas absurdes dans la pratique.

Aucune action n'est en revanche nécessaire pour les titulaires d'un diplôme de médecin suisse, d'un diplôme ou d'un titre postgrade de l'UE formellement reconnus par la MEBEKO, car leurs diplômes et leurs connaissances linguistiques sont automatiquement inscrits au MedReg.³³ Le canton compétent peut prendre des mesures disciplinaires à l'encontre des médecins qui exercent leur profession sans être inscrits au MedReg. Lors de l'engagement, les employeurs sont tenus de vérifier que la personne qu'ils embauchent est inscrite au MedReg. Qui-conque emploie un médecin non inscrit au MedReg est passible d'une amende³⁴.

La révision de la LPMéd a en outre élargi l'obligation d'obtenir une autorisation de pratiquer pour «une activité indépendante» à «l'exercice à titre d'activité économique privée sous propre responsabilité». Depuis le 1^{er} janvier 2018, tous les médecins qui veulent exercer leur profession sous forme d'une activité économique privée, sous leur propre responsabilité, en qualité d'indépendant ou de salarié, doivent obtenir une autorisation de pratiquer délivrée par le canton où ils exercent.³⁵ L'entrée en vigueur de la Loi sur les professions de la santé (LPSan)³⁶ modifiera en outre la LPMéd en ce sens que les médecins qui exercent leur profession sous leur propre responsabilité au service d'instituts publics cantonaux ou communaux devront aussi obtenir une autorisation de pratiquer.

30 Art. 11c al. 2 OPMéd.

31 Ainsi, un médecin ayant grandi dans le canton du Tessin et obtenu son diplôme de médecin à Zurich, n'a été autorisé à exercer dans le canton du Tessin qu'après avoir prouvé qu'il parlait l'italien.

32 Ainsi, par exemple, le canton du Tessin a refusé qu'un médecin zurichois titulaire d'un diplôme fédéral de médecin soit engagé par un hôpital tessinois au motif qu'il ne disposait pas des connaissances linguistiques nécessaires, bien qu'il parle couramment l'italien, étant marié à une Tessinoise.

33 Les conditions de l'inscription au registre d'un diplôme de médecin non reconnu sont réglées à l'art. 33a al. 2 LPMéd et à l'art. 11d let. a OPMéd.

34 Art. 43 LPMéd.

35 Art. 34 al. 1 LPMéd. Les médecins qui exerçaient leur profession avant le 1^{er} janvier 2018 sous la forme d'une activité économique privée et sous leur propre responsabilité, qui n'étaient pas indépendants sous l'ancien droit et n'avaient pas besoin d'une autorisation de pratiquer selon le droit cantonal, peuvent continuer d'exercer leur profession sans autorisation pendant 5 ans au plus à compter de l'entrée en vigueur de cette modification (art. 64a al. 1 LPMéd).

36 La LPSan a été adoptée par le Parlement le 30 septembre 2016 (FF 2016 7383) et entre en vigueur le 1^{er} janvier 2020.

La LPMéd soumet l'autorisation de pratiquer sous la forme d'une activité économique privée sous propre responsabilité aux conditions cumulatives suivantes³⁷:

- le requérant est titulaire d'un diplôme fédéral de médecin ou d'un diplôme de médecin étranger reconnu;
- il est titulaire d'un titre postgrade fédéral ou d'un titre postgrade étranger reconnu;
- il est digne de confiance et présente, tant physiquement que psychologiquement, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession;
- il dispose des connaissances nécessaires³⁸ dans une langue officielle du canton pour lequel l'autorisation est demandée.

Toute personne réalisant ces conditions pour tout le territoire suisse est habilitée à demander une autorisation cantonale d'exercer. Les cantons qui surveillent l'activité des médecins n'ont pas le droit d'exiger d'autres qualifications professionnelles (cf. chap. 9.2).

Il convient de distinguer le droit d'exercer du droit de traiter les patients à la charge de l'assurance obligatoire des soins. Ce dernier et ses conditions sont régis par la Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal). À la fin 2011, et après près de dix ans, a pris fin le gel des admissions à pratiquer à charge de l'assurance-maladie, initialement envisagé comme provisoire. Après un peu plus d'un an, dès le 1^{er} avril 2013, un gel des admissions provisoire a été réintroduit. Il s'applique en principe à tous les médecins titulaires d'un diplôme fédéral ou d'un titre postgrade étranger reconnu.³⁹ Depuis sa réintroduction, le gel des admissions a été reconduit à plusieurs reprises, la dernière fois jusqu'à fin juin 2021. Cette prolongation devrait permettre au Parlement d'élaborer une solution définitive. Tant que le gel des admissions est en vigueur, il faut, sauf exception⁴⁰ et outre l'autorisation de pratiquer cantonale, une admission cantonale de pratiquer à la charge de la LAMal pour pouvoir traiter des patients remboursés par les caisses-maladie (cf. chap. 9.2).

37 Art. 36 LPMéd en lien avec les art. 15 et 21 LPMéd.

38 Le niveau minimal requis est le niveau B2 défini dans le cadre européen commun de référence pour les langues. Source: www.ofsp.admin.ch → Professions de la santé → Professions médicales → Révision de la Loi sur les professions médicales (LPMéd) → Foire aux questions (FAQ) concernant la révision de la LPMéd.

39 Ne sont pas concernés par le gel des admissions les médecins ayant exercé pendant au moins 3 ans dans un établissement suisse reconnu de formation postgrade (art. 55a al. 2 LAMal), ou ceux qui ont été admis à facturer à charge de l'AOS avant l'entrée en vigueur de la clause du besoin ou de ses prolongations (voir les dispositions transitoires des diverses modifications de la LAMAL). De plus, certains cantons n'appliquent pas le gel des admissions.

40 Idem.

2.4 Devoirs professionnels

Les devoirs professionnels du médecin sont fixés tant dans la Loi sur les professions médicales que dans le Code de déontologie de la FMH. En font partie notamment le devoir de prêter assistance et celui de collaborer à un service d'urgence organisé.

La LPMéd règle à son art. 40 quelques-uns des principaux devoirs professionnels des médecins exerçant leur activité sous leur propre responsabilité: elle stipule qu'ils doivent exercer leur activité avec soin et conscience professionnelle dans les limites des compétences acquises, continuer à se former leur vie durant, garantir les droits des patients, ne faire qu'une publicité objective et correspondant à l'intérêt public, collaborer avec les représentants d'autres professions de la santé sans en retirer des avantages financiers, observer le secret médical, prêter secours et collaborer à un service de garde et d'urgence selon les prescriptions cantonales en la matière. Les médecins doivent également être couverts par une assurance responsabilité civile professionnelle adaptée à leur activité. L'autorité de surveillance, en général la direction cantonale de la santé, vérifie que ces devoirs professionnels sont respectés. Elle peut déléguer certaines activités de surveillance aux associations professionnelles cantonales.⁴¹

- Le Code de déontologie de la FMH s'applique à tous les membres de la FMH, indépendamment de leur position professionnelle.⁴² Il explicite les principaux devoirs figurant dans la LPMéd ainsi que d'autres règles importantes d'éthique professionnelle. Celles-ci concernent par exemple le libre choix du médecin, l'acceptation ou le refus d'un mandat thérapeutique, la gestion de procédures thérapeutiques contestées, la transparence des expertises, le devoir d'informer le patient, la publicité et les relations avec les médias, la prise en charge de sportifs, l'activité des médecins scolaires, des médecins-conseils, des médecins du travail, l'attitude envers les confrères et les autres professions médicales, l'encouragement des jeunes confrères ou la gestion des dossiers de patients, etc. Dans la mesure où les directives médico-éthiques de l'ASSM ont été intégrées dans le Code de déontologie, elles sont devenues partie intégrante de la déontologie médicale.⁴³

Les violations du Code de déontologie de la FMH font l'objet, sur dénonciation, de sanctions prononcées en première instance par la commission de déontologie de la société cantonale de médecine respective, de l'Association suisse des médecins assistant(e)s et chef(fe)s de clinique (ASMAC) ou de l'Association des Médecins Dirigeants d'Hôpitaux de Suisse (AMDHS).⁴⁴ Il est possible de recourir contre les sanctions prononcées auprès de la Commission de déontologie de la

41 Art. 41 al. 2 LPMéd.

42 www.fmh.ch → FR → À propos de la FMH → Statuts et autres règlements.

43 www.fmh.ch → FR → À propos de la FMH → Statuts et autres règlements.

44 Art. 43 al. 2 du Code de déontologie de la FMH.

FMH. Celle-ci statue de manière définitive.⁴⁵ Le juge tient également compte des dispositions du Code de déontologie de la FMH pour interpréter les devoirs professionnels selon la LPMéd, dans la mesure où elles lui paraissent appropriées.⁴⁶

Devoir de prêter assistance

Toute personne qui n'a pas prêté secours à une personne qu'elle a blessée ou qui est en danger de mort imminent, alors que l'on pouvait raisonnablement l'exiger d'elle, se rend punissable.⁴⁷ Le degré de ce qu'on peut exiger du sauveteur dépend notamment de ses connaissances et capacités en la matière, mais aussi de savoir si l'on peut raisonnablement exiger de lui qu'il intervienne, ce qui est p.ex. le cas si le sauveteur ne se met pas lui-même en danger. Ce devoir général de prêter assistance ne dépend pas de la question de savoir si la personne qui assiste dispose ou non de connaissances médicales, ni de savoir si elle est «en service» ou titulaire d'une autorisation de pratiquer, quand bien même il s'agirait d'un médecin. Les premiers secours doivent bien entendu être eux aussi prodigués soigneusement. Le degré de diligence s'apprécie toujours en fonction des circonstances concrètes, notamment des moyens à disposition, et précisément aussi de ce que l'on peut exiger du sauveteur. C'est pourquoi une responsabilité civile ou pénale n'est admise que dans des cas exceptionnels. En Suisse, aucun cas de ce genre n'est connu à ce jour. Les éventuels dommages causés par l'assistance apportée relèveraient, comme pour toute autre personne, de l'assurance responsabilité civile privée si cette assistance a été apportée en dehors de l'activité professionnelle du médecin.

Depuis l'introduction de cette disposition en 1990, les cas judiciaires portant sur une omission de prêter secours ont été très peu nombreux. En 1995, le Tribunal fédéral a estimé qu'un danger de mort imminent est donné p.ex. lorsqu'une personne risque de mourir quelques heures après avoir consommé une surdose d'héroïne. Selon lui, l'obligation de prêter secours incombe à quiconque se trouve dans l'appartement de la personne en danger, étant précisé que, dans les circonstances en question, il aurait suffi de demander une assistance médicale par téléphone.⁴⁸

45 www.fmh.ch → FR → À propos de la FMH → Statuts et autres règlements.

46 Le 15 mai 2007, le Tribunal administratif du canton de Vaud a ainsi prononcé l'acquittement d'un médecin qui avait remis de l'EPO à un patient, au motif que le Code de déontologie de la FMH ne contenait aucune disposition explicite contre le dopage avant 2001.

47 Art. 128 CP.

48 ATF 121 IV 18.

Service des urgences

Les médecins indépendants sont tenus de collaborer au service des urgences organisé. La LPMéd et les lois cantonales sur la santé publique les y obligent.⁴⁹ Les cantons délèguent en général l'organisation d'un service des urgences aux sociétés cantonales de médecine concernées.⁵⁰ Celles-ci peuvent exempter certains médecins du devoir de collaborer. Selon la configuration de la législation cantonale, le service des urgences est soit un service privé du corps médical, soit un service public dont l'organisation est régie par le droit public. Dans le second cas, les critères relatifs à la taxe de compensation doivent être fixés dans une loi formelle.⁵¹ Dans le canton de Zurich, par exemple, les communes, le canton et la société des médecins ont élaboré ensemble un nouveau concept de service des urgences. Le canton a chargé la société des médecins de gérer un poste de triage pour le service des urgences dans le cadre d'un mandat de prestations. Ce poste est financé par le canton et les communes, reçoit tous les appels de la population 24h/24 par le biais d'un seul numéro de téléphone et réfère ensuite les patients aux médecins, dentistes et pharmaciens de garde. Selon le tarif en vigueur, les interventions effectuées – consultation d'urgence, visite d'urgence – sont remboursées par l'assurance sociale. Contrairement au service des urgences médicales, le service de sauvetage, par exemple par ambulance ou par hélicoptère, est organisé par les cantons eux-mêmes ou délégué à des tiers (Rega, etc.).⁵²

Sauvetage

Le Forum du sauvetage de la FMH a défini les objectifs et les critères du service médical d'urgence en 2001 et publié des «Lignes directrices pour le domaine du sauvetage en Suisse» en 2010.⁵³ Certes, ces règles ne constituent pas des normes professionnelles contraignantes, car elles n'ont pas été adoptées par la Chambre médicale. Mais elles peuvent, en tant que directives émises par des experts, jouer un rôle en cas de litiges éventuels en matière de responsabilité civile.

49 Art. 40 let. g LPMéd.

50 Art. 43 Gesundheitsgesetz du canton des Grisons.

51 Arrêt du Tribunal fédéral du 25 octobre 2011 (2C_807/201 2011), § 17 s. de la Gesundheitsgesetz du canton de Zurich: la taxe de compensation est affectée à des fins précises et utilisée notamment pour couvrir les prestations dans le cadre du service des urgences pour le cas où les tarifs ne seraient pas suffisants, et pour les factures impayées; art. 44 de la Gesundheitsgesetz du canton des Grisons; art. 30b de la Loi sur la santé publique du canton de Berne.

52 P.ex. art. 82 ss LSH Berne.

53 www.fmh.ch → FR → À propos de la FMH → Organisation → Forum du sauvetage.

2.5 Publicité, mention de titres et protection des marques

Afin de se positionner sur le marché de la santé, de nombreux médecins souhaiteraient se faire connaître par le biais de la publicité, notamment en créant leur propre site Internet. La LPMéd et le Code de déontologie autorisent l'information et la publicité, sous réserve, en ce qui concerne la seconde, qu'elle soit objective, corresponde aux besoins du public et ne soit ni trompeuse, ni excessive.⁵⁴ La mise en œuvre de la LPMéd incombe aux directions cantonales de la santé publique. En outre, pour les membres de la FMH, les «Directives pour l'information et la publicité» contiennent quelques principes professionnels applicables à la publicité dans le domaine médical.⁵⁵ Leur application et leur concrétisation relèvent de la compétence des sociétés cantonales de médecine, qui définissent notamment quand, à quelle fréquence et dans quels médias des annonces peuvent être insérées, de même que la taille de celles-ci.

Par ailleurs, la mention de titres académiques, de titres postgrades et de qualifications professionnelles est régie de manière détaillée. Les réglementations applicables à la mention de tels titres se trouvent dans les lois fédérales et cantonales, les lois sur les universités, les traités internationaux, le Code de déontologie et les «Directives pour l'information et la publicité» de la FMH. Le principe applicable est que seuls peuvent être mentionnés les titres et les dénominations dont le médecin concerné est réellement titulaire.⁵⁶ La mention illicite de titres peut entraîner des sanctions délicates.⁵⁷ Pour qu'un titre postgrade ou un diplôme de médecin acquis à l'étranger puissent être mentionnés en Suisse, une reconnaissance formelle par la Commission des professions médicales (MEBEKO) est en principe nécessaire.⁵⁸ Compte tenu du fait qu'à l'heure actuelle il n'existe qu'un traité international avec l'UE et ses États membres sur la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles (diplôme de médecin et titre de spécialiste), les diplômes et les titres obtenus en dehors de l'UE ne peuvent pas être directement reconnus en Suisse. La FMH et l'ISFM ont élaboré un bulletin d'information complet à ce sujet, avec recommandations et exemples – en particulier par rapport aux titres et aux diplômes obtenus à l'étranger.⁵⁹ Nous renvoyons le lecteur à ce bulletin.

54 Art. 40 let. d LPMéd, art. 20, al. 1 et 2 du Code de déontologie.

55 Annexe 2 du Code de déontologie de la FMH – le médecin n'est par exemple pas autorisé à faire de la publicité grâce au témoignage de patients reconnaissants.

56 Art. 58 let. a et b LPMéd.

57 Art. 58 LPMéd, art. 3 let. c LCD, voir art. 146 et 151 CP.

58 Art. 15 et 21 LPMéd.

59 Recommandations de la FMH et de l'ISFM sur la mention de titres, consultable sur la page d'accueil de la FMH sous le lien www.fmh.ch → FR → ISFM → Thèmes → Mention des titres.

Afin de mettre en évidence les services qu'ils proposent et de les différencier de ceux de leurs concurrents, les médecins peuvent enregistrer les marques qu'ils utilisent. Les marques sont des signes distinctifs propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux de ses concurrents – les mots, les lettres, les chiffres, les représentations graphiques, les formes en trois dimensions, seuls ou combinés entre eux ou avec des couleurs, peuvent en particulier constituer des marques.⁶⁰ Pour protéger une marque, il faut la faire enregistrer dans le registre des marques: le droit à la marque ne prend naissance qu'à l'enregistrement de la marque dans le registre.⁶¹ L'enregistrement de la marque nécessite le dépôt d'une demande dans ce sens auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI)⁶². Par ailleurs, certaines conditions relatives à la protection doivent être réalisées pour que l'enregistrement et la protection de la marque soient effectifs. Ainsi, les signes qui ne font que décrire les produits ou les services ou qui appartiennent au domaine public ne peuvent pas être protégés, car ils doivent demeurer disponibles pour tous les acteurs du marché et ne peuvent être monopolisés. En outre, une marque ne doit pas induire en erreur sur les qualités du produit ou du service, ni être contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou au droit en vigueur.

2.6 Assurances sociales et assurances privées

L'affiliation aux assurances sociales est obligatoire; de ce fait, leurs prestations et les primes sont réglées au niveau de la loi. Par contre, les assurances privées connaissent la liberté de contracter.

Assurances sociales

Il existe en Suisse dix, voire onze assurances sociales différentes.⁶³ Pour les médecins traitants, les plus importantes sont l'assurance-maladie, l'assurance-accidents, l'assurance militaire et l'assurance-invalidité. Les caisses de pensions et l'assurance d'indemnités journalières selon la LAMal jouent également un rôle pour les médecins qui rédigent des rapports.

60 Art. 1 de la Loi sur la protection des marques, LPM.

61 Art. 5 LPM.

62 Dépôt de la marque; art. 28 LPM.

63 AVS, AI, prestations complémentaires, LPP, LAMal, LAA, LAM, APG/allocations de maternité, allocations familiales, assurance-chômage.

Les principes suivants sont applicables aux assurances sociales:⁶⁴

- Le critère faisant naître l'obligation de s'assurer est la capacité de gain de toute personne exerçant une activité lucrative en Suisse, habitant en Suisse ou y occupant une fonction;⁶⁵
- l'assureur social n'a pas le droit de sélectionner les risques et doit assurer toute personne réalisant les conditions liées à l'obligation de s'assurer;⁶⁶
- les prestations sont définies sur le plan légal et sont versées selon des règles forfaitaires sous forme de prestations en nature ou de prestations financières;
- les risques assurés sont notamment l'âge, le décès, l'invalidité et l'incapacité de gain, l'accident, la maladie, la maternité, le chômage, etc.;
- le droit public – et notamment le principe de l'égalité devant la loi – est applicable; l'assureur doit donc traiter les cas comparables de manière égale;
- la charge financière est répartie en fonction du but de la prestation, du degré de solidarité et de la viabilité financière entre les différents pouvoirs publics, la personne assurée, l'employeur ou la personne responsable;
- l'assureur social dispose d'un droit légal à l'information, notamment pour pouvoir vérifier son obligation de prendre en charge la prestation; comme il est lié par le principe de proportionnalité, il ne peut avoir accès qu'aux renseignements nécessaires pour accomplir cette tâche.⁶⁷

La surveillance sur une partie des assurances sociales (notamment la LAI, la LAVS) relève de la compétence de l'OFAS ou de l'OFSP (en ce qui concerne la LAMal, la LAA et l'assurance militaire).⁶⁸

La Loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales (LPGA) coordonne partiellement les différentes assurances sociales. Elle définit entre autres les notions juridiques de maladie, d'accident, d'incapacité de travail, de perte de gain et d'invalidité, et fixe les dispositions générales relatives aux prestations et aux primes; elle règle aussi la procédure en cas de litiges entre assurés et assurances sociales, ainsi que la coordination entre les différentes prestations versées par les assurances sociales.⁶⁹

64 Voir à ce sujet Gabriela Riemer-Kafka, *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, 5^e édition, Berne 2016.

65 À l'exception de l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie selon la LAMal, art. 67 ss LAMal.

66 À nouveau à l'exception de l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie selon la LAMal, dans le cadre de laquelle il est vrai que personne ne peut être refusé, mais qui permet à l'assureur d'émettre des réserves médicales pendant cinq ans, art. 69 LAMal. Concernant le domaine supraobligatoire de la LPP, art. 49 al. 2 LPP, qui est aussi réglé par le droit privé (à l'exception des institutions de prévoyance de droit public), voir ATF 129 II 305 ss, cons. 2.3.

67 Arrêt du Tribunal fédéral (K 12/06) du 21 mars 2007; les documents exigés par le médecin-conseil conformément à la LAMal doivent être, d'une part, adaptés et, d'autre part, nécessaires à l'examen de l'obligation de prise en charge de la prestation.

68 www.ofas.admin.ch → L'OFAS → Mission; www.ofsp.admin.ch → Assurances.

69 Cf. chap. 3.12 ss.

Assurances privées

Les assurances privées sont soumises à la Loi sur le contrat d'assurance (LCA). Au contraire de l'assurance sociale, elles connaissent la liberté de contracter. Les principes suivants leur sont applicables:

- Il n'y a aucune obligation de s'assurer; l'assureur décide quels risques il assure et comment il aménage les primes et les éventuelles réserves par rapport aux risques qu'il entend assurer.
- L'assuré peut, lui aussi, décider librement si, avec qui et à quelles conditions il souhaite conclure une assurance.
- L'assureur peut résilier le contrat par écrit si la personne à qui il incombe une obligation de déclarer donne, lors de la conclusion de l'assurance, de fausses indications sur un facteur de risque important dont elle a connaissance et au sujet duquel elle a été interrogée par écrit, ou si elle passe un tel facteur sous silence. Lors d'une telle résiliation, l'assureur est délié de son obligation de fournir la prestation pour les dommages déjà survenus pour autant que ceux-ci aient été influencés par le facteur de risque concerné.⁷⁰
- Les prestations assurées sont définies par les parties dans le contrat d'assurance.
- La surveillance en la matière incombe à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, l'accent étant mis sur la garantie de la santé financière de l'institution.⁷¹

L'assureur privé et l'assuré sont juridiquement placés sur un pied d'égalité. En cas de litige, la plainte doit être adressée au juge civil.

70 Art. 6 LCA. L'art. 8 LCA énumère les motifs qui excluent un droit de résiliation, p. ex. le fait que l'assureur connaissait ou devait connaître le fait qui n'a pas été déclaré.

71 www.finma.ch → FR → Accueil → Surveillance → Assurances.



FICL
1955-3-24

WELDON
181 20 0185

50

MSUU

Fondements juridiques du traitement des patientes et des patients

3.1 Le contrat de soins conclu entre le médecin et son patient

Le contrat de soins se conclut en général déjà par le simple fait qu'un patient sollicite une consultation. Un tel contrat est aussi valablement conclu avec un patient mineur ou sous curatelle capable de discernement.

La capacité de discernement n'est pas une notion médicale, mais juridique. Elle requiert une décision binaire: soit le patient est capable de discernement pour prendre une décision déterminée, soit il ne l'est pas. Toutefois, dans la pratique médicale, l'évaluation de la capacité de discernement n'est pas toujours aussi simple. Elle porte sur des capacités qui se développent en fonction de l'âge de l'intéressé ou qui sont susceptibles d'être altérées temporairement ou de manière permanente par la maladie ou d'autres facteurs d'influence.

Les études montrent que les médecins, le personnel soignant et les autres thérapeutes spécialisés sont souvent démunis lorsqu'il s'agit d'évaluer la capacité de discernement et souhaiteraient qu'on les y aide davantage. De nombreuses directives, lignes directrices et autres informations cliniques se réfèrent à la capacité de discernement sans toutefois la définir plus en détail.

C'est pourquoi l'ASSM a publié en 2019 la directive «La capacité de discernement dans la pratique médicale». ⁷² Celle-ci prévoit les principes à observer pour évaluer la capacité de discernement et définit le processus d'évaluation de manière générale et dans des domaines médicaux déterminés. Elle décrit en outre le cadre juridique et les instruments relatifs à l'évaluation de la capacité de discernement.

Conformément au Code civil, l'incapacité de discernement d'un patient peut reposer sur les motifs suivants: le jeune âge, la déficience mentale, les troubles psychiques, l'ivresse ou d'autres causes semblables qui le privent de la faculté d'agir raisonnablement. ⁷³ En ce qui concerne les enfants en bas âge, ce sont les parents

⁷² www.assm.ch

⁷³ Art. 16 CC.

qui concluent le contrat de soins en leur qualité de titulaires de l'autorité parentale.⁷⁴ Les personnes majeures incapables de discernement sont en principe représentées par un curateur ou toute autre personne habilitée à les représenter.⁷⁵ En cas d'incapacité de discernement passagère, et à défaut de représentant légal, le traitement est effectué au titre de gestion d'affaires sans mandat.

Les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils (il s'agit des mineurs et des personnes sous curatelle de portée générale)⁷⁶ peuvent, conformément à l'art. 19c al. 1 CC, exercer «leurs droits strictement personnels» de manière autonome. Demeurent réservés les cas dans lesquels la loi exige le consentement du représentant légal. Or, la conclusion d'un contrat de soins constitue un droit strictement personnel. Dès lors, le mineur capable de discernement – par exemple l'adolescent –, ou la personne majeure faisant l'objet d'une curatelle de portée générale, peuvent, selon l'avis de certains juristes, conclure un contrat de soins si les coûts en sont couverts par une assurance sociale ou s'il s'agit d'un traitement ordinaire et non onéreux. La question centrale est donc celle de la capacité de discernement du patient. Même si l'on part de l'idée qu'il n'existe pas de rapport contractuel en de pareils cas, cela ne devrait jouer aucun rôle dans les cas pour lesquels l'assurance sociale prend en charge les coûts. Le traitement peut quand même être effectué et le médecin recevoir ses honoraires.

Le type de contrat conclu entre le médecin et le patient a une influence sur leurs rapports. Il est donc important que le médecin soit au clair sur l'identité des parties au contrat et veille à ce que le patient le soit aussi.

On peut en principe distinguer cinq formes fondamentales de contrats de soins, mais il en existe des formes mixtes dans la pratique:

- les soins prodigués en cabinet médical;
- les soins prodigués dans un hôpital public;
- les soins prodigués dans un hôpital par un médecin agréé;
- les soins prodigués dans une clinique privée;
- les soins prodigués dans un établissement médico-social.

Ces cinq formes de contrats sont brièvement décrites ci-après.

Les soins prodigués en cabinet médical

Les rapports liant un médecin indépendant à ses patients sont en principe régis par les dispositions du Code des obligations (CO) sur le mandat simple.⁷⁷ Un tel mandat se conclut en général par le fait que le patient demande au médecin de l'examiner ou de le soigner et qu'ils conviennent ensemble d'un rendez-vous. Le médecin n'a pas l'obligation d'accepter le mandat, et n'a par conséquent une

74 Art. 304 al. 1 CC.

75 Art. 407 CC, art. 394 al. 1 CC, art. 378 CC.

76 Art. 17 CC.

77 Art. 394 à 406 CO.

obligation de soins qu'en cas d'urgence ou si le droit cantonal le prescrit exceptionnellement. En cas d'urgence, tous les médecins sont tenus par une obligation d'assistance conformément à l'art. 40 let. g de la Loi sur les professions médicales (LPMéd). Le pendant du libre choix du médecin par le patient est donc le libre choix du patient par le médecin.⁷⁸ En sa qualité de mandataire, le médecin doit exécuter lui-même le traitement médical. Il peut déléguer certaines tâches mineures à ses auxiliaires, mais il lui incombe de leur donner des instructions adéquates, de tenir compte de leurs capacités lorsqu'il leur confie des tâches et de les surveiller.

En sa qualité de mandataire, le médecin n'est pas tenu envers son patient de lui faire recouvrer la santé, mais uniquement de lui prodiguer un traitement à cette fin selon les règles de l'art médical. Cela signifie notamment que le traitement doit être indiqué sous l'angle médical et que le médecin dispose des connaissances et des aptitudes nécessaires pour y procéder (cf. chap. 8.2). La volonté du patient ou de ses représentants de bénéficier d'un traitement ou d'une prise en charge spécifiques ne doit être suivie que si ces soins correspondent aux règles communément reconnues.⁷⁹

Le mandat du médecin porte sur l'anamnèse, l'examen, le diagnostic, le conseil, le traitement et le suivi postérieur au traitement, en ce sens que le médecin doit informer le patient du comportement à adopter pour se conformer à la thérapie. Le médecin doit toujours traiter les patients conformément aux règles de l'art afin de protéger leur vie et leur santé, et faire preuve de la diligence exigée par les circonstances, répondant en principe de tout manquement à ses obligations. Il n'y a manquement à une obligation que si un diagnostic, une thérapie ou un autre procédé médical ne paraît plus justifiable et ne relève dès lors plus de l'art médical objectif.⁸⁰

Le médecin est tenu envers son patient par une obligation de l'informer de manière exhaustive. Ce n'est que si son médecin l'a correctement renseigné que le patient peut déterminer librement s'il souhaite être soigné et de quelle manière. Le médecin doit renseigner son patient de sorte que celui-ci puisse, sur la base des informations fournies, décider librement de refuser ou d'accepter le traitement. Dans l'exercice de son droit à l'autodétermination, le patient doit pouvoir comprendre la nature de l'intervention médicale concernée.⁸¹

En tant que mandataire, le médecin est tenu de rendre en tout temps des comptes à son patient. Il doit tenir un dossier médical. Le devoir de prendre des notes et de documenter le dossier résulte également du Code de déontologie de la FMH

78 Art. 4 al. 3 et art. 5 du Code de déontologie de la FMH. Le médecin ne peut toutefois pas refuser des patients pour des motifs discriminatoires (religion, etc.).

79 ATF 120 Ib 411; 115 Ib 175; 113 II 429; 133 III 121.

80 ATF 120 Ib 411; 115 Ib 175; 113 II 429; 133 III 121.

81 ATF 117 Ib 197.

et des lois cantonales sur la santé. La jurisprudence précise en outre les exigences liées au devoir de documentation du médecin.⁸² Le Code de déontologie et une partie des lois cantonales sur la santé publique règlent par ailleurs la durée de l'obligation de conserver les dossiers médicaux.

Le mandat de soins peut en principe être résilié en tout temps par chacune des parties. Ce principe est toutefois limité pour le médecin lorsqu'une telle résiliation mettrait en danger ou nuirait à la santé du patient. En cas de résiliation en temps inopportun, l'auteur de la résiliation peut être amené à verser des dommages-intérêts.

Les soins prodigués dans un hôpital public

Les hôpitaux publics sont détenus par des collectivités publiques. Les rapports entre médecins salariés et hôpitaux publics sont en principe régis par les prescriptions du droit cantonal. Il en va de même des relations juridiques entre hôpitaux publics et patients. Le contrat de soins est de nature publique et envisagé soit comme l'utilisation d'un établissement, soit comme un contrat de droit administratif. Le droit cantonal de la santé contient généralement des conditions-cadre, tandis que les détails sont prévus dans les règlements hospitaliers et les contrats.

Ici aussi, un double rapport juridique fondé sur deux contrats est concevable: le premier conclu entre le médecin-chef, le médecin agréé ou le médecin consultant et le patient d'une part, et le second conclu entre l'hôpital et le patient d'autre part. La législation cantonale sur les hôpitaux est déterminante à cet égard: soit elle traite les consultations du médecin-chef comme une activité indépendante, soit elle considère le médecin-chef comme un employé de l'hôpital même dans le cadre de ses «consultations privées».

L'activité médicale au sein d'un hôpital public est aujourd'hui considérée comme une tâche publique⁸³. La responsabilité des médecins de l'hôpital public est dès lors régie au premier chef par le droit cantonal de la responsabilité de l'État. Conformément à la jurisprudence, le traitement de patients privés par un médecin-chef dans un hôpital public est aussi considéré comme une tâche publique. Ainsi, dans un cas concret, la responsabilité se détermine en premier lieu d'après le droit public cantonal. Il convient en particulier d'examiner minutieusement la responsabilité du médecin-chef et de déterminer notamment si ce dernier est soumis au droit cantonal ou au droit fédéral privé.⁸⁴ Dans la plupart des cantons, l'hôpital peut se retourner en interne contre le médecin si celui-ci a commis une faute grave – mais ne le fait pas dans les faits. L'obligation de documentation et d'information du médecin ainsi que la condition du consentement du patient au traitement découlent du droit cantonal sur les hôpitaux ou la santé, du Code de

82 ATF 141 III 363.

83 ATF 115 Ib 175.

84 ATF 112 Ib 334.

déontologie de la FMH et de la jurisprudence. Alors que les prescriptions cantonales peuvent prévoir des règles différentes pour les employés des hôpitaux publics et les médecins indépendants, le Code de déontologie s'applique indistinctement à tous les membres de la FMH.

L'obligation d'admission ou de soins est régie par le droit cantonal de la santé ou par un mandat de prestations conclu entre le canton et l'hôpital. L'art. 41a LA-Mal prévoit une obligation d'admission à la charge des hôpitaux répertoriés dans les limites de leurs mandats de prestations et de leurs capacités.

Un hôpital public étant soumis au droit public, les patients ont en principe droit en outre à l'égalité de traitement. Le médecin compétent décide de cas en cas si le patient doit être admis.

Les soins prodigués dans un hôpital par un médecin agréé

Dans un hôpital où exercent des médecins agréés, tant l'hôpital que le médecin agréé concluent un contrat avec le patient: l'hôpital ne devient toutefois le cocontractant du patient qu'en ce qui concerne les prestations de service non médicales. De son côté, le médecin conclut avec le patient un contrat relatif aux prestations médicales. On parle donc à cet égard de «contrat hospitalier divisé». La délimitation entre les prestations de l'hôpital et celles du médecin permet également de restreindre la responsabilité des intéressés à leurs domaines respectifs. Le médecin agréé a en principe la même obligation de prodiguer des soins que le médecin indépendant. Est réservé toutefois un éventuel contrat conclu par l'hôpital et le canton (mandat de prestations).

Les soins prodigués dans une clinique privée

Si, du côté du fournisseur de services, c'est la clinique privée et non le médecin à titre personnel qui conclut un contrat avec le patient pour le séjour hospitalier de ce dernier, on parle alors de «contrat global de soins». Comme dans le cas du médecin indépendant, le traitement médical est régi par le droit du mandat. Quant aux autres postes (soins, hébergement, pension, etc.), il convient de déterminer de cas en cas quelles dispositions sont applicables. La clinique intervenant comme unique cocontractant du patient dans le cadre du contrat global de soins, elle répond également en première ligne des soins médicaux. En cas de faute médicale, le patient peut également poursuivre le médecin pour acte illécite, en plus de la clinique.

S'agissant de l'obligation de soins, les principes sont les mêmes que pour le médecin indépendant. Outre le droit cantonal, demeure toutefois réservé un éventuel contrat de la clinique avec le canton (mandat de prestations).

Les soins prodigués dans un établissement médico-social (EMS)

Les pensionnaires des établissements médico-sociaux concluent avec ces derniers un contrat de prise en charge qui renseigne sur les prestations fournies par l'institution dans le domaine des soins et de l'encadrement.⁸⁵ Ce contrat ne concerne pas les prestations médicales. Les soins de premier recours prodigués aux pensionnaires sont dispensés soit par le médecin de l'établissement, soit par un médecin agréé, en fonction de la décision du patient. Les médecins des établissements médico-sociaux peuvent être salariés ou mandataires. Leurs tâches sont définies par le contrat de travail ou la convention avec l'établissement. Le statut des médecins agréés est régi par les mêmes règles du droit du mandat que les médecins indépendants.

Dans les homes et les établissements médico-sociaux, on trouve aussi bien le modèle du médecin d'EMS que celui du médecin agréé. Alors que, dans un hôpital, le choix du médecin est normalement restreint, le cas de figure se limitant au modèle du médecin d'EMS n'est pas licite dans un établissement médico-social. En effet, dans un tel établissement, le libre choix du médecin est garanti car il relève de la liberté personnelle.⁸⁶ Les pensionnaires peuvent également choisir de continuer à être suivis par leur médecin de famille. Cette différence par rapport aux hôpitaux est justifiée par le fait qu'on accorde davantage d'importance aux besoins personnels et aux habitudes dans un établissement médico-social, car le séjour y est généralement permanent et non simplement temporaire. Les établissements ne peuvent déroger au principe du libre choix du médecin que pour des motifs importants.

Les obligations du patient dans le cadre d'un traitement

Le contrat de soins ou l'admission à l'hôpital génèrent des droits et des obligations pour les deux parties, soit pour le fournisseur de services comme pour le patient. Le patient ou son assureur sont tenus de s'acquitter dans les délais d'une note d'honoraires ou d'une facture d'hôpital correctes. Il incombe également au patient de donner au médecin les renseignements nécessaires sur lui et sur les maladies dont il est atteint.⁸⁷ Il doit en outre respecter le règlement intérieur de l'hôpital et les instructions du personnel et, d'une manière générale, avoir des égards envers le personnel et les autres patients.

85 Art. 382 al. 1 CC.

86 Art. 386 al. 3 CC.

87 Les incombances sont des devoirs dont l'exécution ne peut pas être directement réclamée en justice. Un patient qui contrevient à une incombance n'est dès lors pas tenu de verser des dommages-intérêts, mais peut être débouté, complètement ou partiellement, de ses prétentions en dommages-intérêts à l'encontre du médecin s'il ne lui a pas communiqué une information importante.

Délais de prescription⁸⁸

Les créances d'honoraires de droit privé se prescrivent par cinq ans.⁸⁹ Le patient doit cependant remettre dans les 2 ans les factures relevant des assurances complémentaires; le médecin doit donc facturer ses prestations avant cette échéance. À défaut, il risque de perdre son droit au remboursement des honoraires pour les prestations remboursées de manière complémentaire. Le délai de prescription des créances de droit public est réglé par le droit cantonal.

Les prétentions en responsabilité civile à l'encontre de médecins et de cliniques privées fondées sur un contrat de soins se prescrivent par 10 ans.⁹⁰ Dans le secteur privé, les prétentions en responsabilité civile fondées sur un acte illicite se prescrivent par un an à compter du jour où le lésé a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur, et, dans tous les cas, par 10 ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit.⁹¹ Dans le secteur public, les délais de prescription, voire de péremption, sont bien souvent plus courts (fixés par le droit cantonal); certains cantons prévoient un court délai de péremption, qui commence à courir dès la connaissance de la faute.

Le droit de la prescription a été révisé; les modifications entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2020. La disposition transitoire prévoit que lorsque le nouveau droit prévoit des délais de prescription plus longs que l'ancien droit, le nouveau droit s'applique dès lors que la prescription n'est pas échue en vertu de l'ancien droit.

Cela signifie concrètement que si le dernier traitement a eu lieu avant le 1^{er} janvier 2010, la prescription est acquise au plus tard le 31 décembre 2019. Dans le cas contraire, le délai de prescription de 20 ans est valable aussi pour les anciens dossiers. La recommandation est donc de conserver les dossiers durant 20 ans depuis la dernière consultation si cette dernière a eu lieu après le 31 décembre 2009.

88 Les délais de prescription révisés entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2020: un délai de prescription relatif de 3 ans et un délai de prescription absolu de 20 ans.

89 Art. 128 ch. 3 CO.

90 Art. 127 CO.

91 Art. 60 al. 1 CO.

3.2 Information du patient

De nos jours, l'information du patient fait partie intégrante de la prise en charge médicale. Le patient doit consentir au traitement dont il fait l'objet; pour cela, il doit en comprendre les enjeux. À défaut d'information, le consentement n'est pas valable car il n'est pas éclairé. Du devoir d'informer découle la nécessité de documenter l'information donnée. Une bonne documentation est particulièrement importante car en cas de litige, le médecin ou l'hôpital doit prouver non seulement que l'information sur le traitement a été donnée, mais aussi qu'elle était suffisante.

Fondements juridiques

L'obligation d'informer le patient est un devoir professionnel du médecin. Elle découle de multiples dispositions légales, au niveau fédéral et cantonal et est également consacrée à l'art. 10 du Code de déontologie de la FMH. Par ailleurs, la FMCH (l'Association des sociétés de discipline médicale à intervention chirurgicale et invasive) a édicté des directives en matière d'informations aux patients.⁹² L'information au patient a pour but de le renseigner de manière suffisante sur les différents aspects de son traitement, afin qu'il puisse procéder à une pesée des intérêts et se déterminer de manière éclairée.

Lors d'opérations et d'autres traitements invasifs, l'information correcte du patient constitue par ailleurs un élément central sous l'angle du droit pénal. En effet, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, une intervention médicale réalise les éléments constitutifs objectifs d'une lésion corporelle. Le consentement éclairé constitue un fait justificatif légitimant l'intervention; s'il a été donné de manière valable, le médecin ne pourra plus être recherché pénalement. En matière de protection de la personnalité, le consentement vaut également justification.⁹³ Si le patient a consenti à l'intervention et que le médecin a agi avec diligence, les prétentions en réparation d'un dommage éventuel et/ou à une indemnité pour tort moral découlant de l'intervention ne sont plus recevables.

Si l'obligation d'informer est – juridiquement – la condition sine qua non pour que le patient puisse exercer valablement son droit à l'autodétermination, elle permet également – d'un point de vue strictement relationnel – d'améliorer la qualité du lien de confiance existant entre le médecin et le patient. Elle contribue à construire un rapport de confiance et à susciter un sentiment de sécurité chez le patient. Une bonne information permet ainsi d'augmenter les chances de succès du traitement.⁹⁴

92 «Informations aux patients», directives de la FMCH du 9 mai 2019.

93 Art. 28 al. 2 CC.

94 Pour en savoir plus sur les différents types d'entretiens et les techniques de communication, cf. «La communication dans la médecine au quotidien, un guide pratique», ASSM 2013.

Juridiquement, il n'est pas interdit au médecin de déléguer l'information, par exemple au médecin-assistant ou au médecin lui ayant adressé le patient. Néanmoins, il reste responsable de cette information et assume les conséquences d'une éventuelle information insuffisante.⁹⁵ La délégation de l'information devrait donc rester exceptionnelle.

Si le médecin omet d'informer le patient sur les risques encourus ou l'informe de manière insuffisante et qu'un risque se réalise par la suite, le médecin engage sa responsabilité civile et pénale pour tout dommage découlant du traitement, même si celui-ci a été effectué avec diligence. Une seule exception existe, soit si le médecin démontre le consentement hypothétique du patient, c'est-à-dire que ce dernier aurait consenti au traitement s'il en avait été informé de manière appropriée.

Contenu de l'information

La capacité de concentration et d'assimilation du patient est souvent limitée en raison de sa position et/ou de sa maladie. Dès lors, l'information doit être donnée en des termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible. Elle dépend de chaque cas concret; il n'y a donc pas de règles fixes. Cependant, la jurisprudence en a défini les grandes lignes; l'information doit porter «sur tous les aspects pertinents du traitement envisagé, notamment sur ses raisons, son but, sa nature, ses modalités, ses risques et effets secondaires, son coût, ainsi que sur les conséquences d'un défaut de traitement et sur l'existence d'autres traitements».⁹⁶

Le médecin doit donc renseigner le patient sur:

- Son état de santé actuel, le diagnostic, le résultat des examens effectués (De quelle maladie ou traitement parle-t-on? Le diagnostic est-il certain ou s'agit-il d'un diagnostic différentiel? Que montrent les examens?);
- Les risques du traitement – il n'existe pas, en Suisse, de pourcentage fixe au-delà duquel le patient doit être informé des risques. Doivent être mentionnés les risques spécifiques liés au traitement, y compris les risques graves exceptionnels mais prévisibles, ainsi que les risques peu graves mais fréquents et les risques encourus en cas de renonciation au traitement; les risques graves imprévisibles n'ont pas à être mentionnés.

95 La délégation de l'information à du personnel non médical est possible en soi, contrairement à l'Allemagne, où il incombe impérativement au médecin d'informer le patient («Persönliche Leistungserbringung – Möglichkeiten und Grenzen der Delegation ärztlicher Leistungen», Stand 29.8.2008, www.bundesaeztekammer.de). Toutefois, le médecin déléguant doit s'assurer que la personne dispose des qualifications nécessaires et demeure là aussi responsable de la qualité de l'information. Une telle délégation est donc à utiliser avec la plus grande prudence.

96 ATF 133 III 121.

- Les comportements à adopter ou à éviter pour favoriser la guérison (Le patient doit-il éviter de conduire ou renoncer à l’automédication?⁹⁷ Doit-il éviter certains aliments ou en privilégier d’autres?);
- L’aspect économique du traitement (La totalité ou une partie des coûts seront-ils à la charge du patient, par exemple pour les soins en division privée ou semi-privée ou la prescription de médicaments originaux lorsqu’un générique aurait aussi été adapté? Cf. chap. 3.16).

L’information sur les risques du traitement n’est pas nécessaire pour les gestes de routine ne comportant pas de danger particulier ou n’entraînant pas d’atteinte définitive ou de longue durée à la santé. De même, le médecin peut considérer que le patient connaît les risques inhérents à chaque opération comme les risques d’infection, de thrombose, etc.⁹⁸

Si une intervention n’est pas indiquée sous l’angle médical, notamment si elle repose exclusivement sur des motifs d’ordre esthétique, le médecin doit, dans la mesure du possible, exposer l’ensemble des risques au patient.

À ce jour, le Tribunal fédéral a considéré à deux reprises que le consentement hypothétique du patient ne pouvait pas être retenu lorsque ce dernier n’a pas été informé sur l’identité de l’opérateur, respectivement sur son expérience.⁹⁹

Si le patient indique au médecin qu’il aimerait des informations très complètes voire exhaustives, ce dernier doit respecter ce vœu; au contraire, si le patient renonce à être informé dans la mesure habituelle, le médecin sera bien inspiré de l’indiquer dans son dossier médical.

Moment de l’information

Le patient doit disposer d’assez de temps pour se forger un avis sans être sous pression temporelle ou psychologique. Selon le Tribunal fédéral, en cas d’intervention sans gravité particulière le patient doit être informé au plus tard le jour précédant l’intervention; lorsque l’intervention est lourde ou présente des risques importants, le patient doit être informé au minimum 3 jours avant l’intervention.¹⁰⁰

97 Dans un arrêt controversé de 2001, le Tribunal fédéral a condamné l’Hôpital universitaire vaudois (CHUV) à verser la moitié des dommages-intérêts alloués, car il n’était pas convaincu qu’une patiente atteinte du sida et suivant une trithérapie avait été avertie de manière suffisamment claire qu’elle ne devait pas pratiquer l’automédication.

98 ATF 119 II 456 et ses références.

99 Arrêts du Tribunal fédéral 6B_902/2015 du 13 mai 2016 et 4A_453/2014 du 23 février 2015; Walter Fellmann / Josianne Magnin, Aufklärungspflicht des Arztes über den Stand seiner Ausbildung, in: Haftpflichtprozess 2016, Beiträge zur Tagung vom 7. Juni 2016 in Luzern.

100 Arrêt du TF 4P265/2002, c. 5.2 du 28 avril 2003.

Documentation et fardeau de la preuve

La loi n'indique pas sous quelle forme l'information doit être donnée. Cependant, la jurisprudence a établi que l'hôpital et/ou le médecin supportent le fardeau de la preuve de l'information correcte sur le traitement et le consentement.¹⁰¹ La forme écrite est donc vivement recommandée et une bonne documentation revêt une importance centrale. Il s'agira soit d'inscrire dans le dossier médical la date et le contenu de l'entretien d'information au patient, soit de lui faire signer un document attestant l'information donnée (cf. ci-dessous). En effet, en cas de litige, les éléments d'information donnés au patient sur le traitement doivent pouvoir être reconstitués de manière raisonnable, et ceci même des années plus tard. S'il n'est pas possible de prouver l'information donnée, ou seulement partiellement, l'hôpital et/ou le médecin répondent des risques de l'intervention même en l'absence de toute violation du devoir de diligence.

Formulaires d'information

Il n'est pas toujours aisé de déterminer si un patient a compris le contenu d'un entretien destiné à l'informer. Des études montrent que les patients auxquels l'on dispense des informations écrites comprennent mieux l'intervention et s'en souviennent également mieux après l'opération qu'en cas d'explications données uniquement oralement. En effet, les patients peuvent lire à plusieurs reprises les explications écrites, les montrer à leurs proches et à leurs amis et discuter avec eux de l'intervention imminente. Des croquis peuvent également être utiles. À l'issue de l'entretien, le patient reçoit une copie du formulaire d'information et de consentement, l'original étant soigneusement conservé dans le dossier médical.

La FMH estime que les formulaires d'information spécifiques à certaines interventions standardisées, édictés par les sociétés de discipline médicale et/ou les hôpitaux, qui contiennent un texte complet et méticuleusement pré-rédigé, constituent un excellent outil de travail et permettent d'assurer une bonne documentation.

101 ATF 133 III 121 et ses références.

3.3 Consentement

L'accord du patient dûment informé est la condition de tout traitement et de toute prise en charge thérapeutiques. Dès lors, un traitement entrepris sans le consentement du patient est en principe illicite et donc punissable pénalement.

Les interventions médicales constituent des atteintes à l'intégrité du patient et ne sont licites qu'en cas de consentement éclairé du patient. Si ce dernier refuse le traitement proposé, sa volonté doit être respectée. Il en va de même si un patient capable de discernement refuse un traitement indiqué d'un point de vue médical (voir cependant chap. 4.11).

Le consentement d'un patient capable de discernement est valable lorsque celui-ci a reçu des explications suffisantes sous l'angle du droit de la part du médecin. Les explications sont suffisantes si le patient est en mesure d'évaluer de manière réaliste les chances de succès et les risques du traitement médical proposé (à ce sujet, voir en détail le chap. 3.2).

Le médecin traitant peut en principe partir de l'idée que le patient est capable de discernement et est en mesure de consentir lui-même à un traitement (ou de le refuser).

La capacité de discernement n'est pas une notion médicale, mais juridique. Elle requiert une décision binaire: soit le patient est capable de discernement pour prendre une décision déterminée, soit il ne l'est pas. Toutefois, dans la pratique médicale, l'appréciation de la capacité de discernement n'est pas toujours aussi simple. Elle porte sur des capacités qui se développent en fonction de l'âge de l'enfant ou qui sont susceptibles d'être altérées temporairement ou de manière permanente par la maladie ou d'autres facteurs d'influence.

Les études montrent que les médecins, le personnel soignant et les autres thérapeutes spécialisés sont souvent démunis lorsqu'il s'agit d'évaluer la capacité de discernement et souhaiteraient qu'on les y aide davantage. C'est pourquoi l'ASSM a publié en 2018 la directive «La capacité de discernement dans la pratique médicale».¹⁰² Celle-ci prévoit les principes à observer pour évaluer la capacité de discernement et définit le processus d'évaluation de manière générale et dans des domaines médicaux déterminés. Elle décrit en outre le cadre juridique et les instruments relatifs à l'évaluation de la capacité de discernement.

102 Cf. «La capacité de discernement dans la pratique médicale», directives médico-éthiques de l'ASSM (2018).

Conformément au Code civil, l'incapacité de discernement d'un patient peut reposer sur les motifs suivants: le jeune âge, la déficience mentale, les troubles psychiques, l'ivresse ou d'autres causes semblables qui la ou le privent de la faculté d'agir raisonnablement.¹⁰³

Le médecin traitant peut en principe partir du principe que le patient est capable de discernement et peut accepter (ou refuser) le traitement de manière indépendante.

Représentation d'un patient incapable de discernement¹⁰⁴

Lorsqu'une personne incapable de discernement doit recevoir des soins médicaux sur lesquels elle ne s'est pas déterminée dans des directives anticipées (cf. chap. 3.6), le médecin traitant établit le traitement nécessaire avec la participation de la personne habilitée à la représenter dans le domaine médical. Le médecin traitant renseigne la personne habilitée à représenter la personne incapable de discernement sur tous les aspects pertinents du traitement envisagé, notamment sur ses raisons, son but, sa nature, ses modalités, ses risques et effets secondaires, son coût, ainsi que sur les conséquences d'un défaut de traitement et sur l'existence d'autres traitements. Dans la mesure du possible, la personne incapable de discernement doit être associée au processus de décision.

La notion de mesure médicale concerne l'aspect médical de la prise en charge de la personne et comprend toutes les mesures diagnostiques et thérapeutiques, ainsi que tous les soins.

Le représentant doit se prononcer sur les soins médicaux à suivre conformément à la volonté présumée et aux intérêts objectifs de la personne incapable de discernement.

Si une personne incapable de discernement n'a pas laissé d'instructions concernant un traitement médical, le nouveau droit de la protection de l'adulte détermine qui est habilité à la représenter et à consentir ou non à un tel traitement. En cas de pluralité de représentants, le médecin peut, de bonne foi, présumer que chacun d'eux agit avec le consentement des autres.

¹⁰³ Art. 16 CC.

¹⁰⁴ En ce qui concerne les mineurs, voir le chap. 3.4.

Les personnes suivantes sont habilitées, dans l'ordre suivant, à représenter la personne incapable de discernement:¹⁰⁵

1. la personne désignée dans les directives anticipées ou dans le mandat pour cause d'inaptitude;
2. le curateur qui a pour tâche de la représenter dans le domaine médical;
3. le conjoint ou le partenaire enregistré faisant ménage commun avec la personne incapable de discernement ou lui fournissant une assistance personnelle régulière;
4. la personne faisant ménage commun avec la personne incapable de discernement et lui fournissant une assistance personnelle régulière;
5. les descendants s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière;
6. les parents s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière, ou
7. les frères et sœurs s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière.

À défaut d'instructions contenues dans des directives anticipées, le représentant doit décider des soins médicaux à administrer conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement. Pour déterminer la volonté présumée du patient, il faut se référer avant tout à ses déclarations (écrites) antérieures. Il convient de rechercher, de manière ciblée, des informations sur le mode de pensée et la façon d'agir que le patient a manifestés jusqu'alors dans sa vie.

En cas d'urgence, le médecin administre les soins médicaux conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement.

3.4 Traitement de patients mineurs

Pour l'essentiel, le traitement des patients mineurs est régi par les mêmes principes que celui des patients majeurs. Tous les patients ont droit à un traitement prodigué dans les règles de l'art, au secret médical, à la protection des données, au respect de leur droit à l'autodétermination et des autres dispositions légales applicables. Pour les patients mineurs, il existe des dispositions légales spéciales afin de les protéger tout en tenant compte de leur degré de capacité de discernement.

Consentement au traitement, droit de consulter le dossier et droit à l'information

Le traitement de mineurs capables de discernement n'est autorisé qu'avec leur consentement, étant précisé qu'un tel consentement n'est donné valablement que si le patient a préalablement reçu des informations suffisantes du point de vue juridique. Les patients mineurs ont des représentants légaux. Il peut s'agir

¹⁰⁵ Cf. art. 378 CC. Pour les patients traités dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance, il convient d'observer l'art. 434 CC.

des deux parents ou d'un seul. S'il n'y a plus de parents, si ceux-ci ne sont pas en mesure de représenter le mineur ou si la garde leur a été retirée, un curateur est désigné comme représentant légal.¹⁰⁶

Tant que le patient mineur est incapable de discernement, seul le représentant légal doit être renseigné sur le traitement qu'il est habilité à accepter. Il convient toutefois de tenir compte de l'avis du patient mineur incapable de discernement dans la mesure du possible.¹⁰⁷

Sitôt que le patient mineur est capable de discernement, il décide seul d'accepter ou de renoncer au traitement.¹⁰⁸ La capacité de discernement est présumée pour autant que ni l'âge de l'enfant ni d'autres éléments ne laissent penser le contraire. Cela signifie que plus le patient mineur est jeune, plus le médecin traitant doit mener une réflexion et clarifier la question de la capacité de discernement. L'âge du patient n'est toutefois pas le seul élément déterminant; il faut aussi tenir compte p. ex. de la complexité du traitement envisagé. Plus les conséquences d'un traitement sont invasives, plus les exigences liées à l'admission de la capacité de discernement sont élevées, alors qu'on peut généralement présumer la capacité de discernement en cas d'interventions mineures et simples. Il n'existe pas de limite d'âge à partir de laquelle on puisse admettre la capacité de discernement, car le degré de développement varie fortement d'un mineur à l'autre. En cas de doute, le médecin doit examiner la question de la capacité de discernement et documenter ses conclusions et leur motivation.¹⁰⁹ En cas d'incertitude sur la capacité de discernement de mineurs, il peut être indiqué, pour des motifs liés à la sécurité du droit, que le médecin informe tant le patient mineur que son représentant légal et leur demande leur consentement à tous deux.

Directives anticipées

Toute personne capable de discernement est en droit de rédiger des directives anticipées (cf. chap. 3.6). Les personnes capables de discernement et n'ayant pas l'exercice des droits civils exercent, de manière indépendante, les droits liés à leur personnalité. Ainsi, les mineurs capables de discernement peuvent, eux aussi, valablement rédiger des directives anticipées.

106 Art. 296 ss CC, art. 311 ss CC, art. 327a ss CC.

107 Art. 301 CC.

108 Art. 19c CC.

109 «La capacité de discernement dans la pratique médicale», directives médico-éthiques de l'ASSM (2019).

Contrat de soins

Selon le droit suisse, seules les personnes ayant atteint la majorité, soit l'âge de 18 ans, ont en principe la capacité d'exercer les droits civils. Toutefois, en ce qui concerne les droits strictement personnels, dont le traitement médical fait partie, les mineurs capables de discernement peuvent agir seuls pour autant que la loi ne requière pas le consentement du représentant légal.¹¹⁰ Le contrat de soins conclu entre le médecin et un patient mineur capable de discernement prend donc effet sans le consentement du représentant légal. Indépendamment de cela, les prestations relevant de l'assurance obligatoire des soins (AOS) sont remboursées par la caisse-maladie, si bien que les honoraires sont versés même si le contrat est invalide. Cependant, si les coûts du traitement sont élevés et ne sont pas pris en charge par l'assurance-maladie, il est conseillé, pour des raisons de sécurité, d'examiner les ressources financières du mineur avant le début du traitement.

Protection de l'enfant

Des droits et des obligations d'annoncer ont été instaurés pour protéger les mineurs.¹¹¹ Les obligations d'annoncer incombent aux personnes non soumises au secret professionnel en cas d'indices concrets laissant à penser qu'il existe une mise en danger de l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'un enfant et qu'elles ne peuvent pas remédier à la situation dans le cadre de leur activité professionnelle. Sont liées par cette obligation d'annoncer les professionnels du domaine de la médecine, de la psychologie, des soins, de l'éducation, de la formation, de l'assistance sociale, de la religion et du sport pour autant qu'ils aient des contacts professionnels réguliers avec des enfants, ou des personnes prenant connaissance de tels cas dans le cadre de leur fonction. L'obligation d'annoncer est déjà respectée lorsque le cas est annoncé au supérieur hiérarchique. Outre d'autres personnes, ont aussi un droit d'annoncer les personnes soumises au secret professionnel pour autant qu'une telle annonce soit dans l'intérêt de l'enfant. Cela ne vaut pas pour les auxiliaires soumis au secret professionnel.

Si nécessaire, l'autorité de protection de l'enfant prend les mesures de protection nécessaires. Celles-ci vont de l'avertissement, en passant par les instructions en matière de soins, d'éducation et de formation, la désignation de personnes ou de services devant être consultés ou informés, l'institution d'un curateur chargé au premier chef d'assister les parents mais susceptible également de les représenter dans certains cas, l'hébergement chez des tiers, jusqu'au retrait de l'autorité parentale comme *ultima ratio*. La mesure doit être nécessaire, proportionnée et raisonnablement exigible.¹¹²

110 Art. 19c CC.

111 Art. 314c ss CC.

112 Art. 307 ss CC.

Un curateur peut être désigné pour se prononcer sur un traitement médical envisagé si les parents n'agissent pas dans l'intérêt de l'enfant. Dans ce cas, il faut le renseigner de manière exhaustive; il a le droit de consulter le dossier de l'enfant. Si une décision doit être prise rapidement, l'autorité de protection de l'enfant peut la prendre elle-même. En cas d'urgence et s'il n'est pas possible d'impliquer l'autorité, l'équipe soignante prend la décision dans l'intérêt de l'enfant.

Stérilisation

La stérilisation d'un mineur est en principe interdite, bien qu'il puisse y avoir des exceptions. Elle est autorisée pour les mineurs de plus de 16 ans durablement incapables de discernement lorsqu'elle répond notamment à l'intérêt de la personne concernée, que la conception et la naissance d'un enfant ne peuvent pas être évitées d'une autre manière et qu'une séparation de l'enfant serait inévitable après la naissance. Par ailleurs, l'autorité de protection de l'adulte doit y consentir et il convient de choisir la méthode présentant les meilleures perspectives de refertilisation.¹¹³

Recherche

Dans le domaine de la recherche également, des dispositions spéciales s'appliquent aux enfants (jusqu'à l'âge de 14 ans) et aux adolescents (jusqu'à l'âge de 18 ans). Pour autant que ce soit possible, les enfants et les adolescents incapables de discernement doivent être impliqués dans la procédure de consentement, leur avis prenant de plus en plus de poids au fur et à mesure qu'ils avancent en âge et en maturité.¹¹⁴ Les enfants capables de discernement ne peuvent participer à un projet de recherche dont on peut attendre un bénéfice direct que s'ils y consentent et que leur représentant légal y consent par écrit. Tous deux doivent avoir été suffisamment informés au préalable. À défaut de bénéfice direct, le projet ne peut être mené que s'il n'est en outre lié qu'à des risques et des contraintes minimaux et qu'on puisse en attendre des résultats essentiels susceptibles de bénéficier à long terme à d'autres personnes. Si l'enfant est incapable de discernement, un projet dont on peut attendre un bénéfice direct ne peut être mené qu'avec le consentement éclairé écrit du représentant légal et en l'absence de refus identifiable de l'enfant. À défaut de bénéfice direct escompté, il faut aussi limiter les risques et les contraintes et le projet doit être susceptible de déboucher sur des avancées qui bénéficieront à des tiers.¹¹⁵ Les mêmes dispositions sont applicables aux adolescents à la différence du fait qu'ils peuvent eux-mêmes consentir par

113 Art. 3 et 7 de la Loi sur la stérilisation.

114 Art. 21 Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (LRH).

115 Art. 22 LRH.

écrit à un projet dont on peut attendre un bénéfice direct et que leur représentant légal ne doit, lui aussi, donner son consentement écrit que lorsqu'il faut s'attendre à ce que le projet entraîne plus que des risques et contraintes minimaux.¹¹⁶

Don d'organe

Le prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules n'est pas autorisé sur les personnes incapables de discernement ou mineures.¹¹⁷ Des exceptions sont possibles notamment en ce qui concerne le prélèvement de tissus ou de cellules capables de se régénérer si ce prélèvement n'est accompagné que de risques et de contraintes minimaux; si aucune autre méthode thérapeutique présentant une efficacité comparable ne permet le traitement; s'il n'y a pas de donneur capable de discernement et majeur à disposition; si le receveur est un parent, un enfant, un frère ou une sœur du donneur; si le don est propre à sauver la vie du receveur; si le représentant légal a été informé de manière exhaustive et y a librement consenti par écrit; si le donneur capable de discernement mais mineur a été informé de manière exhaustive et y a librement consenti par écrit; s'il n'existe pas d'indice laissant à penser que la personne incapable de discernement s'opposerait au prélèvement, ou si une autorité indépendante y a consenti. Pour autant que ce soit possible, il convient d'impliquer la personne incapable de discernement au processus d'information et de consentement.

Le prélèvement d'organes sur un mineur décédé est aussi autorisé si celui-ci y a consenti avant son décès et était âgé de plus de 16 ans au moment où il a donné son consentement. En l'absence de tout document laissé par la personne décédée (p. ex. carte de dons d'organes, directives anticipées) et si les proches n'ont pas connaissance d'une déclaration de don, ces derniers peuvent consentir à un tel prélèvement également pour les mineurs en-dessous de 16 ans. En prenant leur décision, les proches doivent cependant respecter la volonté présumée de la personne décédée. Tout prélèvement effectué sans le consentement explicite de la personne décédée ou de ses proches est illicite. S'il est établi que la personne décédée a délégué à une personne de confiance la compétence de prendre une décision en la matière, cette dernière agit en lieu et place des proches.¹¹⁸

116 Art. 23 LRH.

117 Art. 13 al. 1 de la Loi sur la transplantation.

118 Art. 8 de la Loi sur la transplantation.

3.5 Droit de la protection de l'adulte

Le droit de la protection de l'adulte¹¹⁹ est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013; il vise à protéger les personnes qui, en raison d'un état de faiblesse (dû p. ex. à la démence ou à un trouble psychique) ont besoin d'aide et de protection et met à disposition les instruments adaptés à cette fin.

Mesures personnelles de prévoyance¹²⁰

Le droit de la protection de l'adulte propose deux instruments pour faire perdurer le droit à l'autodétermination d'une personne au-delà de son incapacité de discernement: le mandat pour cause d'incapacité et les directives anticipées.

Le mandat pour cause d'incapacité¹²¹

Le mandat pour cause d'incapacité permet à une personne ayant l'exercice des droits civils de charger une personne physique ou morale d'agir pour elle au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Les tâches des mandataires peuvent concerner l'assistance personnelle, la gestion du patrimoine ou les rapports juridiques avec les tiers. L'assistance personnelle inclut également les instructions relatives à d'éventuels soins médicaux.

Le mandat pour cause d'incapacité doit être passé soit en la forme authentique, soit en la forme olographe. Dans le second cas, le mandant doit rédiger de sa propre main le mandat pour cause d'incapacité en entier, le dater et le signer. Il peut résilier le mandat en tout temps sous l'une des formes prévues pour sa constitution. La destruction, par le mandant, de l'original du mandat pour cause d'incapacité entraîne sa révocation. Si le mandant rédige un nouveau mandat pour cause d'incapacité sans avoir expressément résilié l'ancien, le nouveau mandat se substitue à l'ancien pour autant qu'il ne fasse aucun doute qu'il ne s'agit pas d'un simple complément. L'autorité de protection de l'adulte prend les mesures nécessaires d'office ou à la demande d'un proche. Si le mandant perd sa capacité de discernement, l'autorité de protection de l'adulte doit examiner si le mandat pour cause d'incapacité est valable et si rien ne s'oppose à l'aptitude du mandataire à le remplir. Le mandat pour cause d'incapacité prend alors effet.

119 Art. 360 à 456 CC.

120 Art. 360 à 373 CC.

121 Art. 360 à 369 CC.

Les directives anticipées¹²²

Les directives anticipées permettent à une personne capable de discernement de déterminer de manière contraignante les soins médicaux auxquels elle consent ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement ou de désigner un représentant chargé d'exercer ses droits de patient dans la même éventualité (Cf. également chap. 3.6). Grâce aux directives anticipées, une personne peut faire perdurer son droit à l'autodétermination au-delà de sa propre incapacité de discernement. Pour rédiger des directives anticipées valables, il est nécessaire d'être capable de discernement, mais non d'avoir l'exercice des droits civils. Ni la majorité ni un âge minimal ne sont requis. Les directives anticipées doivent être rédigées en la forme écrite simple, datées et signées. Si le médecin traitant ignore si une personne incapable de discernement a ou non rédigé des directives anticipées, il doit le vérifier au moyen de la carte d'assuré. Le médecin est compétent au premier chef pour juger de la validité des directives anticipées. La volonté du patient est déterminante pour interpréter les directives anticipées. Si le médecin ne respecte pas les instructions contenues dans les directives anticipées, il est tenu d'en indiquer les raisons dans le dossier du patient.

Mesures appliquées de plein droit aux personnes incapables de discernement¹²³

Représentation par le conjoint ou le partenaire enregistré¹²⁴

Le droit de la protection de l'adulte confère au conjoint ou au partenaire enregistré le droit de représenter leur partenaire pour certaines affaires en cas d'incapacité de discernement de ce dernier s'ils font ménage commun avec lui ou lui fournissent une assistance personnelle régulière (pouvoir légal de représentation, art. 374 CC). Les personnes précitées ont, de par la loi, un pouvoir de représentation lorsqu'il n'existe ni mandat pour cause d'inaptitude, ni curatelle. Elles sont notamment habilitées à accomplir tous les actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne incapable de discernement. Le pouvoir de représentation comprend l'administration ordinaire des revenus et des autres biens de la personne incapable de discernement, et, si nécessaire, le droit de prendre connaissance de sa correspondance et de la liquider. Pour les actes juridiques relevant de l'administration extraordinaire des biens, le conjoint ou le partenaire enregistré doit requérir le consentement de l'autorité de protection de l'adulte.

122 Art. 370 à 373 CC.

123 Art. 374 à 381 CC.

124 Art. 374 à 376 CC.

Représentation dans le domaine médical¹²⁵

Lorsqu'une personne incapable de discernement doit recevoir des soins médicaux sur lesquels elle ne s'est pas déterminée dans des directives anticipées, le médecin traitant établit le traitement nécessaire avec la participation de la personne habilitée à la représenter dans le domaine médical. Le médecin traitant renseigne la personne habilitée à représenter la personne incapable de discernement sur tous les aspects pertinents du traitement envisagé, notamment sur ses raisons, son but, sa nature, ses modalités, ses risques et effets secondaires, son coût, ainsi que sur les conséquences d'un défaut de traitement et sur l'existence d'autres traitements. Dans la mesure du possible, la personne incapable de discernement est associée au processus de décision. Le plan de traitement doit être adapté à l'évolution de la médecine et à l'état de la personne concernée.

La notion de mesure médicale concerne l'aspect médical de la prise en charge de la personne et comprend toutes les mesures diagnostiques et thérapeutiques, ainsi que tous les soins.

Le droit de la protection de l'adulte détermine qui est habilité à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non à un traitement médical dans le cas où la personne n'a pas laissé d'instructions. Est habilitée au premier chef la personne désignée par les directives anticipées ou le mandat pour cause d'inaptitude. Une telle désignation exclut tout autre représentant. Si la personne incapable de discernement n'a pas désigné de représentant, les pouvoirs de représentation sont alors conférés au curateur désigné à cette fin par l'autorité de protection de l'adulte. Ce n'est qu'en troisième lieu que le conjoint ou le partenaire enregistré de la personne incapable de discernement est habilité à la représenter, pour autant qu'il fasse ménage commun avec elle ou lui fournisse une assistance personnelle régulière. En quatrième lieu suit la personne qui fait ménage commun avec la personne incapable de discernement et lui fournit une assistance personnelle régulière. Enfin, suivent les descendants, les parents et finalement les frères et sœurs de la personne incapable de discernement, pour autant qu'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière. En cas de pluralité de représentants de même rang, le médecin peut, de bonne foi, présumer que chacun d'eux agit avec le consentement des autres.

Le représentant doit se prononcer sur les soins médicaux à suivre conformément à la volonté présumée et aux intérêts objectifs de la personne incapable de discernement. En cas d'urgence, le médecin administre les soins médicaux conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement.

L'autorité de protection de l'adulte désigne un curateur en l'absence de représentant ou si celui-ci ne veut pas exercer ses pouvoirs de représentation.

¹²⁵ Art. 377 à 381 CC.

Séjour en home et en établissement médico-social¹²⁶

Afin d'assurer la protection des personnes incapables de discernement résidant pendant une période prolongée dans un home ou un établissement médico-social, le droit impose la conclusion d'un *contrat d'assistance* écrit. Ce contrat établit les prestations à fournir par l'institution. Il ne porte pas sur les prestations médicales. Toute mesure destinée à limiter la liberté de mouvement doit faire l'objet d'un protocole. Le représentant dans le domaine médical est informé d'une telle mesure et peut en tout temps prendre connaissance du protocole.

Mesures prises par l'autorité¹²⁷

Les mesures prises par l'autorité liées à la protection de l'adulte doivent garantir l'assistance et la protection des personnes ayant besoin d'aide. Elles ne sont ordonnées que si l'environnement de la personne concernée n'offre pas une protection suffisante, p. ex. par le biais de l'assistance de la famille ou d'autres proches. Les mesures prises par l'autorité doivent être propres à atteindre le but visé, intervenir le moins possible dans la situation juridique de la personne à protéger et être raisonnables. Elles doivent, dans toute la mesure du possible, préserver et favoriser l'autonomie de la personne concernée.

La *curatelle* est la seule mesure prévue par le droit de la protection de l'adulte qui est liée à l'exercice d'un mandat officiel. Le curateur est désigné par l'autorité de protection de l'adulte et a pour tâche d'assurer le bien-être et la protection d'une personne vulnérable (art. 390 ss CC). Une curatelle ne peut être instituée que si la personne concernée n'est plus en mesure de sauvegarder ses intérêts ou de donner les procurations nécessaires en raison d'un état de faiblesse défini par la loi (déficience mentale, trouble psychique ou autre) ou d'une incapacité de discernement. La curatelle est instituée d'office ou à la requête de la personne concernée ou d'un proche.

La loi distingue quatre types différents de curatelles: (1) la curatelle d'accompagnement¹²⁸, (2) la curatelle de représentation¹²⁹, (3) la curatelle de coopération¹³⁰ et (4) la curatelle de portée générale¹³¹. L'autorité de protection de l'adulte doit instituer la curatelle la plus adaptée possible aux besoins de la personne concernée. Elle doit d'une part déterminer quel type de curatelle il convient d'instituer. D'autre part, elle doit définir aussi précisément que possible les tâches du curateur (art. 391 CC). Ces tâches concernent tant l'assistance personnelle que la gestion du patrimoine ou les affaires juridiques.

126 Art. 382 à 387 CC.

127 Art. 388 à 439 CC.

128 Art. 393 CC.

129 Art. 394 CC.

130 Art. 396 CC.

131 Art. 398 CC.

Les curatelles peuvent être combinées les unes avec les autres, à l'exception de la curatelle de portée générale (art. 397 CC).

Lorsque l'institution d'une curatelle paraît manifestement disproportionnée en raison de l'ampleur des tâches, l'autorité de protection de l'adulte peut agir elle-même pour la personne concernée (art. 392 CC). Elle peut notamment consentir à un acte juridique ou donner mandat à un tiers d'accomplir des tâches particulières, ou encore désigner une personne ou un service adaptés à qui sont conférés un droit de regard et d'information dans certains domaines.

Une personne peut être placée contre son gré ou sans son consentement dans une institution appropriée dans le cadre d'un *placement à des fins d'assistance*.¹³² Un tel placement vise à rendre son autonomie à la personne concernée et à la responsabiliser. Le placement aux fins d'assistance au sens large «est compris comme la désignation du lieu de séjour contre la volonté (présumée/hypothétique) d'une personne visant la prévoyance personnelle ainsi que la prise en charge et/ou le traitement liés à ce séjour».¹³³

L'autorité de protection de l'adulte est en principe compétente pour ordonner le placement d'une personne à des fins d'assistance et sa libération.¹³⁴ Elle peut, dans des cas particuliers, déléguer à l'institution sa compétence de libérer la personne concernée.¹³⁵ Les cantons peuvent toutefois désigner des médecins habilités à ordonner le placement d'une personne en institution pour une durée déterminée par le droit cantonal. Cette durée ne doit pas dépasser 6 semaines.¹³⁶ Le médecin doit examiner lui-même la personne concernée et l'entendre. La décision de placer la personne concernée doit contenir au moins les indications suivantes: le lieu et la date de l'examen médical, le nom du médecin, les résultats de l'examen, les raisons et le but du placement, ainsi que les voies de recours. Dans la mesure du possible, le médecin communique par écrit la décision de placer la personne concernée à l'un de ses proches et l'informe de la possibilité de recourir contre cette décision.¹³⁷

La personne placée dans une institution a le droit de faire appel à une personne de son choix qui l'assistera pendant la durée de son séjour et jusqu'au terme des procédures en rapport avec celui-ci.¹³⁸ Cette personne de confiance a notamment pour tâche d'expliquer à la personne concernée les droits dont elle dispose et de l'aider à les exercer. Elle est par ailleurs un interlocuteur important pour l'institution dans le cadre de l'élaboration du plan de traitement. La personne de confiance ne dispose toutefois pas de pouvoirs de représentation.

132 Art. 426 CC.

133 Büchler/Jakob, Kurzkommentar ZGB, art. 426, 2^e édition.

134 Art. 428 al. 1 CC.

135 Art. 428 al. 2 CC.

136 Art. 429 CC.

137 Art. 430 CC.

138 Art. 432 CC.

Si une personne est placée en clinique psychiatrique pour y subir un traitement médical en raison de troubles psychiques, le médecin traitant est tenu d'établir un plan de traitement écrit avec elle ou avec la personne de confiance.¹³⁹ Le médecin renseigne la personne concernée et la personne de confiance sur tous les aspects pertinents des mesures médicales envisagées, en particulier leur raison, leur but, leur nature, leurs modalités, leurs risques et effets secondaires, ainsi que sur les conséquences d'un défaut de soins et l'existence d'autres traitements.¹⁴⁰ Si la personne concernée refuse de donner son consentement ou ne peut pas le donner parce qu'elle est incapable de discernement, le médecin-chef du service concerné peut prescrire les soins prévus par le plan de traitement même contre le gré de l'intéressé si certaines conditions restrictives sont réalisées.¹⁴¹ En cas d'urgence, il est possible de prendre immédiatement les mesures médicales indispensables à la protection de la personne concernée ou de tiers.¹⁴²

Les autorités de protection de l'adulte et la procédure¹⁴³

Le droit de la protection de l'adulte prévoit diverses autorités chargées de son application. Parmi elles, l'autorité de protection de l'adulte et son autorité de surveillance jouent un rôle essentiel. L'autorité de protection de l'adulte exerce également les tâches de l'autorité de protection de l'enfant.

L'autorité de protection de l'adulte est une autorité interdisciplinaire désignée par les cantons. Elle se compose de trois membres au moins et prend en général ses décisions en tant qu'autorité collégiale. Cette autorité occupe une position clé dans l'application du droit de la protection de l'adulte. Elle établit les faits d'office. Elle procède à la recherche et à l'administration des preuves nécessaires. Elle peut charger un tiers ou un service d'effectuer une enquête. Si nécessaire, elle ordonne un rapport d'expertise.¹⁴⁴

L'autorité de surveillance contrôle l'activité de l'autorité de protection de l'adulte et veille à l'application correcte et uniforme du droit.¹⁴⁵ Elle intervient d'office si elle a connaissance d'un manquement ou d'une omission de l'autorité de protection de l'adulte. L'autorité de surveillance n'est pas habilitée à corriger les décisions prises par l'autorité de protection de l'adulte dans un cas concret. Seul le tribunal compétent est habilité à réexaminer cette décision lors d'une procédure de recours. Les cantons désignent l'autorité de surveillance et définissent son organisation.

139 Art. 433 CC.

140 Art. 433 CC.

141 Art. 434 CC.

142 Art. 435 CC.

143 Art. 440 à 456 CC.

144 Art. 446 CC.

145 Art. 441 CC.

L'autorité de protection de l'adulte du lieu de domicile de la personne concernée est compétente pour ordonner et annuler des mesures officielles.¹⁴⁶ La procédure est en principe régie par le droit cantonal, les cantons étant toutefois tenus d'observer certains principes de droit fédéral.¹⁴⁷ L'autorité de protection de l'adulte intervient d'office ou après avoir été avisée qu'une personne a besoin d'aide.¹⁴⁸

Dans le cadre de sa fonction d'autorité de surveillance, l'autorité de protection de l'adulte est une instance de recours qui peut être saisie pour statuer sur les actes et les omissions du curateur.¹⁴⁹

Les décisions de l'autorité de protection de l'adulte peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge compétent. Ont la qualité pour recourir les personnes parties à la procédure, les proches de la personne concernée et les personnes qui ont un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée. Le recours doit être dûment motivé et interjeté par écrit auprès du juge.¹⁵⁰

3.6 Directives anticipées du patient

Les directives anticipées constituent un instrument de l'autodétermination. Depuis le 1^{er} janvier 2013, le caractère contraignant des directives anticipées fait l'objet d'une réglementation uniforme pour toute la Suisse.¹⁵¹ Les décisions relatives aux traitements médicaux relèvent des droits strictement personnels. Dès lors, toute personne capable de discernement est en droit de rédiger des directives anticipées. Elle peut y déterminer à quels traitements médicaux elle consent ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Elle peut également désigner une personne de confiance qui discuterait des traitements avec le médecin et déciderait, en son nom, des mesures à prendre ou non.

Les directives anticipées exigent la forme écrite. Il n'est pas nécessaire que l'auteur les rédige de sa main, il peut aussi recourir à des formulaires standards ou à des textes pré-rédigés. Le document n'est valable que s'il est daté et signé de la main de son auteur. Les directives anticipées peuvent également être intégrées dans un mandat pour cause d'incapacité (cf. chap. 3.5). Il incombe à leur auteur d'informer le destinataire potentiel de l'existence de directives anticipées. Celles-ci peuvent être conservées dans différents lieux, notamment au domicile de l'intéressé, chez une personne de confiance et/ou chez le médecin de famille. Il est recommandé de mettre dans son porte-monnaie une carte indiquant leur emplacement.¹⁵²

146 Art. 442 CC.

147 Art. 443 à 450f CC.

148 Art. 443 CC.

149 Art. 419 CC.

150 Art. 450 CC.

151 Art. 370 à 373 CC.

152 www.fmh.ch → FR → Prestations → Droit → Directives anticipées → Carte.

Il incombe au médecin de statuer sur l'applicabilité des directives anticipées. Celui-ci détermine en particulier si le patient est incapable de discernement et si la situation que celui-ci a envisagée est réalisée. Si la volonté de la personne concernée est suffisamment claire, elle lie le médecin et vaut comme étant la volonté réelle du patient au moment de l'intervention. Le médecin respecte les directives anticipées «sauf si elles violent des dispositions légales, ou si des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont l'expression de sa libre volonté ou qu'elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée». ¹⁵³ Serait notamment illicite l'instruction de procéder à une intervention non indiquée ou à un traitement aux risques élevés si une intervention moins risquée présentant les mêmes bénéfices thérapeutiques est possible.

La FMH et l'ASSM ont rédigé conjointement deux textes de directives anticipées (version courte et version longue), qui peuvent être téléchargés gratuitement sur leurs sites Internet respectifs. ¹⁵⁴

La FMH et l'ASSM conseillent à l'auteur des directives anticipées d'avoir un entretien de conseil personnel, p.ex. avec son médecin de famille, avec le spécialiste qui le traite ou avec le personnel soignant, ce qui correspond à l'idée de base de l'Advance Care Planning (ACP). Les directives médico-éthiques de l'ASSM contiennent aussi des informations utiles à la rédaction des directives anticipées. ¹⁵⁵

En cas de consentement à un traitement médical contenu dans des directives anticipées, le médecin n'a pas d'obligation d'informer. On présume alors que l'auteur disposait des informations nécessaires à la formation de sa volonté et a renoncé tacitement à des renseignements médicaux supplémentaires. Cela contrevient au principe central en droit médical du consentement éclairé. Les directives anticipées peuvent donc être valablement rédigées sans explications médicales.

On tente aujourd'hui de combler les lacunes affectant les directives anticipées constatées dans la pratique (p.ex. l'absence d'information, des instructions peu claires, etc.) par la procédure de l'ACP. Il s'agit d'une planification anticipée en matière de santé. L'objectif est notamment de disposer de directives anticipées pertinentes. Toutefois, l'enjeu ne porte pas seulement sur le document physique final des directives anticipées, mais avant tout sur un processus continu fait d'entretiens entre les différents intéressés (Shared Decision Making). L'ACP a pour but de pouvoir présumer l'existence d'un consentement éclairé en cas d'instructions médicales contenues dans des directives anticipées. ¹⁵⁶

153 Art. 372 al. 2 CC.

154 www.fmh.ch → FR → Directives anticipées.

155 www.assm.ch → Ethique → Aperçu des thèmes → Directives anticipées.

156 Cf. Céline Suter, Advance Care Planning und Vertreterverfügungen in Jusletter du 28 janvier 2019.

3.7 Le dossier médical

Les dispositions relatives au mandat, le Code de déontologie de la FMH et les lois cantonales sur la santé obligent le médecin à tenir un dossier médical (DM) dans les règles de l'art.¹⁵⁷ Ce dossier doit faire état des explications fournies, des examens, des traitements et des réflexions du médecin.

Les lois cantonales règlent plus ou moins dans le détail la manière dont un DM doit être tenu.¹⁵⁸ Le Tribunal fédéral a estimé que le DM devait en premier lieu garantir que le traitement est compréhensible du point de vue médical pour assurer la suite de la prise en charge. Ensuite, et en conséquence de ce premier objectif, le DM doit pouvoir être utilisé comme moyen de preuve en cas de litige. Afin d'assurer son intelligibilité, le DM doit être complet, renseigner sur le suivi effectif et éviter les malentendus. Il est déterminant que le DM contienne les documents et les informations usuels nécessaires du point de vue médical. Cela ne concerne pas les éléments évidents si leur documentation n'est pas habituelle du point de vue médical et que leur absence ne constitue pas une lacune.¹⁵⁹

L'intelligibilité et l'exhaustivité impliquent également qu'on puisse déterminer qui a procédé à quelles annotations ou modifications dans le DM.¹⁶⁰

Des inscriptions erronées ou manquantes peuvent avoir une incidence négative sur une éventuelle procédure judiciaire. Le Tribunal fédéral a allégé l'administration de la preuve incombant à un patient parce que le rapport opératoire était lacunaire, contenait des informations fallacieuses et parce qu'une vidéo de l'opération avait été éliminée.¹⁶¹

Le DM constitue juridiquement un recueil de données et est donc soumis à la législation sur la protection des données. Les principes suivants, applicables en la matière, doivent donc être observés.¹⁶²

Constitue un traitement de données toute opération relative à des données personnelles, notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données. Les données en matière de santé font partie des données particulièrement dignes de protection.¹⁶³

157 Art. 400 CO; p. ex. art. 28 de la Loi sur la santé du canton du Valais; § 13 Gesundheitsgesetz du canton de Zurich: [Le] DM renseigne sur les informations données et le traitement, notamment les examens, les diagnostics, la thérapie et les soins. [...] L'auteur des inscriptions portées au DM doit être immédiatement identifiable»; art. 12 du Code de déontologie de la FMH.

158 Certaines lois fédérales spéciales récentes contiennent des dispositions particulières sur la tenue du DM (cf. chap. 4.1 à 4.5); p. ex. § 37 du règlement des patients de l'Hôpital cantonal lucernois.

159 ATF 141 III 363.

160 Par ex. § 17 al. 3 Patientinnen- und Patientengesetz du canton de Zurich.

161 Arrêt du Tribunal fédéral (4C.378/1999) du 23 novembre 2004.

162 La révision de la Loi sur la protection des données sera probablement terminée dans le courant de l'année 2020. Pour les considérations suivantes, seront mentionnés le droit actuel et les dispositions correspondantes du nouveau droit selon le projet (cité «projet LPD»).

163 Art. 3 LPD; art. 4 let. d projet LPD.

Le traitement des données personnelles doit être licite et conforme au principe de proportionnalité, c'est-à-dire répondre à son but. Le DM ne doit dès lors contenir que des données en lien avec le traitement médical. Dans la mesure où le traitement des données n'est plus nécessaire, et en l'absence de disposition légale ou d'instruction de l'employeur contraires, les données doivent être effacées ou anonymisées.¹⁶⁴ On peut en principe partir de l'idée qu'elles peuvent être détruites à l'échéance de l'obligation de conserver le DM. Il faut néanmoins tenir compte du fait que le DM peut encore être nécessaire en cas de litige juridique ou pour le suivi du patient et que, dans ces cas, les données ne doivent pas être détruites à l'échéance du délai de conservation du DM.

Les DM doivent être conservés au cabinet médical pendant au moins 10 ans à compter de la date de la dernière inscription.¹⁶⁵ Certains cantons prévoient des délais plus longs pour les hôpitaux publics.¹⁶⁶ Il en va de même pour certains contrats de soins particuliers, tels ceux qui concernent les rapports de travail ou la procréation médicalement assistée.¹⁶⁷ Même si les dispositions cantonales relatives à l'obligation de conservation ne seront pas adaptées, dans un premier temps, au nouveau délai de prescription de droit privé de 20 ans qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020, la FMH recommande de se conformer au nouveau délai de prescription.¹⁶⁸ Ce d'autant plus qu'en cas de litige, le médecin doit prouver qu'il a correctement informé le patient, ce qu'il ne sera en mesure de faire que si le DM contient les inscriptions correspondantes.

Les données inexactes doivent être rectifiées.¹⁶⁹ En cas de doute sur l'exactitude des données lors d'un traitement médical, et si le patient conteste p.ex. le contenu du DM, les inscriptions effectuées par le médecin ne peuvent pas simplement être remplacées par les allégations du patient. Dans ce cas, le patient peut exiger l'ajout d'une remarque au DM indiquant qu'il conteste l'exactitude d'une inscription et fait état de son propre point de vue.¹⁷⁰

164 Art. 5 LPD; Art. 5 et 28 projet LPD.

165 Art. 958f al. 1 CO; p.ex. § 13 al. 3 Gesundheitsgesetz du canton de Zurich; art. 26 al. 2 de la Loi sur la santé publique du canton de Berne.

166 Par ex. art. 6 al. 2 et 3 de l'Ordonnance sur les patients et les professionnels de la santé (OPat) du canton de Berne.

167 Art. 8 de l'annexe 4 du Code de déontologie de la FMH (40 ans pour la documentation de la médecine du travail); art. 26 LPMA (80 ans pour les données concernant la naissance d'un enfant conçu grâce à un don de sperme).

168 Les créances découlant de lésions corporelles nées (également) après le 1^{er} janvier 2020 sont soumises à un délai de prescription de 20 ans, si aucun autre délai de prescription ne s'y applique.

169 Art. 5 al. 2 LPD; art. 4 al. 5, art. 28 projet LPD.

170 Art. 15 al. 2 LPD; art. 28 al. 3 projet LPD; § 17 al. 4 Patientinnen- und Patientengesetz du canton de Zurich.

Le patient a le droit de consulter son DM et de demander des renseignements sur le traitement des données qui y figurent. S'il y consent, il est suffisant de lui communiquer les inscriptions figurant au DM par le biais d'un professionnel de la santé qu'il aura désigné.¹⁷¹

Les tiers ont, selon le projet de révision de la LPD, le droit de consulter le DM d'une personne décédée pour autant qu'ils fassent valoir un intérêt digne de protection, ou si la personne réclamant la consultation est parente en ligne directe avec le défunt, était mariée avec lui (ou était son partenaire enregistré), faisait ménage commun avec lui ou est son exécuteur testamentaire. Il faut pour cela que la personne décédée ne se soit pas expressément opposée à une telle consultation, qui ne doit être contraire ni à un besoin de protection particulier du défunt, ni aux intérêts de tiers¹⁷². Le Tribunal fédéral a clairement jugé que le secret médical ne prend pas fin au décès du patient et qu'il faut donc considérer que les proches et les héritiers du défunt n'ont aucun droit aux informations figurant dans le dossier médical, car un accord tacite du patient dans ce sens ne saurait être présumé à la légère. Ce n'est que si la volonté du défunt de renoncer à la confidentialité est clairement exprimée qu'il est possible d'en assouplir la protection.¹⁷³ Si le médecin n'est pas sûr du fait que les intérêts en présence autorisent la consultation du DM, il doit alors invoquer le secret professionnel. Ce peut être le cas lorsqu'en raison de diagnostics médicaux spéciaux, il doit partir de l'idée ou même savoir que la personne décédée n'a pas voulu en informer ses proches. L'autorité compétente statue sur la demande de consultation lorsqu'elle en est saisie par le médecin ou par un tiers (voir également chap. 6.1).¹⁷⁴

Tenue électronique du dossier médical (DM)

La tenue électronique du DM est autorisée.¹⁷⁵ Ici aussi, la documentation électronique doit permettre de déterminer en tout temps qui a procédé à quelles inscriptions et à quel moment. Pour les diagnostics et les rapports, il est dès lors important de travailler avec des versions pour pouvoir déterminer quelle version était applicable à un moment donné (rapport provisoire ou définitif). Dans le cadre du déroulement du traitement, il convient également de s'assurer que les nouvelles inscriptions ne remplacent pas les anciennes.

171 Art 8 LPD; art. 23 projet LPD; § 37 ss du règlement des patients de l'Hôpital cantonal lucernois; § 19 Patientinnen- und Patientengesetz du canton de Zurich; art. 13 du Code de déontologie de la FMH.

172 Art. 16 Projet LPD.

173 Arrêt du Tribunal fédéral (2C_37/2018) du 15 août 2018, cons. 6.2.3 ss.

174 Art. 16 LPD; art. 16 projet LPD; art. 321 CP.

175 Art. 4 let. d LPD; art. 4 let. d projet LPD; p.ex. § 2 Patientinnen- und Patientengesetz du canton de Zurich.

Sécurité

Indépendamment de la forme sous laquelle le DM est tenu, le médecin doit veiller à ce qu'il ne puisse être ni endommagé ou détruit accidentellement, ni consulté par des personnes non autorisées.

Ne sont pas autorisées toutes les personnes qui ne sont pas impliquées dans le traitement si le patient ne les a pas autorisées, expressément ou par actes concluants, à consulter le DM.¹⁷⁶ Même les proches ou les parents d'un mineur capable de discernement ne peuvent prendre connaissance de son DM que s'il y consent.

Les DM doivent donc être entreposés dans des armoires qui peuvent être fermées à clé et résistent au feu, et dans un endroit où ils ne risquent pas d'être endommagés en cas d'inondation.

Les mêmes règles s'appliquent aux données électroniques: il convient d'en faire des copies de sécurité de manière continue ou du moins régulièrement et de les conserver ailleurs, ou en tout cas dans un lieu où elles sont protégées de l'eau et du feu. De telles copies doivent également être protégées contre un accès par des personnes non autorisées.

En ce qui concerne les appareils portables (notebooks, tablettes), la sauvegarde des données doit être codée, afin que celles-ci ne soient pas lisibles en cas de perte ou de vol.

En cas de sauvegarde sur Internet («Cloud Computing»), il convient de s'assurer que les communications avec le fournisseur de services soient codées et que l'authentification soit suffisamment résistante (par exemple au moyen d'une authentification à deux facteurs entre le terminal et le fournisseur de services). Lors du choix du fournisseur, il convient de procéder à un examen critique de la sécurité des données et des règles de protection des données qu'il propose. Selon les recommandations du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (FPDPT)¹⁷⁷, les données ne doivent être traitées que de la manière dont le médecin serait lui-même autorisé à le faire et pour autant qu'aucune obligation légale ou contractuelle de confidentialité ne l'interdise. Le médecin doit en particulier s'assurer que le fournisseur de services garantisse la sécurité des données.

Cela signifie que les données doivent être protégées contre un traitement non autorisé par des mesures techniques et organisationnelles adaptées. Cela inclut également les mesures visant à assurer la confidentialité, la disponibilité et l'intégrité des données. La FMH recommande en principe de vérifier que les données et toutes les personnes y ayant accès se trouvent en Suisse. Dans tous les cas, le fournisseur de services doit être tenu d'observer pleinement la législation suisse en matière de protection des données.

176 Art. 321 CP; § 15 Patientinnen- und Patientengesetz du canton de Zurich: art. 11 du Code de déontologie de la FMH.

177 www.edoeb.admin.ch → FR → Protection des données → Internet et ordinateur → Cloud Computing.

3.8 La Loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP)

La Loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP) prévoit qu'à partir du mois d'avril 2020, les patients puissent ouvrir un dossier électronique (DEP) qui leur permette d'accéder à leurs données en matière de santé. Entre-temps, l'art. 39 al. 1 let. f de la Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) oblige les hôpitaux à s'affilier à une communauté¹⁷⁸ proposant le DEP. Le DEP n'est pas un dossier médical au sens traditionnel. Aux termes de l'art. 2 let. a LDEP, le dossier électronique du patient est bien plus «un dossier virtuel permettant de rendre accessibles en ligne, en cas de traitement concret, des données pertinentes pour ce traitement qui sont tirées du dossier médical d'un patient et enregistrées de manière décentralisée ou des données saisies par le patient lui-même». Dès lors, même si un patient tient un DEP, le médecin ne peut pas renoncer à documenter le dossier médical.

Les médecins qui s'affilient à une communauté au sens de la LDEP sont tenus en raison de leur obligation légale ou contractuelle de diligence et de documentation de mettre en œuvre le DEP de manière approuvée.

Un patient peut en principe partir de l'idée que le médecin ayant accès au DEP y saisit les données pertinentes pour le traitement. Il n'a pas besoin de l'inviter expressément à le faire, car en cas de traitement, on présume que la personne concernée accepte que les professionnels de la santé saisissent des données dans le DEP (art. 3 al. 2 LDEP).¹⁷⁹ Lorsque le patient ou un autre professionnel de la santé demande concrètement au médecin l'accès à certaines données du DEP pertinentes pour le traitement, le médecin est alors obligé de saisir ces données. Une telle obligation existe aussi lorsque le médecin doit déduire des circonstances concrètes que les données seront nécessaires à des traitements envisageables dans le futur.

3.9 Médicaments, stupéfiants et dispositifs médicaux

La Loi sur les produits thérapeutiques (LPh) «vise à garantir la mise sur le marché de produits thérapeutiques de qualité, sûrs et efficaces». De plus, la Confédération doit veiller, dans l'exécution de la loi, à ce que «la recherche et le développement dans le domaine pharmaceutique se déroulent dans des conditions favorables».¹⁸⁰

178 Message concernant la LDEP, FF 2013 4747, p. 4762: on qualifie de communauté ou communauté de référence une unité organisationnelle de professionnels de la santé et de leurs institutions qui est impliquée dans le traitement des patients et qui produit ou consulte des informations sur le patient.

179 Voir également «Loi fédérale sur le dossier électronique du patient: questions et réponses», version 5 du 21 décembre 2018, publié par eHealth Suisse, Centre de compétence et de coordination de la Confédération et des cantons.

180 Art. 1 LPh.

La deuxième révision de la LPTh de 2016 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019. De nombreuses dispositions de la LPTh et presque toutes les ordonnances y relatives ont été modifiées. La révision de la LPTh assouplit notamment les exigences relatives à la remise de médicaments par les pharmaciens et modifie leur répartition dans les différentes catégories. Elle fixe des exigences minimales concernant la prescription de médicaments. Elle précise les obligations d'annoncer et prévoit la publication d'une liste pour les recommandations de dosage «off-label» en pédiatrie. Les rapports d'évaluation résumés qui fondent les décisions d'autorisation concernant les médicaments à usage humain contenant de nouveaux principes actifs sont désormais publiés.

En revanche, l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la LPTh révisée relatives à «l'intégrité, la transparence et la répercussion des avantages» a été reportée vraisemblablement au 1^{er} janvier 2020; le Conseil fédéral se voit attribuer la compétence d'édicter des ordonnances visant à limiter le sponsoring industriel dans le cadre du financement des manifestations de formation postgraduée médicale. Parallèlement à cela, la Loi sur l'assurance maladie (LAMal) prévoit désormais que les assureurs et les fournisseurs de prestations peuvent convenir que les avantages et les rabais ne doivent pas être intégralement répercutés.¹⁸¹

Médicaments

Selon la LPTh, les médicaments sont des «produits d'origine chimique ou biologique destinés à agir médicalement sur l'organisme humain ou animal, ou présentés comme tels, et servant notamment à diagnostiquer, à prévenir ou à traiter des maladies, des blessures et des handicaps; le sang et les produits sanguins sont considérés comme des médicaments».¹⁸² L'Institut suisse des produits thérapeutiques, Swissmedic, autorise les médicaments lorsqu'ils sont sûrs et efficaces. Les indications et la posologie fixées par les entreprises pharmaceutiques sont vérifiées. Swissmedic contrôle en outre les divers aspects des informations publiées à l'intention des professionnels de la santé, ainsi que les informations destinées aux patients et figurant dans les emballages des médicaments. La deuxième révision de la LPTh prévoit désormais que la solution qui succèdera au Compendium des médicaments sera une liste électronique d'informations sur les médicaments publiée «de manière complète, actuelle, structurée et appropriée» par les parties prenantes réunies en fondation.¹⁸³

181 Art. 56 al. 3bis LAMal.

182 Art. 4 al. 1 let. a LPTh.

183 Art. 67 al. 3 et 4 LPTh.

La LPT^h régleme aussi les médicaments fabriqués selon les formules magistrales («formula officinalis»).¹⁸⁴ Cette notion désigne les médicaments qui sont préparés par le pharmacien sur ordonnance médicale pour un patient déterminé. «Les médicaments n'étant pas toujours disponibles dans le dosage ou la forme galénique souhaitée, les pharmaciens continuent de proposer des fabrications de préparations à destination des enfants.»¹⁸⁵

L'autorisation d'un médicament par Swissmedic ne garantit pas que les coûts en seront remboursés par les assureurs-maladie. Il revient à l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) de décider de sa prise en charge par les caisses après avoir entendu la Commission fédérale des médicaments (CFM), en particulier lorsque le médicament contient de nouveaux principes actifs. Alors que Swissmedic examine la sécurité et l'efficacité des médicaments, l'OFSP se prononce sur leur rapport coûts-utilité (cf. chap. 3.16).

Le médecin administrant, prescrivant ou remettant un médicament (propharmacie) doit respecter les règles reconnues des sciences pharmaceutiques et médicales lors de la prescription et de la remise de médicaments et connaître l'état de santé du patient. Tout médecin bénéficiant d'une autorisation d'exercer délivrée par l'autorité compétente du canton dans lequel il exerce son activité a le droit de prescrire des médicaments.

Des règles spéciales sont applicables aux médicaments soumis à la Loi sur les stupéfiants (voir ci-après). Les médecins-assistants ont eux aussi le droit de prescrire des médicaments sur les ordonnances de leur employeur (hôpital ou médecin indépendant), étant précisé qu'ils le font sous la surveillance et la responsabilité du médecin auquel ils sont subordonnés. En revanche, le médecin qui prescrit des médicaments sur des ordonnances à son nom exerce sa profession sous sa propre responsabilité et doit posséder pour ce faire, en vertu de la loi cantonale sur la santé concernée, un titre de formation postgrade et une autorisation d'exercer.

«Le personnel médical qui a renoncé à son activité en cabinet peut encore exercer une activité médicale limitée avec une autorisation de pratiquer valable ou avec l'autorisation correspondante délivrée par le canton. Cela inclut la prescription de médicaments dans le cadre de l'activité autorisée (p.ex. représentation du cabinet, traitement de parents proches ou d'amis).»¹⁸⁶ La pratique cantonale est déterminante à cet égard; voir notamment les discussions et les procédures de recours suite à la décision rendue en 2017 par la Direction cantonale zurichoise de la santé de supprimer l'autorisation pour les seniors.

184 Art. 9 al. 2 let. a LPT^h.

185 Site Internet de l'Association suisse des pharmaciens de l'administration et des hôpitaux (GSASA).

186 Association des pharmaciens cantonaux du Nord-Ouest de la Suisse, prise de position

H 010.01 de 2012, p. 1.

La deuxième révision de la LPTH renforcera les exigences minimales liées à la prescription de médicaments dès le 1^{er} janvier 2020.¹⁸⁷ En cas d'ordonnances électroniques, le droit fédéral exige une signature électronique qualifiée ou, alternativement, une «signature ou une forme de transmission qui garantit avec la même efficacité les différentes fonctions de sécurité telles que la garantie de l'authenticité (habilitation de la personne qui rédige l'ordonnance), l'intégrité des données (protection contre la falsification) ainsi que la confidentialité (protection contre une utilisation multiple)».¹⁸⁸ En conséquence, les réglementations cantonales qui n'autorisent que la signature qualifiée pour les ordonnances électroniques ne sont à notre avis pas conformes au futur droit fédéral.

Stupéfiants

Le principe des «quatre piliers» a été introduit dans la Loi sur les stupéfiants de 1951 lors de la révision de 2008 (prévention, thérapie, réduction des risques, répression). Les stupéfiants destinés à un usage médical sont soumis à des contrôles spéciaux. Il faut justifier médicalement le but principal visé par un tel usage (par exemple, le traitement de douleurs), et tenir compte du risque spécifique de dépendance. La prescription de stupéfiants figurant sur les tableaux a et d de l'Ordonnance sur les tableaux des stupéfiants (OTStup-DFI) «ne doit pas dépasser le besoin nécessaire à un traitement d'une durée d'un mois. Si les circonstances le justifient, il est possible de prescrire une quantité destinée à couvrir un traitement de trois mois au maximum. En pareil cas, le médecin prescripteur doit indiquer sur l'ordonnance la durée précise du traitement.»¹⁸⁹ L'ordonnance peut toutefois être renouvelée un nombre illimité de fois. Le médecin qui administre, remet ou prescrit des stupéfiants doit être titulaire d'une autorisation de pratiquer ou travailler sous la surveillance d'un médecin titulaire de cette autorisation.

Les stupéfiants des tableaux b et c peuvent, si nécessaire, être prescrits pour une durée d'un mois. «Si les circonstances le justifient, il est possible de prescrire une quantité destinée à couvrir un traitement de 6 mois au maximum. En pareil cas, le médecin prescripteur doit indiquer sur l'ordonnance la durée précise du traitement.»¹⁹⁰ Cette ordonnance peut aussi être renouvelée un nombre illimité de fois.

La prescription de stupéfiants et de substances psychotropes limitée dans le temps vise à garantir un contrôle médical par le médecin prescripteur. Si les circonstances le justifient, le médecin peut établir une nouvelle ordonnance de même durée.

187 Art. 26 al. 2bis LPTH et art. 51 de l'Ordonnance sur les médicaments (OMéd).

188 Explications relatives à l'art. 51 OMéd. septembre 2018.

189 Art. 45 et 47 de l'Ordonnance sur le contrôle des stupéfiants (OCStup).

190 Art. 48 OCStup.

Les médecins ne peuvent prescrire des médicaments contenant des substances soumises à contrôle qu'aux patients qu'ils ont examinés eux-mêmes.¹⁹¹ L'ordonnance prévue spécialement à cet effet doit être utilisée pour la prescription de substances contrôlées des tableaux a et d. Une simple ordonnance suffit pour prescrire des médicaments contenant les substances contrôlées des tableaux b et c.¹⁹² Les stupéfiants des tableaux a et d de l'OTStup-DFI doivent être prescrits sur les formulaires-DFI officiels d'ordonnance; trois stupéfiants au maximum peuvent y figurer par ordonnance. Une autorisation cantonale est requise pour la prescription, la remise et l'administration de stupéfiants à des personnes dépendantes de telles substances (concerne tous les tableaux, et donc aussi les benzodiazépines). Les traitements avec prescription d'héroïne doivent faire l'objet d'une autorisation fédérale.¹⁹³

Dispositifs médicaux

Les dispositifs médicaux, à savoir les «produits, y compris les instruments, les appareils, les diagnostics *in vitro*, les logiciels et autres objets ou substances destinés à un usage médical, ou présentés comme tels, dont l'action principale n'est pas obtenue par un médicament»¹⁹⁴ doivent répondre à certaines exigences. Un dispositif médical utilisé conformément à sa destination ne doit pas mettre en danger la santé des utilisateurs, des consommateurs, des patients ou de tiers. Le Conseil fédéral fixe les exigences auxquelles les dispositifs médicaux doivent satisfaire.¹⁹⁵ Contrairement aux médicaments, de tels produits ne font pas l'objet d'autorisations spécifiques délivrées par Swissmedic. Les entreprises qui commercialisent des dispositifs médicaux doivent démontrer que ceux-ci satisfont aux exigences et présentent les propriétés requises. Les organismes accrédités et désignés pour évaluer la conformité des dispositifs médicaux délivrent les certificats correspondants.

Suite à divers incidents, l'UE a renforcé les mécanismes de contrôle appliqués aux dispositifs médicaux. Ainsi, par exemple, les fabricants devront à l'avenir prouver le bénéfice et la pertinence des produits à haut risque de manière plus approfondie qu'auparavant par le biais d'études cliniques. Par ailleurs, une identification claire de tous les produits doit permettre une traçabilité sans faille.

La Suisse aussi remanie son droit des dispositifs médicaux. Le 30 novembre 2018, le Conseil fédéral a transmis son message au Parlement: «Le présent projet a pour objectif d'améliorer, en Suisse également, la qualité et la sécurité des dispositifs médicaux en se fondant étroitement sur deux nouveaux règlements européens. Les patients continueront de profiter de l'intégralité de l'offre européenne en dis-

191 Art. 46 al. 1 OCStup.

192 Art. 46 al. 2 resp. 3 OCStup.

193 Art. 3e al. 1 LStup.

194 Art. 4 al. 1 let. b LPTh.

195 Art. 45 LPTh.

positifs médicaux et les fabricants suisses auront toujours accès au marché intérieur européen sans subir de désavantages concurrentiels.» Ces modifications légales devraient entrer en vigueur au premier semestre 2020.

À l’instar de ce qui se fait pour les médicaments, il incombe à l’OFSP de décider de l’obligation de prise en charge des dispositifs médicaux par les caisses maladie (cf. chap. 3.16).

3.10 «Off-label use», «unlicensed use» et «compassionate use»

Les utilisations du type «off-label use», «unlicensed use» et «compassionate use» ne sont pas réglées par la Loi sur les produits thérapeutiques, mais sont généralement admises comme faisant partie de la liberté thérapeutique du médecin.

Dans sa directive médico-éthique¹⁹⁶, l’ASSM définit le «off-label use» comme «l’utilisation de médicaments prêts à l’emploi, autorisés en Suisse, qui s’écarte de l’utilisation autorisée et publiée dans le compendium des médicaments (p. ex. utilisation d’un médicament pour une indication non enregistrée, pour un groupe d’âge non autorisé ou administration dans une dose, une forme ou une durée non autorisées)». L’utilisation hors indication est pratiquement la règle dans de nombreuses disciplines médicales (notamment en pédiatrie, gynécologie, oncologie et gériatrie) parce que beaucoup de médicaments n’ont pas fait l’objet de recherches pour les groupes de patients concernés et n’ont donc pas été autorisés expressément à leur intention. L’utilisation «off-label» est également due au fait que l’industrie pharmaceutique ne peut ou ne veut pas toujours faire enregistrer les nouvelles indications attestées, que ce soit en raison du manque de données cliniques claires, d’un marché potentiel trop restreint, par peur de procédures en responsabilité civile, en raison des risques liés à leur image,¹⁹⁷ ou pour éviter que l’OFSP ne baisse le prix du médicament à cause de l’élargissement des indications. Selon le rapport «Essais thérapeutiques» du Conseil fédéral du 11 décembre 2015¹⁹⁸, on estime que des médicaments sont utilisés en dehors de l’indication autorisée dans 20 à 60% des cas, en fonction de la spécialité médicale, du pays ou du groupe de patients.

196 «Distinction entre thérapie standard et thérapie expérimentale dans le cadre individuel», directives médico-éthiques de l’ASSM (2014, adaptées en 2015).

197 Ainsi, p. ex., le fabricant du RU 486 n’a pendant longtemps pas enregistré ce médicament dans de nombreux pays, par peur des dégâts d’image.

198 «Essais thérapeutiques», rapport du Conseil fédéral en réponse à la motion 11.3001 «Essais thérapeutiques» déposée par la Commission de la science, de l’éducation et de la culture du Conseil national.

En 2016, l'Association des pharmaciens cantonaux a révisé ses recommandations concernant le «off-label use» de médicaments¹⁹⁹ en se fondant sur la directive de l'ASSM. Elle y précise notamment ce qui suit: «La notion d'*off-label use* est absente de la LPTH. Toutefois l'art. 26, al. 1 LPTH définit les principes de prescription et de remise des médicaments en renvoyant aux règles reconnues des sciences pharmaceutiques et médicales. Il ne s'agit pas que d'une reconnaissance administrative. Elle inclut les bonnes pratiques professionnelles (règles de l'art). Cette législation légitime le fait que l'usage de médicaments non encore validés par une autorité, mais dont l'utilité est par ailleurs démontrée et reconnue par les professionnels, est admissible.»

Néanmoins, le médecin porte la responsabilité de cet écart: il doit pouvoir justifier que l'utilisation hors étiquette correspondait à l'état actuel de la science, et qu'il a respecté son devoir de diligence au sens des articles 3 et 26 LPTH. Il doit en outre attirer l'attention de ses patients sur le fait que le droit de l'assurance-maladie n'autorise la prise en charge de l'utilisation «off-label» qu'à des conditions très restrictives (cf. chap. 3.16). Enfin, le médecin qui prescrit un stupéfiant pour une indication différente de celle qui est autorisée doit l'annoncer aux autorités cantonales.²⁰⁰

Selon la directive de l'ASSM, le «compassionate use» (traduction littérale: «usage compassionnel») désigne l'administration d'un médicament non (encore) autorisé à des patients en dehors du cadre d'un essai clinique. La révision de la LPTH a élargi le «compassionate use»: selon le libellé de son art. 9a al. 1, les indications de médicaments pouvant bénéficier d'une autorisation provisoire sur la base de documents incomplets peuvent être étendues aux préparations destinées à traiter des maladies susceptibles d'entraîner une invalidité. Aussi bien des traitements médicamenteux que des diagnostics (p. ex. les médicaments radiopharmaceutiques utilisés à des fins diagnostiques) peuvent être autorisés provisoirement pour un usage compassionnel. L'art. 9a LPTH s'applique tant aux médicaments à usage humain qu'aux médicaments à usage animal.

La révision de l'art. 9b LPTH simplifie aussi le «unlicensed use», c'est-à-dire l'utilisation d'un médicament prêt à l'emploi non autorisé en Suisse. L'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic) peut donner à certains médecins ou certaines cliniques l'autorisation d'administrer des médicaments n'étant encore qu'au stade des essais cliniques à des patients qui ne participent pas à ces essais. Il peut par ailleurs autoriser l'importation d'un médicament, limitée dans le temps

199 Recommandations de l'Association des pharmaciens cantonaux concernant l'off-label use de médicaments (2016).

200 Art. 11 al. 1bis LStup.

ou en termes de quantités, afin de pallier l'indisponibilité passagère d'un médicament identique autorisé en Suisse pour autant que: a. ce médicament soit autorisé dans un pays disposant d'un système de contrôle comparable et que b. aucun médicament autorisé très semblable pour l'essentiel ne soit disponible en Suisse.

Par ailleurs, le Conseil fédéral peut autoriser l'importation, en petites quantités, par les professionnels visés à l'art. 25 al. 1 let. b et c, dans les limites de leur droit de remettre des médicaments, de médicaments prêts à l'emploi, non autorisés à être mis sur le marché et non soumis à ordonnance, pour lesquels il est prouvé qu'aucun médicament de substitution et équivalent n'est autorisé (art. 20, al. 2bis LPh).

Pour la prise en charge des coûts des médicaments en «off-label» use et «unlicensed use», cf. chap. 3.16.

Thérapies non établies administrées à certains patients

La qualité scientifique des nouvelles thérapies et des nouveaux protocoles est en général évaluée dans le cadre de projets de recherche. Une nouvelle thérapie peut toutefois être administrée à certains patients sur la base d'une décision thérapeutique, indépendamment de tout projet de recherche. On parle alors de thérapie expérimentale dans le cadre individuel.

Les thérapies non établies s'appliquent notamment,

- lorsqu'il n'existe pas encore de traitement standard pour une indication déterminée, ou
- lorsque le traitement standard n'est pas ou plus efficace chez un patient.

Si une thérapie non établie est commandée au premier chef par l'intérêt d'un patient à l'issue d'une comparaison de tous les protocoles standards, il n'y a pas réellement de début de recherche. Les limites entre thérapie non établie et recherche peuvent toutefois être fluctuantes. Si on cherche à obtenir des connaissances généralisables applicables au-delà de la décision d'administrer le traitement en ce lieu et à ce moment à un patient déterminé, il s'agit en général de recherche.²⁰¹ Cela a incité l'ASSM à publier, en 2014, la directive «Distinction entre thérapie standard et thérapie expérimentale dans le cadre individuel». Cette directive définit les notions de «traitement standard» et de «thérapie expérimentale dans le cadre individuel» et renseigne sur les droits et obligations des médecins et des patients lorsque des thérapies expérimentales dans le cadre individuel sont appliquées en dehors de tout projet de recherche.

²⁰¹ Voir à ce sujet swissethics: «Clarification des compétences» (travaux de maturité, de bachelors et de masters, thèses, projets d'assurance-qualité, rapports d'expériences pratiques, essais thérapeutiques).

3.11 Examens radiologiques et laboratoire

Les examens radiologiques et de laboratoire exigent une formation spécifique.

Radiologie

Le 1^{er} janvier 2018 sont entrées en vigueur deux ordonnances entièrement révisées relatives à la radioprotection. Il s'agit de l'Ordonnance sur la radioprotection (ORaP) et de l'Ordonnance sur les formations, les formations continues et les activités autorisées en matière de radioprotection (Ordonnance sur la formation en radioprotection).^{202, 203} Les nouveautés essentielles dans le domaine de la formation médicale prégraduée, postgraduée et continue sont brièvement présentées ci-après:

Les notions d'«expertise» et de «qualification du personnel» ayant souvent engendré la confusion, le législateur opère désormais une distinction entre la fonction d'«*expert en radioprotection*» (exploitation d'installations à rayons X) et la «*formation et formation continue nécessaires en radioprotection*» (utilisation d'installations à rayons X). Les domaines des doses sont répartis en trois catégories, conformément à la dose de rayons X effectivement délivrée au patient (en mSv): faibles, modérés et élevés. Par ailleurs, l'Ordonnance sur la formation en radioprotection introduit désormais une obligation de formation continue quantitative. Celle-ci prévoit une périodicité de 5 ans. En fonction de la discipline et du domaine de doses, l'étendue de la formation continue a été fixée à 8 ou 4 crédits en 5 ans.

- Seul un expert en radioprotection peut exploiter une installation de rayons X. Cette personne répond notamment du personnel ayant affaire à l'installation.
- La compétence nécessaire à la fonction d'expert en radioprotection et, par conséquent, à l'exploitation d'une installation à rayons X dans un faible domaine de doses (clichés du thorax, des extrémités et du crâne) s'acquiert en suivant un cours d'expertise en radioprotection reconnu par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP).²⁰⁴ Le diplôme fédéral de médecin suffit pour l'utilisation d'une installation dans un faible domaine de doses.
- Dans les domaines de doses modérés et élevés, tant l'exploitation que l'utilisation de rayonnements ionisants nécessitent l'obtention d'un certificat d'aptitude en radioprotection défini par l'activité ou la discipline. Les programmes de formation complémentaire²⁰⁵ comprennent un cours en radioprotection reconnu par l'OFSP et l'apprentissage des applications pratiques et

202 Ordonnance sur la radioprotection (ORaP).

203 Ordonnance sur la formation en radioprotection.

204 Cours en radioprotection médicale reconnus par l'OFSP: www.radioprotection.ch

205 Peuvent être consultés sur le site Internet www.siwf.ch → FR → Formation postgraduée
→ Attestations de formation complémentaire.

des techniques propres à la spécialisation. Pour les radiologues, les radio-oncologues et les spécialistes en médecine nucléaire, cette formation postgrade est comprise dans les programmes de formation postgraduée correspondants.

- La formation continue en radioprotection peut être saisie sur la plateforme de formation continue de l'ISFM et les différents modules suivis peuvent faire l'objet d'une attestation en cas de besoin.

Les assistantes médicales (AM) titulaires d'un certificat fédéral de capacité sont habilitées à effectuer des examens radiologiques dans le domaine de doses faibles selon les instructions d'un médecin expert en la matière.²⁰⁶ Ce domaine comprend notamment les clichés du thorax et des extrémités. En sont exclus les examens du crâne, de l'exosquelette, du bassin, de l'abdomen, ainsi que tous les examens par tomographie axiale computerisée (TC) et les examens par installations assistées par radioscopie. Pour la prise de clichés dans des domaines de doses modérés, l'AM doit suivre une formation complémentaire en radioprotection.²⁰⁷

Conformément à l'Ordonnance sur la radioprotection, les titulaires d'une autorisation doivent charger un service de dosimétrie individuelle agréé de mesurer la dose reçue par toutes les personnes de l'entreprise qui sont professionnellement exposées aux radiations.²⁰⁸

Laboratoire

Depuis le 1^{er} janvier 2017, le médecin qui souhaite effectuer des examens de laboratoire conformément à la liste des analyses (diagnostic en présence du patient) dans un laboratoire de cabinet médical et facturer ces examens aux assurances sociales selon le tarif de la liste fédérale des analyses doit impérativement être titulaire d'une attestation de formation complémentaire pour la pratique du laboratoire au cabinet médical (AFCLP).²⁰⁹ Cela concerne également les médecins qui sont salariés dans un cabinet et ne facturent pas sous leur propre numéro RCC ou qui sont associés dans un cabinet de groupe. En effet, dans tous les cas, c'est le médecin traitant qui répond des analyses, de leurs résultats, ainsi que de l'interprétation de ces derniers, indépendamment de la manière dont les analyses sont menées en interne au cabinet (qu'elles soient effectuées par une AM ou un médecin).

Le médecin qui exploite un laboratoire dans son cabinet doit en outre attester une garantie de la qualité par des contrôles de qualité internes et externes (conformément à la Commission suisse pour l'assurance de qualité dans le laboratoire médical QUALAB).²¹⁰

206 Art. 2 al. 1 let. g ORap.

207 Voir l'annexe 2 de l'Ordonnance sur la formation en radioprotection.

208 Art. 64 ORap.

209 Le Collège de médecine de premier recours (CMPR) est compétent pour organiser les cours en question et octroyer les attestations de formation, www.kollegium.ch

210 www.qualab.swiss

3.12 Principes fondamentaux de l'assurance-maladie obligatoire

Les bases légales déterminantes en matière d'assurance-maladie sociale sont la Loi sur l'assurance-maladie (LAMal), l'Ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal) et l'Ordonnance du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS). Les dispositions de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) jouent également un rôle important dans ce contexte, tout comme l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne et ses États membres sur la libre circulation des personnes (ALCP).

L'ensemble de la population résidant en Suisse est assurée dans le cadre de l'assurance-maladie obligatoire. Le critère d'affiliation obligatoire est le domicile de droit civil d'une personne. Ce domaine est régi par le principe de prise en charge des coûts, c'est-à-dire que l'assurance obligatoire des soins prend à sa charge les coûts des prestations d'assurance et ne fournit pas elle-même ces prestations.

Assurance obligatoire

Toute personne domiciliée en Suisse doit être assurée dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins (AOS), et ce au plus tard dans les 3 mois suivant la prise de domicile ou la naissance. Il existe une obligation de s'assurer dans toute la Suisse. Les cantons sont chargés de faire respecter cette obligation, si nécessaire sous la forme d'une affiliation d'office à un assureur-maladie.²¹¹

Toute personne domiciliée en Suisse doit s'assurer pour les soins en cas de maladie,²¹² étant précisé que la notion de domicile est définie aux art. 23 à 26 du Code civil (CC).²¹³ La loi prévoit certaines exceptions au critère de rattachement du domicile.

Le Conseil fédéral peut cependant étendre l'obligation de s'assurer à des personnes qui n'ont pas de domicile en Suisse.²¹⁴ Les personnes qui séjournent en Suisse dans le seul but de suivre un traitement médical ou une cure ne sont pas tenues de s'assurer.²¹⁵

L'assurance est aussi obligatoire pour

- les étrangers vivant en Suisse et les saisonniers;
- les frontaliers d'un État de l'UE/AELE travaillant en Suisse. Des exceptions existent en fonction du pays de domicile et de la nationalité du travailleur;

211 Art. 6 LAMal.

212 Art. 3 al. 1 LAMal.

213 Art. 1 al. 1 OAMal.

214 Art. 3 al. 3 LAMal.

215 Art. 2 al. 1 let. b OAMal.

- les travailleurs de courte durée en Suisse domiciliés à l'étranger. Là aussi, il existe des exceptions en fonction du pays de domicile, de la nationalité ou du type de permis de travail du travailleur.

Les requérants d'asile et les personnes à protéger non titulaires d'une autorisation de séjour sont soumis à l'assurance-maladie obligatoire, mais le canton peut les soumettre à un modèle de Managed Care et limiter le choix de l'assureur.²¹⁶

Tous les bénéficiaires de l'aide d'urgence²¹⁷ — dont les requérants d'asile déboutés²¹⁸ — sont soumis à l'assurance-maladie obligatoire.²¹⁹

La carte européenne d'assurance-maladie (CEAM) donne le droit aux touristes de l'UE/AELE de suivre un traitement médical pendant un séjour temporaire en Suisse (voir chap. 3.15). Les personnes de Suisse qui voyagent à l'étranger sans élire domicile là-bas demeurent assujetties à l'obligation de s'assurer en Suisse.²²⁰

L'assurance-maladie obligatoire ne doit par contre pas prendre en charge les soins médicaux qu'un médecin se dispense à lui-même.²²¹ Par contre, si un médecin soigne des membres de sa famille, le traitement est pris en charge par les caisses. Conformément à la LAMal, l'assurance obligatoire des soins est une assurance dite finale: cela signifie que les causes de la maladie importent peu; une faute personnelle de l'assuré ne donne donc pas lieu à la réduction des prestations d'assurance.

Les frais de traitement ne sont cependant pris en charge par la caisse-maladie que si aucune autre assurance sociale (assurance-accidents LAA, assurance-militaire LAM, assurance-invalidité LAI) n'est compétente. À cet égard, les traitements consécutifs à un accident sont également remboursés par l'assureur-maladie selon les règles de la LAMal si le patient n'est pas couvert par une assurance-accidents au sens de la LAA. La couverture d'un accident par l'assurance obligatoire des soins peut être suspendue lorsque l'intéressé est assuré auprès de l'assurance-accidents. Les travailleurs à temps partiel dont le temps de travail hebdomadaire chez un employeur est d'au moins huit heures sont aussi assurés contre les accidents non professionnels.²²² Les accidents sont à nouveau couverts par l'assurance obligatoire des soins sitôt que la couverture prévue par la LAA prend fin partiellement ou totalement.

L'assurance obligatoire des soins est tenue d'avancer les prestations par rapport aux autres assurances sociales: si l'obligation de prestation conformément à la LAA, la LAM ou la LAI est contestée, la caisse-maladie s'acquitte de la prestation

216 Art. 82a de la Loi sur l'asile (LAsi).

217 Art. 12 BV.

218 Art. 82 al. 1 LAsi.

219 Art. 92d OAMal.

220 www.bag.admin.ch

221 ATF 133 V 416.

222 Art. 13 al. 1 OLAA.

selon les règles de la LAMal jusqu'à éclaircissement du cas. Si un sinistre fonde un droit à des prestations d'assurances sociales, mais qu'il existe des doutes sur le débiteur de ces prestations, l'ayant droit peut en exiger la prise en charge provisoire. Le législateur a expressément prévu que l'assurance-maladie doit prendre provisoirement à sa charge les prestations en nature et les indemnités journalières dont la prise en charge par l'assurance-maladie, l'assurance-accidents, l'assurance militaire ou l'assurance-invalidité est contestée.²²³

Principe de prise en charge des coûts

L'article 25 LAMal prévoit que l'AOS prend en charge les coûts des prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles. Le traitement de la maladie comprend aussi les prestations de soins pour autant que celles-ci contribuent à guérir ou à soulager une atteinte à la santé. La mise en œuvre du traitement et la responsabilité qui en découle incombent donc au médecin traitant et non à l'assureur. Les prestations diagnostiques et thérapeutiques dispensées sous forme ambulatoire, en milieu hospitalier ou dans un établissement médico-social sont prises en charge pour autant qu'elles aient été fournies par des médecins, des chiropraticiens ou des personnes fournissant ces prestations sur prescription ou sur mandat d'un médecin ou d'un chiropraticien.²²⁴

Ce principe connaît toutefois des exceptions: le Conseil fédéral peut entre autres exiger «l'accord du médecin-conseil avant l'exécution de certaines mesures diagnostiques ou thérapeutiques, notamment celles qui sont particulièrement coûteuses».²²⁵

Prestation obligatoire et indication dans la LAMal

La loi définit la maladie comme «toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail».²²⁶

Dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins, les assureurs ne peuvent prendre en charge que les coûts des prestations légales.²²⁷

L'art. 32 LAMal concrétise dans la loi les conditions essentielles de la prise en charge des prestations par l'assurance obligatoire des soins: celles-ci doivent être efficaces, appropriées et économiques. Dans la mesure où ces conditions ne sont pas réalisées, l'assureur n'est pas tenu de prendre en charge les coûts.

223 Art. 70 LPGA.

224 Art. 25 al. 2 let. a LAMal.

225 Art. 58 al. 3a LAMal.

226 Art. 3 LPGA.

227 Art. 34 LAMal.

Le législateur énumère les prestations d'assurance dans des catalogues de prestations. Ces énumérations sont exhaustives et contraignantes. L'élément décisif pour déterminer si un traitement est pris en charge par l'assurance-maladie est donc en principe l'indication médicale. C'est dès lors la médecine qui détient au premier chef le pouvoir de définir les prestations de l'assurance-maladie.

Tous les examens et traitements pratiqués par le médecin sont présumés être obligatoirement pris en charge.²²⁸ Font exception les prestations non remboursées énumérées à l'Annexe 1 de l'OPAS.

Selon ce que prescrit la LAMal à son art. 32, les examens et les traitements doivent être efficaces, adéquats et économiques. Ils doivent par ailleurs se limiter «à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement».²²⁹

Conformément à l'art. 32 al. 1 2^e phr. LAMal, l'efficacité doit être démontrée selon des méthodes scientifiques. Une prestation est efficace si l'on peut objectivement en attendre que le traitement de la maladie soit couronné de succès. «L'adéquation de la prestation s'apprécie selon le bénéfice diagnostique ou thérapeutique attendu dans un cas déterminé, en tenant compte des risques qui lui sont inhérents, estimés à l'aune du succès thérapeutique lié à la suppression la plus complète possible de l'atteinte physique ou psychique.»²³⁰

«Selon la jurisprudence, l'exigence du caractère économique au sens de l'art. 32 al. 1 LAMal se réfère au choix entre plusieurs traitements thérapeutiques adéquats: à utilité thérapeutique égale, il convient de choisir la variante la plus avantageuse, soit celle qui présente le meilleur rapport coûts/bénéfice.» L'exigence du caractère économique n'est pas respectée s'il existe une disproportion manifeste entre les coûts de la prestation et son succès thérapeutique.²³¹

Contrôle du caractère économique et de la qualité des prestations

Le législateur exige du fournisseur qu'il limite ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement.²³² La rémunération des prestations qui dépassent cette limite peut être refusée. Le fournisseur de prestations peut être tenu de rembourser les sommes reçues selon la loi.²³³ Le contrôle de l'économicité peut se faire selon plusieurs méthodes.²³⁴ Le fournisseur de prestations doit répercuter sur le débiteur de la rémunération les avantages directs ou indirects qu'il perçoit d'un autre fournisseur de prestations agissant sur son mandat, ou de personnes ou d'institutions qui fournissent des médicaments ou des moyens

228 Art. 33 al. 1 LAMal.

229 Art. 56 al. 1 LAMal.

230 ATF 130 V 299 (traduction libre).

231 ATF 136 V 395.

232 Art. 56 al. 1 LAMal.

233 Art. 56 al. 2 LAMal; ATF 130 V 377, 137 V 43.

234 ATF 135 V 237.

et appareils diagnostiques ou thérapeutiques,²³⁵ sous réserve d'une répercussion partielle convenue contractuellement entre le fournisseur de prestations et l'assureur-maladie (cf. chap. 3.9). Si le fournisseur de prestations ne répercute pas cet avantage, l'assuré ou l'assureur peut en exiger la restitution.²³⁶

L'art. 58 LAMal prévoit les mesures visant à garantir la qualité.

En font partie les contrôles scientifiques systématiques pour garantir la qualité ou l'adéquation des prestations que l'assurance obligatoire des soins prend en charge. Des sanctions sont prises en cas de manquements aux exigences relatives au caractère économique et à la garantie de la qualité des prestations qui sont prévues dans la loi ou dans un contrat.²³⁷

3.13 Fournisseurs de prestations et libre choix dans la LAMal

La Loi sur l'assurance-maladie détermine quels fournisseurs peuvent facturer leurs prestations sur la base de l'assurance obligatoire des soins. En revanche, les assurés choisissent en principe librement parmi ces fournisseurs de prestations.

L'art. 35 LAMal désigne les fournisseurs de prestations autorisés par la LAMal:

- les médecins ainsi que les institutions qui offrent des soins ambulatoires dispensés par des médecins, les pharmaciens, les chiropraticiens et les sages-femmes;
- les hôpitaux, les maisons de naissance, les établissements médico-sociaux et les établissements de cure balnéaire, les laboratoires;
- les personnes prodiguant des soins sur prescription ou sur mandat médical et les organisations qui les emploient;
- les centres de remise de moyens et d'appareils diagnostiques ou thérapeutiques;
- les entreprises de transport et de sauvetage.

Quiconque satisfait aux conditions cantonales d'admission a droit à un numéro du registre des codes créanciers (RCC) de SASIS SA.

235 Art. 56 al. 3 LAMal.

236 Art. 56 al. 4 LAMal.

237 Art. 59 LAMal.

Choix du fournisseur de prestations et prise en charge des coûts dans le domaine ambulatoire

En cas de traitement ambulatoire, les assurés choisissent librement parmi les fournisseurs de prestations admis et aptes à les traiter.²³⁸ L'assureur-maladie prend en charge les coûts au maximum à concurrence du tarif applicable au lieu de domicile ou de travail ou dans la région de l'assuré. Le législateur ne limite pas la région au territoire du canton dans lequel se trouve le lieu de domicile ou de travail de l'assuré.

Si le patient choisit, sans qu'un motif d'ordre médical ne le justifie, de suivre un traitement ambulatoire trop loin de son domicile, il doit prendre en charge l'éventuelle différence de tarif entre le lieu du traitement et celui de son domicile.

Choix du fournisseur de prestations et prise en charge des coûts dans le domaine hospitalier

Les assurés peuvent choisir librement parmi les hôpitaux inscrits sur la liste hospitalière de leur canton de domicile ou du canton où se situe l'hôpital (hôpitaux répertoriés).²³⁹ Les assureurs et le canton de domicile prennent en charge leur part respective de la rémunération du traitement dans un hôpital répertorié conformément à l'art. 49a LAMal; ils ne le font toutefois qu'à concurrence du tarif applicable au lieu de résidence pour le traitement concerné dans un hôpital répertorié. Il en va de même, par analogie, pour les maisons de naissance. Les partenaires contractuels fixent des forfaits qui sont en général des forfaits par cas. La part du canton s'élève à 55% au moins.

Conformément à l'art. 49a al. 2 LAMal, les cantons prennent en charge la part cantonale

- des assurés qui résident sur leur territoire;
- des assurés qui résident dans un État membre de l'Union européenne, en Islande ou en Norvège et qui sont hospitalisés en Suisse s'ils appartiennent aux catégories suivantes:
 1. les frontaliers et les membres de leur famille,
 2. les membres de la famille des personnes qui sont titulaires d'une autorisation d'établissement, d'une autorisation de séjour ou d'une autorisation de séjour de courte durée en Suisse,
 3. les personnes qui perçoivent une prestation de l'assurance-chômage suisse et les membres de leur famille.

Si, pour des motifs d'ordre médical, l'assuré demande à être traité dans un hôpital qui ne figure pas sur la liste de son canton de domicile, mais sur celle d'un autre canton, l'assurance et le canton de domicile prennent également en charge

²³⁸ Art. 41 al. 1 LAMal.

²³⁹ Art. 41 al. 1^{bis} LAMal.

leur part respective de la rémunération de ce traitement conformément à l'art. 49a LAMal. Si un tel traitement est facturé au tarif de l'hôpital traitant, une autorisation (garantie de paiement) du canton de domicile est alors nécessaire, sauf cas d'urgence.²⁴⁰

En sus des hôpitaux répertoriés, l'assurance de base couvre en outre la catégorie des hôpitaux conventionnés.²⁴¹ Seules les prestations de soins prévues par la loi peuvent faire l'objet de la convention. La rémunération de l'hôpital conventionné correspond au maximum à la part que l'assureur devrait prendre en charge pour un hôpital répertorié. Conformément au principe d'économicité, un assureur-maladie ne peut pas prévoir de tarifs plus élevés dans les conventions conclues avec des hôpitaux non répertoriés que dans les conventions conclues avec les hôpitaux répertoriés figurant sur la liste hospitalière du canton de domicile du patient. Contrairement aux hôpitaux répertoriés, les hôpitaux conventionnés ne sont pas liés par une obligation d'admission. Les assurés ne bénéficient donc pas du libre choix prévu par la loi à l'art. 41 al. 1^{bis} LAMal. Les hôpitaux conventionnés ne sont pas soumis à la planification hospitalière cantonale et n'ont pas de mandat de prestations du canton.

3.14 Modèles d'assurances prévoyant un choix limité des fournisseurs de prestations

Dans le cadre de son contrat d'assurance, l'assuré peut volontairement renoncer au libre choix des médecins et des hôpitaux et désigner un médecin en qualité de coordinateur du traitement (care manager). Les requérants d'asile et les personnes à protéger non titulaires d'une autorisation de séjour sont assurés conformément à la Loi sur l'assurance-maladie (LAMal), mais le canton peut les assigner à un modèle de Managed Care et limiter le choix de l'assureur.²⁴²

En prévoyant la possibilité du Managed Care dans la LAMal de 1994, le législateur visait à faire baisser les coûts. La LAMal dispose en effet que «l'assuré peut [...] limiter son choix aux fournisseurs de prestations que l'assureur désigne en fonction de leurs prestations plus avantageuses.»²⁴³ Le 17 juin 2012, les citoyens ont rejeté par 76 % de votes négatifs un projet de Managed Care qui prévoyait notamment une coresponsabilité budgétaire obligatoire des médecins dans le réseau, des quotes-parts plus basses pour les patients appartenant aux réseaux, ainsi qu'une amélioration de la compensation des risques.

240 Art. 41 al. 3 LAMal.

241 Art. 49a al. 4 LAMal.

242 Art. 82a de la Loi sur l'asile.

243 Art. 41 al. 4 LAMal.

Au cours de la révision de la LAMal qui a suivi, la compensation des risques a été affinée en 2014. En 2016, le Conseil fédéral a décidé d'y inclure les coûts des médicaments.²⁴⁴

Dans les modèles d'assurances au sens de l'art. 41 al. 4 LAMal, il convient de procéder au choix des fournisseurs de prestations selon des critères objectifs visant la fourniture de prestations plus avantageuses. C'est ce que le Tribunal fédéral a rappelé en 2015²⁴⁵ en interdisant à Assura d'exclure catégoriquement de sa liste tous les titulaires d'un double titre (médecins généralistes titulaires d'un titre complémentaire). En 2018, le Tribunal administratif fédéral a autorisé les caisses-maladie à établir des listes de médecins généralistes et à y publier les noms et les adresses des cabinets des médecins concernés sans avoir conclu de contrat de collaboration avec eux.²⁴⁶

3.15 Traitement de patients étrangers

Tarif

Les fournisseurs de prestations sont tenus de garantir à un ayant droit²⁴⁷ de l'UE ou de l'AELE les mêmes prestations légales aux mêmes conditions qu'à une personne assurée en Suisse.²⁴⁸ C'est pour cela qu'en cas de traitement, le droit aux prestations, les tarifs applicables et la participation aux coûts sont régis par le droit suisse de l'assurance-maladie. La protection tarifaire prévue à l'art. 44 de la Loi sur l'assurance-maladie (LAMal) doit donc également être observée à l'égard des ayant droits de l'UE et de l'AELE pour les prestations relevant de l'assurance obligatoire des soins. L'Institution commune LAMal à Soleure est compétente pour le droit à l'entraide en prestations; elle réclame aux assurances-maladies étrangères le remboursement des coûts de traitement qu'elle a versés.²⁴⁹

244 Art. 2b de l'Ordonnance sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie (OCor).

245 Arrêt du Tribunal fédéral du 22 septembre 2015 (9C_201/2015), cf. BMS 2015; 96 (44):1594.

246 Arrêts du Tribunal administratif fédéral C_3612/3016 et C_3615/2016 du 9 avril 2018; ATAF 2018 V/2.

247 Sont réputées ayants droit les personnes d'un État membre de l'UE/AELE qui soit sont domiciliées en Suisse, soit y séjournent temporairement (p.ex. les touristes, les gens voyageant pour affaires) et titulaires d'une assurance-maladie dans un État membre de l'UE/AELE. Les citoyens d'un État membre de l'UE/AELE domiciliés en Suisse doivent disposer d'une attestation de droit aux prestations valable (p.ex. l'attestation S1; www.kvg.org → FR → Particuliers → Assistance → Résidence en Suisse). Les citoyens d'un État membre de l'UE/AELE qui ne séjournent que temporairement en Suisse doivent présenter leur Carte européenne d'assurance-maladie (CEAM) ou un certificat provisoire de remplacement (www.kvg.org → FR → Fournisseurs de prestations → Informations administratives → Attestation de droit). À ce sujet, voir également Lucia Rabia, *Behandlung von Patienten aus EU- und EFTA-Staaten: europäische Versicherungskarte und Ansprüche*, BMS 2004;85: n° 28.

248 Cf. chap. 3.12.

249 Sur le site Internet de l'Institution commune LAMal se trouvent des informations détaillées sur l'entraide en matière de prestations entre la Suisse et les États membres de l'UE/AELE, en particulier une feuille informative intitulée «Informations pour fournisseurs de prestations relatives à l'entraide en matière de prestations en Suisse» (www.kvg.org → FR → Fournisseurs de prestations).

La protection tarifaire ne s'applique pas aux prestations allant au-delà du champ de prestations de la LAMal,²⁵⁰ pas plus qu'au traitement médical d'étrangers qui ne sont assurés ni en Suisse, ni dans un État de l'UE/AELE. Lorsque la protection tarifaire ne s'applique pas, les honoraires des médecins sont soumis aux principes du droit du mandat²⁵¹ conformément au Code des obligations (CO).

Le canton du lieu de séjour est tenu d'aider les touristes étrangers qui ont besoin d'une aide immédiate et dont la couverture d'assurance est incertaine.²⁵² Les cantons ayant la compétence d'édicter la législation d'exécution,²⁵³ nous conseillons au médecin traitant ou à la personne ayant besoin d'assistance de se renseigner directement auprès de l'autorité sociale et de prévoyance sur les conditions liées à la garantie de paiement.

En revanche, si une personne entre en Suisse depuis l'UE/AELE afin d'y suivre un traitement médical, les coûts de ce dernier ne sont pris en charge par son assurance-maladie que si elle y a consenti. L'Institution commune LAMal recommande au fournisseur de prestations de faire remplir au patient, avant le traitement, la «Déclaration du patient quant à la durée et le but du séjour en Suisse» afin de pouvoir «adapter le traitement à la durée prévue du séjour et avoir la certitude que le patient ne s'est pas rendu en Suisse dans le but d'y recevoir des soins». Si le patient s'est rendu en Suisse dans ce but, il convient de lui faire remplir le formulaire E112 ou S2.²⁵⁴

Responsabilité

S'agissant de la responsabilité, il est conseillé aux médecins qui traitent souvent des patients provenant des États-Unis et du Canada – pays dans lesquels l'indemnisation des patients peut atteindre des sommes exorbitantes – de leur faire signer une convention de for judiciaire et d'élection de droit.²⁵⁵ Une telle convention permet de limiter les risques, mais ne peut les exclure totalement.²⁵⁶

250 À ce sujet, voir également chap. 3.17.

251 Art. 394 ss CO.

252 Art. 21 de la Loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (Loi fédérale en matière d'assistance, LAS).

253 Art. 35 al. 2 LAS.

254 www.kvg.org → FR → Fournisseurs de prestations → Informations administratives → Attestations de droit (consulté pour la dernière fois le 27 juin 2019).

255 Vous trouvez un modèle de convention relative au for judiciaire et à l'élection de droit sous www.fmh.ch → FR → Prestations → Droit → Recommandations de la FMH.

256 Cf. Reinhard Kunz, Hanspeter Kuhn, Tendances actuelles en matière d'assurance responsabilité civile professionnelle, Bulletin des médecins suisses 2006; 87(5152): 2226 s.

3.16 Prise en charge par l'assurance obligatoire des soins des médicaments, moyens et appareils dans la LAMal

Médicaments, moyens et appareils obligatoirement à la charge des caisses-maladie selon les listes positives

L'assurance obligatoire des soins prend en charge les prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles. Ces prestations comprennent notamment les analyses, médicaments, moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques prescrits par un médecin.²⁵⁷

Après avoir consulté les commissions compétentes, le Département édicte

- la liste des médicaments avec tarif (LMT), à savoir la liste des préparations, substances actives et substances auxiliaires utilisées dans les ordonnances médicales avec leur tarif; ce tarif comprend également les prestations du pharmacien;
- la liste des moyens et appareils (LiMA), à savoir des dispositions relatives à l'obligation de prestation et au montant du remboursement des moyens et appareils servant à l'examen ou au traitement. La LiMA prévoit des prix maximaux. Si l'assuré se fait prescrire un moyen plus onéreux, il doit supporter lui-même la différence entre le prix et le montant prévu par la liste.²⁵⁸

L'Office fédéral de la santé publique édicte

- la liste des spécialités (LS), à savoir la liste des spécialités pharmaceutiques et des médicaments fabriqués avec l'indication de leur prix. En sus des préparations originales, cette liste comprend également des génériques de remplacement, plus avantageux.²⁵⁹

Les médicaments, les moyens et les appareils médicaux sont en principe pris en charge par la caisse-maladie s'ils figurent sur l'une de ces listes positives (LS, LMT et LiMA).

En principe, l'assurance-maladie ne prend en charge les coûts d'un médicament figurant sur la liste des spécialités que si celui-ci a été prescrit pour des indications médicales autorisées par Swissmedic (voir ci-après).

«Off-label use», «unlicensed use» et prise en charge des coûts dans la LAMal

Si un médicament figurant sur la liste des spécialités est prescrit pour une indication ou selon un dosage non autorisé, on parle alors d'un «off-label use». Il y a «unlicensed use» en cas d'utilisation d'un médicament non autorisé en Suisse, mais en principe soumis à l'autorisation de mise sur le marché au sens

257 Art. 25 al. 1 et 2 LAMal.

258 Art. 2, al. 1 et 2 OPAS.

259 Art. 52 al. 1 let. b LAMal.

de l'art. 9 al. 1 de la Loi sur les produits thérapeutiques (LPTh). Le «compassionate use» est l'administration de médicaments non (encore) autorisés à des patients en dehors d'un essai clinique (cf. chap. 3.9).

L'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts d'un médicament admis dans la liste des spécialités et utilisé pour une autre indication que celle autorisée par l'Institut dans l'information destinée aux professionnels ou prévue par la limitation fixée par la liste des spécialités à certaines conditions. Elle prend en charge les coûts d'un médicament prêt à l'emploi et autorisé par l'Institut Swissmedic, mais ne figurant pas sur la liste des spécialités et prescrit dans le cadre d'une indication prévue ou non par l'information destinée aux professionnels aux mêmes conditions.

Conformément à l'Ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal), les coûts des médicaments susmentionnés sont pris en charge si

- l'usage du médicament constitue un préalable indispensable à la réalisation d'une autre prestation prise en charge par l'assurance obligatoire des soins et que celle-ci est largement prédominante (traitement dit complexe); *ou*
- l'usage du médicament permet d'escompter un bénéfice thérapeutique élevé contre une maladie susceptible d'être mortelle pour l'assuré ou de lui causer des problèmes de santé graves et chroniques et que, faute d'alternative thérapeutique, il n'existe pas d'autre traitement efficace autorisé.²⁶⁰

Il est nécessaire d'obtenir au préalable une garantie de remboursement de l'assureur après qu'il a consulté son médecin-conseil. «L'assureur détermine le montant de la prise en charge après avoir consulté le titulaire de l'autorisation». Si le médicament utilisé «off-label» est inscrit sur la LS, ce montant doit être inférieur au prix maximum figurant dans la liste des spécialités.²⁶¹

En cas d'utilisation d'un médicament non autorisé par l'Institut («unlicensed use») mais pouvant être importé selon la LPTh, les coûts ne sont pris en charge que si les conditions susmentionnées de l'art. 71a al. 1 let. a ou b OAMal sont réalisées et si, en outre, ce médicament est autorisé pour l'indication correspondante par un État ayant institué un système d'autorisation de mise sur le marché équivalent reconnu par l'Institut.

L'assureur rembourse les coûts d'importation du médicament. Le fournisseur de prestations tient compte des coûts lors du choix du pays dont il importe le médicament.²⁶²

260 Art. 71a al. 1 let. a et b OAMal.

261 Art. 71a al. 2 OAMal.

262 Art. 71c OAMal.

Dans tous ces cas, le fournisseur de prestations facture les coûts effectifs à l'assureur. Pour les médicaments visés à l'art. 71a, le prix facturé est le prix maximum figurant dans la liste des spécialités; pour les médicaments visés aux art. 71b et 71c, le prix facturé est le prix que le fournisseur de prestations a payé pour ce médicament, majoré de la part relative à la distribution au sens de l'art. 67 I quater et de la TVA.²⁶³

Garantie de remboursement des génériques et médicaments en co-marketing: définition et réglementation de la quote-part

Conformément à l'OAMal, est réputé générique un médicament qui possède une substance active, une forme galénique et un dosage identiques à ceux d'une préparation originale.²⁶⁴ En revanche, les supports tels que les liants, les arômes, les stabilisateurs, les antioxydants et les colorants peuvent être différents, ce qui peut avoir des effets sur la galénique, ainsi que des effets indésirables associés à ces supports (notamment des allergies).²⁶⁵ Contrairement au générique, qui ne ressemble à la préparation originale que sur les points essentiels, le médicament en co-marketing est identique à la préparation de base sous réserve du nom et de l'emballage.²⁶⁶

Si la liste des spécialités comprend au moins un générique interchangeable avec la préparation originale, le médecin en informe le patient.²⁶⁷

Depuis le 1^{er} mars 2017, le principe suivant régit la réglementation de la quote-part dans la LAMal: l'assureur-maladie prélève une quote-part de 20 % «pour les médicaments dont le prix de fabrique est au moins 10 % supérieur à la moyenne des prix de fabrique du tiers le plus avantageux de tous les médicaments composés des mêmes substances actives et figurant sur la liste des spécialités».²⁶⁸ L'OFSP tient une «Nouvelle liste des génériques avec quote-part différenciée pour des originaux et des génériques».²⁶⁹ Si le médecin prescrit expressément, pour des raisons médicales, une préparation originale ou lorsque le pharmacien rejette un produit de substitution pour les mêmes raisons, il n'est pas perçu de quote-part supérieure.²⁷⁰

263 Art. 71d OAMal.

264 Art. 64a al. 2 OAMal.

265 Voir notamment Stephan Rüegg et al., prise de position de la Ligue Suisse contre l'Epilepsie, Utilisation d'antiépileptiques génériques dans le traitement de l'épilepsie, Bulletin des médecins suisses 49/2011, p. 1909 à 1912.

266 Art. 64a al. 3 OAMal.

267 Art. 38a al. 7 OPAS.

268 Art. 38a al. 1 OPAS.

269 www.spezialitaetenliste.ch → Nouvelle liste des génériques avec quote-part différenciée.

270 Art. 38a al. 6 OPAS.

Les pharmaciens peuvent remplacer les médicaments originaux de la liste des spécialités par des génériques meilleur marché de cette liste si le médecin n'exige pas expressément la remise du médicament original. En cas de substitution, ils informent la personne qui a prescrit la médication de la préparation remise au patient.²⁷¹ Si en revanche, un médecin exige expressément la remise du médicament original, il doit clairement indiquer, de sa main, sur l'ordonnance la mention suivante: «Ne pas substituer pour des raisons médicales.» Cette annotation indique au pharmacien qu'une substitution est exclue (la mention «sic» ne suffit pas). Le médecin doit en outre mentionner sur la facture que la prescription du médicament original se fonde sur des raisons médicales.²⁷²

Depuis la deuxième révision de la LPTh, la LAMal prévoit désormais que les assureurs et les fournisseurs de prestations ne sont pas tenus à une pleine répercussion des avantages et des rabais (cf. chap. 3.9).²⁷³

3.17 Droit des tarifs et procédure en cas de litiges dans la LAMal

Assureurs et fournisseurs de prestations négocient contractuellement les tarifs des prestations. Ces contrats doivent ensuite être approuvés par les autorités. La Loi sur l'assurance-maladie (LAMal) définit la procédure à suivre en cas de litiges relatifs aux tarifs.

Les tarifs et les prix sont fixés dans des contrats (conventions tarifaires) conclus entre assureurs et fournisseurs de prestations (liberté contractuelle). Les tarifs à la prestation reposent sur une structure tarifaire uniforme pour toute la Suisse, tel TARMED dans le secteur ambulatoire.²⁷⁴ Depuis janvier 2012, les hôpitaux de soins aigus doivent également facturer les traitements stationnaires selon des forfaits par cas (SwissDRG) applicables dans toute la Suisse.²⁷⁵ Pour tous les domaines de prestations stationnaires de la psychiatrie pour adultes, enfants et adolescents, les partenaires tarifaires ont conclu la structure tarifaire TARPSY. Le Conseil fédéral a approuvé l'introduction de TARPSY 1.0 au 1^{er} janvier 2018. En matière de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, ce tarif est contraignant depuis le 1^{er} janvier 2019.²⁷⁶ L'introduction de la structure tarifaire dans le domaine de la réadaptation (ST Reha) est prévue pour le 1^{er} janvier 2022.²⁷⁷

271 Art. 52a LAMal.

272 Commentaires de l'Office fédéral de la santé publique relatifs aux modifications d'ordonnances des 9 novembre et 12 décembre 2005, p. 6 ss.

273 Art. 56 al. 3^{bis} LAMal, qui entrera vraisemblablement en vigueur le 1^{er} janvier 2020.

274 Art. 43 al. 5 LAMal.

275 Art. 49 al. 1 LAMal.

276 www.swissdrg.org → FR → Psychiatrie → TARPSY.

277 www.swissdrg.org → FR → Portrait → Conseil d'administration → Communication → Communiqué de presse ST Reha «SwissDRG SA reporte l'introduction de la structure tarifaire pour la réadaptation stationnaire (ST Reha)».

Si les assureurs et les fournisseurs de prestations ou leurs associations respectives ont conclu une convention tarifaire, celle-ci doit être approuvée par l'autorité compétente (le Conseil fédéral ou le gouvernement cantonal, selon la région tarifaire) avant d'entrer en vigueur.²⁷⁸

Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur une convention tarifaire, l'autorité qui donne son approbation doit édicter un tarif de remplacement.²⁷⁹ Lorsqu'une convention tarifaire s'appliquant aux médecins vient à échéance, un tarif-cadre s'applique durant une année; l'autorité peut ensuite édicter un nouveau tarif.²⁸⁰ Depuis l'acceptation de l'initiative parlementaire TARMED²⁸¹, le Conseil fédéral est légitimé à titre subsidiaire à procéder à des adaptations de la structure tarifaire si celle-ci s'avère inappropriée et que les parties ne peuvent s'entendre sur une révision de la structure.²⁸²

Depuis son entrée en vigueur²⁸³, le Conseil fédéral a déjà fait usage à deux reprises de cette compétence subsidiaire d'intervention. En édictant l'Ordonnance sur la fixation et l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie du 20 juin 2014, il s'est immiscé pour la première fois dans la structure tarifaire avec effet au 1^{er} octobre 2014. Au 1^{er} janvier 2018, il a modifié cette ordonnance et donc adapté une nouvelle fois la structure tarifaire TARMED.

Dans une procédure dirigée contre une assurance-maladie, une clinique privée lucernoise a contesté jusqu'au Tribunal fédéral la légalité de la première intervention tarifaire du Conseil fédéral. Le tribunal arbitral compétent dans le canton de Lucerne a donné raison à cette clinique. Il a considéré que le Conseil fédéral n'avait pas respecté les règles applicables en économie d'entreprise ni veillé à ce que les tarifs soient structurés de manière appropriée comme l'y oblige l'art. 43 al. 4 LAMal, et que, dans cette mesure, l'ordonnance du Conseil fédéral était contraire à la loi.²⁸⁴ Le Tribunal fédéral a admis le recours²⁸⁵ dirigé contre le jugement du tribunal arbitral, qu'il a annulé. Il a considéré que les adaptations effectuées respectaient les exigences légales en la matière. Selon lui, en intervenant, le Conseil fédéral a tenu compte des objectifs politiques ancrés juridiquement visant à promouvoir la médecine générale et l'économicité. Le Tribunal fédéral n'y a pas vu de violation de la loi.²⁸⁶ La FMH est au contraire d'avis, afin de garantir

278 Art. 46 al. 4 LAMal, art. 49 al. 2 LAMal.

279 Art. 47 al. 1 LAMal.

280 Art. 48 al. 2 LAMal.

281 Initiative parlementaire 11.429 «Tarmed. Compétence subsidiaire du Conseil fédéral».

282 Art. 43 al. 5^{bis} LAMal.

283 Le 1^{er} janvier 2013.

284 Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide LGVE 2017 III n° 1 du 29 mai 2017.

285 ATF 144 V 138.

286 ATF 144 V 138, cons. 6.5.

la sécurité du droit, que la structure tarifaire devrait être libre de toute composante politique et s'en tenir exclusivement aux exigences légales telles que l'adéquation et l'économicité.²⁸⁷

Protection tarifaire et véritables prestations supplémentaires

Les prestations relevant de la LAMal doivent respecter les tarifs conventionnels ou les tarifs de substitution fixés par les autorités (protection tarifaire).²⁸⁸ La protection tarifaire implique l'obligation des fournisseurs de prestations et des assureurs d'observer les tarifs et les prix applicables tant les uns envers les autres qu'à l'égard des assurés.²⁸⁹ La LAMal n'interdit pas aux fournisseurs de proposer d'autres prestations allant au-delà de celles de l'assurance obligatoire des soins (AOS). Ces véritables prestations supplémentaires peuvent faire l'objet de factures complémentaires qui ne sont toutefois pas prises en charge par l'AOS. Celles-ci sont payées soit par le patient lui-même, soit par une assurance complémentaire soumise au droit privé qui couvre ces coûts. Font par exemple partie des véritables prestations supplémentaires dans le domaine hospitalier l'hôtellerie luxueuse en division privée ou semi-privée et le libre choix du médecin.^{290, 291} Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une facture hors du champ tarifaire fixé dans le domaine ambulatoire n'est pas non plus exclue pour autant qu'elle concerne la rémunération d'une véritable prestation supplémentaire allant au-delà de l'éventail des prestations de l'AOS. Cette prestation doit cependant constituer un «plus» et il ne suffit pas qu'elle ait simplement été fournie «à la place» d'une prestation relevant de la LAMal.²⁹²

287 Communiqué de presse de la FMH du 13 avril 2018 «La FMH étonnée par l'arrêt du Tribunal fédéral».

288 Art. 44 al. 1 LAMal.

289 Gebhard Eugster, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVT, 2^{ème} édition, 2018, ch. 1 ad art. 44.

290 Arrêt du Tribunal fédéral 9C_725/2008 du 9 novembre 2009, cons. 2.2.

291 ATF 130 I 306, cons. 2.2: «(...). Le libre choix du médecin dans le domaine hospitalier pour les personnes au bénéfice d'une assurance complémentaire a pour conséquence que les médecins-chefs – avec les conséquences financières qui s'ensuivent pour l'hôpital – fournissent de nombreuses prestations pour lesquelles ils sont en fait surqualifiés, que ce soit parce qu'ils ne dispenseraient pas d'emblée eux-mêmes des traitements plus simples aux patients en division commune ou parce qu'avant ou après un traitement compliqué requérant le recours à un spécialiste, ils procèdent personnellement à de nombreux actes qui, en temps normal, sont délégués aux médecins-assistants ou au personnel soignant. Il est par ailleurs notoire que les patients privés ont d'autres attentes vis-à-vis de leur médecin traitant et que, dans un tel cas, ce dernier effectue, par exemple, un plus grand nombre de consultations ou de visites que ce qui est indiqué médicalement (...)» (traduction libre).

292 ATF 126 III 345, cons. 3b.

Litiges entre patients et assureurs-maladie

L'assureur doit rendre par écrit, en les motivant et en indiquant les voies de droit, les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'assuré n'est pas d'accord.²⁹³ L'assuré peut attaquer cette décision dans les 30 jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui l'a rendue.²⁹⁴ L'instance suivante est le tribunal cantonal des assurances qui doit statuer de manière rapide et gratuite pour les parties. Lorsque les circonstances le justifient, un avocat est rémunéré par l'État. Les deux cours de droit social du Tribunal fédéral à Lucerne statuent en dernière instance.²⁹⁵

Litiges entre fournisseurs de prestations et assureurs-maladie, compléments tarifaires

Conformément à la LAMal, les litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations doivent être tranchés par un tribunal arbitral cantonal.²⁹⁶ Dans le domaine ambulatoire²⁹⁷, pratiquement toutes les conventions tarifaires prévoient une procédure de conciliation devant une commission paritaire de confiance (CPC) avant que le tribunal arbitral ne soit saisi. Dans le domaine stationnaire, il n'est pas prévu de CPC en amont.

Dans le cadre de TARMED, il existe différentes commissions paritaires selon les thèmes:

Dans toutes les lois sur les assurances sociales, les questions liées à l'interprétation des tarifs relèvent au premier chef de la Commission paritaire d'interprétation (CPI) chargée de présenter une proposition de conciliation. La CPI traite uniquement les demandes d'interprétation qui n'entraînent pas de modification de la structure tarifaire. Peuvent déposer une telle demande toutes les personnes appliquant TARMED. Bien entendu, les partenaires tarifaires eux-mêmes – la FMH, H+, santésuisse et la Commission des tarifs médicaux (CTM) – peuvent aussi saisir la CPI au sein de laquelle ils siègent de manière permanente.

Les questions relatives à la valeur intrinsèque²⁹⁸ ou à la reconnaissance des unités fonctionnelles relèvent au premier chef de la Commission paritaire pour la valeur intrinsèque (PaKoDig); c'est à elle qu'il convient de transmettre les cas concrets par le biais du Service tarifaire de la FMH.

293 Art. 49 LPGa. L'assureur social n'est pas tenu de rendre de décisions à l'égard des fournisseurs de prestations, qui sont sur un pied d'égalité juridique avec lui.

294 Art. 52 al. 1 LPGa.

295 Art. 56 ss LPGa.

296 Art. 89 al. 1 LAMal.

297 Dans le domaine ambulatoire des cabinets et des hôpitaux.

298 La valeur intrinsèque qualitative indique quelles qualifications professionnelles sont nécessaires selon le règlement sur la formation postgraduée pour pouvoir facturer une prestation déterminée aux assurances sociales (titre de spécialiste, formation approfondie, attestation de formation complémentaire). Les valeurs intrinsèques qualitatives sont indiquées pour chaque prestation individuelle dans la structure tarifaire TARMED.

Toutes les autres questions litigieuses relèvent de la compétence de la Commission paritaire de confiance cantonale CPC (LAMal) dans la mesure où elle existe. La procédure est régie par le règlement cantonal de la CPC. Quelques cantons ont exclu certains domaines du champ de compétence de la CPC. De plus amples informations sont disponibles à ce sujet auprès des sociétés cantonales de médecine.

Dans les domaines de SwissDRG, TARPSY et STReha (structure tarifaire pour la réadaptation hospitalière) les partenaires adressent leurs demandes de développement des structures tarifaires hospitalières à SwissDRG SA.²⁹⁹ Celle-ci procède au calcul des structures tarifaires sur la base des données fournies par les hôpitaux en matière de coûts et de prestations. Les structures tarifaires ainsi que leurs modifications et leurs compléments sont soumis à l'approbation du Conseil fédéral.

Si l'hôpital conteste le codage du réviseur et qu'il n'est pas possible de trouver un accord, les deux parties doivent saisir conjointement le Secrétariat de codage de l'Office fédéral de la statistique (OFS). L'OFS se prononce dans les 30 jours ouvrables à compter de la date à laquelle la demande a été déposée. Si le différend persiste, l'OFS peut transmettre le cas au Groupe suisse d'experts pour les classifications de santé qui se prononce en dernier ressort. Ce groupe d'experts rend sa décision au plus tard un mois après avoir été saisi de la demande.³⁰⁰

3.18 Traitement des patients dans l'assurance-accidents, l'assurance militaire et l'assurance-invalidité

Conformément à l'assurance-accidents (LAA), tout travailleur est assuré. Dans le cadre de l'assurance militaire (LAM), la Confédération assume la responsabilité des atteintes à la santé qui se manifestent durant le service obligatoire. Qui-conque verse des cotisations AVS est simultanément assuré auprès de l'assurance-invalidité (AI). Cette dernière a pour objectif de prévenir l'invalidité grâce à des mesures d'intégration ou d'assurer des moyens d'existence par le biais de prestations financières.

Assurance-accidents

Tous les travailleurs doivent obligatoirement être assurés selon la LAA.³⁰¹ Les indépendants peuvent s'assurer à titre facultatif conformément à la LAA.³⁰² Qui-conque travaille plus de huit heures par semaine est assuré également pour les accidents non professionnels, c'est-à-dire ceux qui surviennent en dehors des

299 www.swissdrg.org

300 Règlement sur l'exécution de la révision du codage dans le cadre des SwissDRG, version 7.0; Office fédéral de la statistique (OFS), Cahier des charges du réviseur / de la réviseuse, version 2.0. Recommandations pour la révision du codage des séjours hospitaliers de soins somatiques aigus.

301 Art. 1a LAA, étant précisé que des exceptions peuvent être prévues.

302 Art. 4 LAA.

heures de travail. Une personne qui n'est pas assurée selon la LAA et subit un accident est couverte à titre subsidiaire par sa caisse-maladie conformément à la Loi sur l'assurance-maladie (LAMal). Dans ce cas, le médecin doit facturer ses prestations selon les valeurs de points applicables aux patients affiliés à une caisse-maladie, et le patient doit s'acquitter de la franchise et de la quote-part.³⁰³

Contrairement à la LAMal, l'assurance-accidents obligatoire est une assurance causale: elle n'alloue ses prestations que si les critères légaux d'un accident professionnel, d'un accident non professionnel, de certaines lésions corporelles ou d'une maladie professionnelle sont réalisés.³⁰⁴

La loi définit l'accident comme «toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique, mentale ou psychique ou qui entraîne la mort».³⁰⁵

Pour autant qu'elles ne soient pas manifestement imputables à une maladie ou à l'usure, les lésions corporelles suivantes sont assimilées à un accident, même si elles ne sont pas causées par un facteur extérieur de caractère extraordinaire: a. les fractures, b. les déboîtements d'articulations, c. les déchirures du ménisque, d. les déchirures de muscles, e. les élongations de muscles, f. les déchirures de tendons, g. les lésions de ligaments, h. les lésions du tympan.³⁰⁶

Sont réputées maladies professionnelles au sens de la LAA les maladies dues exclusivement ou de manière prépondérante, dans l'exercice de l'activité professionnelle, à des substances nocives ou à certains travaux. En font partie les autres maladies dont il est prouvé qu'elles ont été causées exclusivement ou de manière nettement prépondérante par l'exercice de l'activité professionnelle. Le Conseil fédéral établit la liste de ces substances ainsi que celle de ces travaux et des affections qu'ils provoquent.³⁰⁷ L'assureur peut prendre les mesures qu'exige le traitement approprié de l'assuré en tenant compte équitablement des intérêts de celui-ci et de ses proches.³⁰⁸ Ce principe des prestations en nature signifie que l'assureur-accidents peut financer et gérer les prestations, alors que l'assureur-maladie doit uniquement rembourser les coûts facturés et n'a guère d'influence sur les prestations.

Les prestations relevant de la LAA couvrent le traitement médical approprié des lésions résultant de l'accident, les moyens auxiliaires simples et adéquats, les dommages aux objets qui remplacent, morphologiquement ou fonctionnellement, une partie du corps, les frais de voyage, de transport et de sauvetage néces-

303 Art. 64 LAMal.

304 Art. 6 LAA.

305 Art. 4 LPGa.

306 Art. 6 al. 2 LAA. L'assureur-accidents alloue en outre ses prestations pour les lésions corporelles causées à la personne accidentée lors du traitement curatif ou des examens médicaux, art. 6 al. 3 LAA, art. 10 OLAA.

307 Art. 9 al. 1 et 2 LAA.

308 Art. 48 LAA.

saires, les frais de transport du corps et les frais funéraires, les indemnités journalières et une rente d'invalidité si l'assuré est invalide à 10 % au moins par suite de l'accident, rente qui peut être couplée à une indemnité pour atteinte à l'intégrité, ainsi que l'allocation pour impotent.³⁰⁹ En général, les dispositions relatives à l'assurance-maladie sont appliquées par analogie. Toutefois, les assureurs-accidents ont pour habitude de prendre en charge les traitements médicaux qui leur semblent judicieux même s'ils ne constituent pas une prestation obligatoire au sens de la LAMal. En effet, l'assureur LAA ne considère pas les frais de traitement comme de simples coûts, mais comme un investissement destiné à lui éviter de verser des indemnités journalières et des rentes.

En cas de faute de l'assuré, les indemnités journalières peuvent être réduites pour un accident non professionnel; en cas de dangers extraordinaires et d'entreprises téméraires, la totalité des prestations peut être refusée. Il en va de même en cas de provocation intentionnelle de l'atteinte à la santé ou du décès.³¹⁰

Afin de pouvoir examiner son obligation de prestation et fixer les prestations d'assurances, l'assureur LAA est habilité à demander des renseignements et des pièces aux médecins, aux autorités, à l'employeur et à l'assuré. La personne accidentée est tenue d'autoriser des tiers, tel son médecin traitant, à remettre les pièces concernées.³¹¹ L'assuré doit se soumettre aux examens médicaux exigibles ordonnés par l'assureur LAA concernant le diagnostic et la fixation des prestations.³¹²

Les personnes assurées au sens de la LAA peuvent choisir librement leur médecin, leur dentiste, leur chiropraticien, leur pharmacie et leur établissement de cure.³¹³

La collaboration entre fournisseurs de prestations et assureurs peut être réglée contractuellement;³¹⁴ les domaines ambulatoire et hospitalier sont régis par les contrats de collaboration et les conventions tarifaires, applicables dans toute la Suisse.³¹⁵ TARMED s'applique aux prestations médicales ambulatoires (Convention tarifaire TARMED entre CTM/AM/AI et la FMH), tandis que les prestations hospitalières sont régies par la structure tarifaire SwissDRG.³¹⁶ En juillet 2019, les partenaires tarifaires curafutura et la FMH ont remis une nouvelle structure tarifaire ambulatoire TARDOC au Conseil fédéral.

309 Art. 10 ss LAA.

310 Art. 37 ss LAA.

311 Art. 54 ss OLAA.

312 Art. 55 al. 2 LAA.

313 Art. 10 al. 2 LAA.

314 Art. 56 al. 1 LAA.

315 Art. 56 LAA; art. 70b ss OLAA.

316 www.fmh.ch → FR → Thèmes → Tarifs ambulatoires → Conventions et formulaires d'adhésion.
www.fmh.ch → FR → Thèmes → Tarifs hospitaliers → SwissDRG.

Tant les litiges entre patients et assureurs LAA que ceux entre fournisseurs de prestations et assureurs LAA sont régis par les mêmes règles qu'en matière d'assurance-maladie (cf. chap. 3.17), la seule différence étant que la Commission paritaire (CPC) n'est pas organisée à un niveau cantonal mais national pour tous les cas d'AA, d'AM et d'AI.³¹⁷

Assurance militaire

Sont assurés non seulement les membres de l'armée et les personnes dont la profession implique des risques analogues à ceux que présente le service militaire, mais également quiconque est incorporé dans la protection civile ou dans le service civil, ou participe à des manifestations Jeunesse+Sport, ainsi que les civils qui participent à des exercices de l'armée et de la protection civile. Sont en outre assurés tous les participants à des actions de maintien de la paix et de bons offices de la Confédération (bérets jaunes et bleus), ainsi que les participants aux actions de la Confédération, pour autant qu'ils appartiennent au Corps suisse d'aide en cas de catastrophe, etc.³¹⁸ Une fois à la retraite, les militaires professionnels peuvent s'assurer à titre facultatif.³¹⁹

Est assurée toute affection qui se manifeste et qui est annoncée ou constatée de toute autre façon pendant le service, l'origine de l'atteinte à la santé ne jouant pas de rôle.³²⁰ Une affection apparaissant durant le service est présumée avoir été causée par le service. L'assurance militaire n'est pas responsable si elle peut prouver avec certitude que l'atteinte existait déjà avant le service ou n'a pas pu être provoquée pendant le service, et que le dommage ne s'est avec certitude pas aggravé ni accéléré durant ce dernier.³²¹

En revanche, l'assurance militaire ne couvre une affection annoncée après la fin du service, ainsi que les séquelles tardives d'une affection ou les rechutes constatées postérieurement à ce dernier que s'il est établi au degré de vraisemblance prépondérante que l'affection a été causée ou aggravée pendant le service. Dans ce cas, le fardeau de la preuve incombe à l'assuré.³²²

Lorsqu'une affection antérieure au service est constatée lors de la visite sanitaire d'entrée, que l'assuré est néanmoins retenu au service et qu'une aggravation de l'affection survient durant ce dernier, l'assurance militaire répond entièrement de l'affection annoncée pendant une année dès le licenciement du service.³²³

317 Art. 34 ss LPGA; art. 57 LAA; www.fmh.ch → FR → Thèmes → Tarifs ambulatoires → Tarif.

318 Art. 1a et 1 ss LAM.

319 Art. 2 LAM.

320 Art. 5 LAM.

321 Art. 5 LAM.

322 Art. 6 LAM.

323 Art. 7 LAM.

L'assurance militaire fournit des prestations en nature et rembourse les frais, notamment ceux d'un traitement approprié et économique visant à améliorer l'état de santé ou la capacité de gain de l'assuré ou à les préserver d'une atteinte plus considérable.³²⁴ Elle verse en outre des indemnités journalières en cas d'incapacité de travail, propose des mesures de réadaptation destinées au maintien de l'intégration, ou s'acquitte d'une rente d'invalidité en cas d'atteinte de longue durée ou présumée permanente de la capacité de gain.³²⁵ D'autres prestations sont aussi prévues pour l'indemnisation des dommages matériels, la réparation morale, etc.³²⁶

L'assuré est tenu de se soumettre aux mesures médicales diagnostiques et thérapeutiques raisonnablement exigibles, à défaut de quoi l'assurance militaire peut réduire ses prestations.³²⁷ L'assuré a le libre choix du médecin, du dentiste, du chiropraticien, du pharmacien et de l'établissement hospitalier. Néanmoins, en l'absence d'accord de l'assurance, s'il a eu recours à un autre établissement que celui qui est le plus proche ou à une autre division que la commune, il doit supporter les frais supplémentaires découlant du traitement, des voyages et de la perte de gain, sous réserve des cas urgents.³²⁸

Tant les assurés que les fournisseurs de prestations ont des obligations de déclaration. Si ces obligations ne sont pas respectées, l'assuré s'expose à des réductions de prestations et le fournisseur de prestations est susceptible de devoir répondre d'un dommage probablement en relation avec le service accompli s'il a omis de l'annoncer.³²⁹

L'assurance militaire prend les traitements à sa charge selon le système du tiers payant, sans franchise ni quote-part.³³⁰ Le TARMED est applicable (convention tarifaire AA-AM-AI).³³¹

La LAM est, elle aussi, régie par les critères EAE (efficacité, adéquation, économie). Les traitements ne sont toutefois pas strictement limités au catalogue des prestations prises en charge par les caisses-maladie.³³² À cela s'ajoute que les frais de voyage, de transport, de recherche et de sauvetage sont également pris en charge.³³³ L'AM assume, sans se limiter à une liste formelle, les moyens auxiliaires simples et adéquats permettant d'améliorer l'état de santé de l'assuré et de faciliter sa réadaptation professionnelle et sociale.³³⁴

324 Art. 16 LAM.

325 Art. 16 ss LAM; art. 28 ss LAM; art. 40 ss LAM.

326 Art. 57 ss LAM.

327 Art. 18 LAM.

328 Art. 17 LAM.

329 Art. 83 LAM.

330 Art. 24 LAM.

331 www.fmh.ch → FR → Thèmes → Tarifs ambulatoires → Tarif.

332 Art. 16 LAM.

333 Art. 19 LAM.

334 Art. 21 LAM.

Les personnes couvertes par l'assurance militaire jouissent d'un libre choix du médecin limité, dans la mesure où, en cas de traitement ambulatoire, elles doivent consulter un professionnel de la santé adéquat. Un traitement hospitalier est pris en charge s'il est suivi dans la division commune d'un établissement avec lequel l'assurance militaire a conclu un contrat de collaboration et une convention tarifaire. Sauf cas d'urgence, l'assuré doit arrêter son choix sur l'établissement adapté le plus proche. S'il a recours, sans autorisation, à d'autres fournisseurs de prestations que ceux qui sont prévus, il doit en supporter les coûts supplémentaires. Les désirs de l'assuré et les propositions du médecin traitant sont pris en compte dans les décisions concernant les séjours en établissement de cure et l'envoi dans un centre de dépistage.³³⁵

Les litiges entre assurés et assureurs sont régis par les mêmes règles que celles qui s'appliquent dans le cadre de l'assurance-maladie (cf. chap. 3.17).³³⁶ Quant aux litiges entre fournisseurs de prestations et assureurs LAM, ils sont régis par les règles applicables dans le cadre de l'assurance-accidents (voir ci-dessus).³³⁷

Assurance-invalidité

Quiconque est assuré auprès de l'AVS à titre obligatoire ou facultatif bénéficie également de la couverture d'assurance de l'assurance-invalidité. Sont en principe assurées à titre obligatoire les personnes physiques domiciliées en Suisse, celles qui exercent une activité lucrative en Suisse, ainsi que les ressortissants suisses exerçant certaines activités à l'étranger.³³⁸

L'invalidité peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident.³³⁹ Les mineurs n'exerçant pas d'activité lucrative sont réputés invalides s'il faut compter avec une incapacité de gain totale ou partielle.

Si des assurés majeurs n'exerçaient pas d'activité lucrative avant d'être atteints dans leur santé et qu'une telle activité ne peut leur être imposée, ils sont réputés invalides s'ils ne sont plus en mesure d'accomplir leurs travaux habituels.³⁴⁰

Les assurés ont droit, jusqu'à l'accomplissement de leur 20^e année, à des mesures médicales qui ne concernent pas en soi le traitement de la maladie, mais visent directement la réadaptation à la vie professionnelle ou au domaine d'activités habituel.³⁴¹ Ils ont en outre droit aux mesures médicales nécessaires au traitement

335 Art. 17 LAM.

336 Art. 34 ss LPGA; art. 32a ss OAM.

337 Art. 27 LAM; www.fmh.ch → FR → Thèmes → Tarifs ambulatoires → Tarif.

338 Art. 1a LAI; art. 1a et 2 LAVS, avec de nombreuses précisions.

339 Art. 4 LAI.

340 Art. 5 LAI; art. 8 LPGA.

341 Art. 12 LAI.

des infirmités congénitales.³⁴² Le traitement médicalement nécessaire à la charge de la caisse-maladie ou de l'assurance-accidents doit être terminé.

La détection précoce a pour but de prévenir l'invalidité de personnes en incapacité de travail. Les employeurs, les membres de la famille, les médecins, etc. sont tenus de communiquer le cas à l'office AI compétent en vue d'une détection précoce, après en avoir préalablement informé l'assuré.³⁴³ Des renseignements complémentaires ne peuvent être donnés à l'office AI que si le patient y consent ou si un médecin du service médical régional les exige.³⁴⁴

Les assurés invalides ou menacés d'une invalidité ont droit aux mesures de réadaptation nécessaires et appropriées pour maintenir, rétablir ou améliorer leur capacité de gain ou leur capacité d'accomplir leurs travaux habituels. Les mesures médicales en font partie (avant tout pour les mineurs et les jeunes adultes).³⁴⁵

Par ailleurs, l'assuré qui présente depuis 6 mois au moins une incapacité de travail de 50 % au moins a droit à des mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle.³⁴⁶ Les mesures de nature professionnelle telles que l'orientation professionnelle, la formation professionnelle initiale, le reclassement, le placement, etc., constituent également des prestations de l'AI, de même que les moyens auxiliaires, les indemnités journalières et les rentes, éventuellement assorties de prestations complémentaires, d'une allocation pour impotent et de contributions d'assistance.³⁴⁷

Les traitements médicaux au sens de la LAI nécessitent une garantie de paiement préalable. Comme dans le cadre de la LAA, les critères EAE (efficacité, adéquation, économicité) s'appliquent et les traitements ne se limitent pas formellement au catalogue des prestations obligatoires de la LAMal.³⁴⁸ Les assurés peuvent choisir librement le personnel médical, paramédical et les établissements.³⁴⁹ Le TAR-MED est applicable (convention tarifaire AA-AM-AI).³⁵⁰

En ce qui concerne les assurés de plus de 20 ans, l'assurance-maladie resp. l'assurance-accidents sont en principe tenues de prendre en charge les mesures médicales. L'AI n'assume de tels coûts que si les mesures visent directement la réadaptation professionnelle et sont aptes à améliorer de façon durable et importante la

342 Art. 13 LAI. La liste des infirmités congénitales figure dans l'annexe à l'Ordonnance concernant les infirmités congénitales (OIC).

343 Art. 3 ss LAI.

344 Art. 3c LAI.

345 Art. 8 s. LAI.

346 Art. 14a ss LAI.

347 Art. 15 ss, art. 21 ss, art. 28 ss, art. 42 ss LAI; art. 4 LPC.

348 Art. 2 RAI.

349 Art. 26 ss LAI.

350 Art. 27 LAI; www.fmh.ch → FR → Thèmes → Tarifs ambulatoires → Tarif.

capacité de gain ou à la préserver d'une diminution notable.³⁵¹ Lorsque le traitement a lieu dans un établissement hospitalier, l'AI prend en charge les coûts en division commune, les coûts allant au-delà étant à la charge du patient.³⁵² Les mesures médicales telles que la psychothérapie, l'ergothérapie et la physiothérapie sont prises en charge au maximum jusqu'à l'âge de 20 ans révolus si elles visent la réinsertion. En cas d'infirmité congénitale, l'AI assume en outre les coûts des traitements médicaux et médicamenteux jusqu'à la même limite d'âge.³⁵³

L'assuré doit participer activement à la mise en œuvre de toutes les mesures de réinsertion – y compris médicales – raisonnablement exigibles contribuant soit au maintien de son emploi actuel, soit à sa réadaptation à la vie professionnelle.³⁵⁴ Si l'assuré se soustrait à une telle mesure ou s'y oppose, les prestations peuvent être temporairement ou définitivement réduites ou refusées.³⁵⁵

La contribution d'assistance en faveur des personnes handicapées complète l'allocation pour impotent des personnes majeures ayant l'exercice des droits civils qui vivent chez elles ou souhaiteraient le faire. Ont également droit à une contribution d'assistance les personnes mineures (à certaines conditions) ou majeures dont la capacité d'exercice des droits civils est restreinte.³⁵⁶

Au moyen d'un préavis, l'office AI communique à l'assuré toute décision finale qu'il entend prendre. Lorsque la décision prévue touche l'obligation d'un autre assureur d'allouer des prestations, l'office AI doit entendre celui-ci avant de rendre sa décision.³⁵⁷ Dans un délai de 30 jours, l'assuré peut communiquer ses objections au préavis, sur la base desquelles l'office AI se prononce sur la demande de prestations. Si l'assuré conteste ce prononcé, il peut exiger la notification d'une décision qu'il peut contester directement auprès du tribunal cantonal des assurances.³⁵⁸ Sitôt que le tribunal cantonal des assurances est saisi, les mêmes dispositions que celles que prévoit la LAMal (cf. chap. 3.17) sont applicables. Les litiges entre fournisseurs de prestations et offices AI sont régis par les mêmes règles que celles qui s'appliquent dans le cadre de l'assurance-accidents (voir ci-dessus).

351 Art. 12 LAI; art. 2 al. 1 et 4 RAI.

352 Art. 14 al. 2 LAI.

353 Art. 12 ss LAI.

354 Art. 7 LAI.

355 Art. 21 al. 2 LPGA; art. 7 LAI.

356 Art. 42 ss LAI; art. 39a ss RAI.

357 Art. 57a LAI.

358 Art. 73bis ss RAI; art. 69 LAI.



Situations particulières lors de la prise en charge des patientes et des patients

4.1 Analyses génétiques

La Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine protège d'une part la dignité humaine et la personnalité des personnes concernées, et vise d'autre part à assurer la qualité des analyses et de l'interprétation de leurs résultats. La loi a été complètement révisée en 2018, elle contient désormais des dispositions sur les caractéristiques non héréditaires. L'entrée en vigueur est prévue en 2021.

La Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH)³⁵⁹ s'applique à toutes les analyses visant de manière directe à déterminer des caractéristiques du patrimoine génétique héréditaire ou acquises pendant la phase embryonnaire. La loi garantit non seulement la protection des droits des personnes concernées (interdiction de discriminer, droit à l'information et droit à l'autodétermination, droit de ne pas savoir), mais également la qualité des analyses. Le droit de prescrire des analyses génétiques demeure ainsi réservé aux médecins, lesquels doivent en outre disposer d'une formation postgraduée adéquate pour les analyses présymptomatiques et prénatales. Les analyses prénatales et les examens de dépistage sont en outre soumis à des conditions supplémentaires spécifiques.

Par ailleurs, les laboratoires qui effectuent des analyses cytogénétiques et moléculaires doivent être au bénéfice d'une autorisation délivrée par l'Office fédéral de la santé publique. Enfin, les diagnostics génétiques *in vitro* ne peuvent être confiés qu'à des spécialistes du domaine médical ou au commerce spécialisé (grossistes), et non à des particuliers.

Outre les analyses médicales, la loi régit, entre autres, l'établissement de profils d'ADN visant à établir la filiation. Afin d'éviter les conflits d'intérêts, un enfant incapable de discernement ne peut être représenté par la personne avec laquelle ses éventuels liens de parenté doivent être recherchés. Dans un tel cas, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte doit intervenir. Une recherche en paternité prénatale implique des obligations supplémentaires en matière d'information.

La LAGH règle les analyses génétiques dans le domaine des assurances et définit les droits des assureurs (interdiction d'exiger une analyse et interdiction d'exiger ou d'utiliser les résultats d'une analyse déjà effectuée).

359 Cf. Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur l'analyse génétique humaine (LAGH).

Exceptionnellement, un assureur est autorisé à rechercher les résultats d'analyses génétiques présymptomatiques antérieures si les conditions cumulatives suivantes sont réalisées:

- si, d'une part, le contrat d'assurance n'est pas soumis à la règle précitée (concrètement: les assurances-vie de plus de 400 000 francs, les assurances-maladie complémentaires et les assurances-invalidité de plus de 40000 francs), et
- si, d'autre part, l'analyse en question délivre des résultats fiables sur les plans de la technique et de la pratique médicales et que sa valeur scientifique pour le calcul des primes est prouvée.

Par ailleurs, l'assureur ne doit pas s'adresser à la personne qui fait la demande, mais au médecin mandaté. Celui-ci ne renseigne l'assureur que sur la catégorie de risques dans laquelle la personne concernée doit être classée.

Enfin, la loi régit l'admissibilité des analyses génétiques dans le domaine de la responsabilité civile (à savoir dans le contexte lié au calcul du dommage et des dommages-intérêts). Dans le domaine en lien avec le travail, sauf rares exceptions, aucune recherche génétique (présymptomatique) n'a le droit d'être pratiquée.

La LAGH n'étant plus adaptée à la situation actuelle, le Parlement a chargé le Conseil fédéral de la réviser. Le 15 juin 2018, le Conseil national et le Conseil des États ont adopté la LAGH révisée.³⁶⁰ Désormais, la loi contient aussi de nombreuses dispositions sur les analyses génétiques non médicales et les caractéristiques non héréditaires. Le domaine non médical est divisé en un groupe d'analyses génétiques visant à déterminer des caractéristiques sensibles telles, par exemple, les caractéristiques physiologiques dont la connaissance peut avoir une influence sur le mode de vie (p. ex. optimisation de l'alimentation, prédisposition au sport), et en un groupe d'autres analyses génétiques de caractéristiques qui ne sont pas particulièrement sensibles (couleur des cheveux et des yeux, sens du goût, recherche de partenaire). La révision introduit un nouveau principe, applicable à tous les domaines, qui exige d'éviter, dans toute la mesure du possible, que la réalisation d'analyses génétiques génère des informations excédentaires. La LAGH révisée réagit également aux tests commerciaux largement disponibles sur Internet. L'utilisation directe de tests génétiques par le client est autorisée afin de rechercher des caractéristiques relativement anodines et non pertinentes du point de vue médical.

360 www.ofsp.admin.ch → Médecine & recherche → Tests génétiques → Projets législatifs en cours.

4.2 Procréation médicalement assistée

La Loi sur la procréation médicalement assistée fixe les conditions de la pratique d'une telle procréation des êtres humains. Elle assure la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille, et interdit l'application abusive de la biotechnologie et du génie génétique. La Loi sur la procréation médicalement assistée ainsi que son ordonnance sont entrées en vigueur le 1^{er} septembre 2017.

Conformément à la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA)³⁶¹, les méthodes telles que l'insémination artificielle ou la fécondation *in vitro* avec transfert d'embryons visent uniquement à remédier à la stérilité ou à éviter le risque de transmission d'une maladie grave et incurable aux descendants. Alors que l'utilisation de sperme provenant de dons est admise pour les couples, les dons d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution font l'objet d'une interdiction générale. Les méthodes de procréation médicalement assistée ne sont applicables qu'avec le consentement écrit et pleinement éclairé du couple; il en va de même de l'insémination artificielle.

L'application de méthodes de procréation médicalement assistée, la conservation de gamètes et d'ovules imprégnés, ainsi que la cession de sperme nécessitent une autorisation délivrée par le canton concerné.³⁶²

Le diagnostic préimplantatoire (DPI) est une méthode d'analyse génétique des embryons *in vitro*. L'analyse doit être effectuée dans les premiers jours suivant la conception. Le DPI a pour but de sélectionner les embryons qui ne sont pas porteurs de gènes hérités des parents et susceptibles de provoquer une maladie grave, et ne présentent pas des caractéristiques chromosomiques susceptibles de compromettre le développement de l'embryon. En Suisse, le DPI a été interdit depuis l'entrée en vigueur de la LPMA en 2001 jusqu'au 31 août 2017. Le 1^{er} septembre 2017, la LPMA révisée et son ordonnance sont entrées en vigueur. Depuis cette date, le DPI peut être pratiqué en Suisse à certaines conditions. Les laboratoires actifs dans le domaine de la procréation médicalement assistée et du diagnostic préimplantatoire sont soumis à des critères qualitatifs plus stricts qu'auparavant.

La LPMA révisée permet, en cas d'insémination artificielle, de développer jusqu'à douze embryons par cycle de traitement, puis de transférer un seul embryon, sélectionné selon des caractéristiques morphologiques, dans l'utérus. Cela permet de mener des procédures FIV en minimisant la probabilité de naissances multiples. Ce point constitue une nouveauté décisive de la loi révisée, car les grossesses

361 Cf. Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA).

362 Aucune autorisation n'est nécessaire en cas d'insémination artificielle avec le sperme du partenaire.

multiples augmentent le risque de complications pour la mère et les enfants. Avec l'accord écrit du couple, les embryons non utilisés sont conservés pour une durée de 10 ans au plus dans un but de procréation.

4.3 Interruption de grossesse

L'interruption de grossesse n'est pas punissable si elle a lieu durant les 12 premières semaines de grossesse.

La solution dite «des délais» est en vigueur depuis 2002. L'interruption de grossesse n'est pas punissable «si, sur demande écrite de la femme qui invoque qu'elle se trouve en situation de détresse, elle est pratiquée au cours des 12 semaines suivant le début des dernières règles par un médecin habilité à exercer sa profession. Le médecin doit au préalable s'entretenir lui-même de manière approfondie avec la femme enceinte et la conseiller.»³⁶³

Une interruption de grossesse après l'échéance d'un tel délai n'est pas non plus punissable si un avis médical démontre qu'elle est nécessaire pour écarter le danger d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou d'un état de détresse profonde de la femme enceinte. À cet égard, «le danger [pour la femme] devra être d'autant plus grave que la grossesse est avancée».³⁶⁴

Les cantons établissent des listes des cabinets médicaux et des hôpitaux habilités à conseiller les femmes et à pratiquer des interruptions de grossesse non punissables. À des fins statistiques, le médecin doit annoncer toute interruption de grossesse à l'autorité de santé publique compétente du canton (voir chap. 6.3). Une telle annonce est anonyme.

4.4 Stérilisation

Depuis 2005, une loi fédérale régit les conditions auxquelles une stérilisation est autorisée à des fins contraceptives, ainsi que la procédure applicable.³⁶⁵

La stérilisation constitue une atteinte grave à l'intégrité physique et psychique; elle consiste à supprimer de manière permanente les facultés reproductrices d'une personne.

La stérilisation n'est autorisée que sur des personnes majeures capables de discernement si celles-ci ont reçu des informations exhaustives sur l'intervention et y ont librement consenti par écrit. La capacité de discernement joue donc un rôle

363 Cf. art. 119, al. 2 CP.

364 Cf. art. 119, al. 1 CP.

365 Cf. Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes (Loi sur la stérilisation).

central. Selon la loi, «le médecin qui pratique l'intervention doit consigner dans le dossier médical les éléments qui ont fondé son appréciation de la capacité de discernement de la personne concernée».

La stérilisation de personnes majeures faisant l'objet d'une curatelle de portée générale et capables de discernement nécessite non seulement le consentement libre et écrit de la personne elle-même, mais aussi celui de son représentant légal et de l'autorité de protection de l'adulte. L'autorité de protection de l'adulte doit en outre demander un second avis médical et ordonner, si nécessaire, une expertise psychiatrique sur la capacité de discernement de la personne concernée.

La loi interdit en principe la stérilisation des personnes incapables de discernement. Des exceptions ne sont possibles qu'à de strictes conditions pour les personnes de plus de 16 ans.³⁶⁶ D'un point de vue médical, la mise en œuvre de cette disposition s'avère très compliquée.³⁶⁷

4.5 Traitement des maladies transmissibles – la Loi sur les épidémies

La Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies; LEp) de 1886 a fait l'objet d'une révision totale. Cette révision vise à garantir une meilleure gestion des crises par une détection précoce, une surveillance, une prévention et une lutte contre les maladies transmissibles.

L'Ordonnance du DFI sur la déclaration d'observations en rapport avec les maladies transmissibles de l'homme règle l'obligation de déclaration.

Dans la loi révisée également, la responsabilité de l'État pour les préjudices causés à la suite d'une vaccination ordonnée ou recommandée par les autorités est subsidiaire, c'est-à-dire que le médecin ayant procédé à la vaccination en répond au premier chef.³⁶⁸

366 Cf. art. 7 de la Loi sur la stérilisation.

367 Cf. chap. 8.2 de la directive médico-éthique de l'ASSM «Traitement médical et prise en charge des personnes en situation de handicap» (2008).

368 Art. 64 LEp.

4.6 Médecine de la transplantation

La Loi sur la transplantation³⁶⁹ fixe les conditions dans lesquelles des organes, des tissus ou des cellules peuvent être utilisés à des fins de transplantation. Elle doit d'une part contribuer à ce que des organes, des tissus et des cellules humains soient disponibles à de telles fins, mais elle vise d'autre part à prévenir leur utilisation abusive et à protéger la dignité humaine, la personnalité et la santé.

D'un point de vue éthique et juridique, le prélèvement d'organes sur une personne décédée à des fins de transplantation nécessite que le décès fasse l'objet d'un diagnostic fiable et sûr. En ce qui concerne les critères du décès, la loi se fonde sur la définition neurologique de la mort selon laquelle une personne est décédée lorsque toutes les fonctions du cerveau, y compris du tronc cérébral, ont subi un arrêt irréversible. En ce qui concerne la constatation du décès, l'ordonnance renvoie aux directives de l'ASSM «Diagnostic de la mort en vue de la transplantation d'organes et préparation du prélèvement d'organes».³⁷⁰

Le prélèvement d'organes sur une personne décédée n'est autorisé que si la personne concernée elle-même y a consenti (p.ex. carte de dons d'organes). Si celle-ci ne s'est pas exprimée, ses parents les plus proches peuvent consentir à un tel prélèvement. En l'absence des parents les plus proches ou si ceux-ci ne peuvent pas être atteints à temps, le prélèvement d'organes n'est pas autorisé.

En prenant leur décision, les proches doivent respecter la volonté présumée du patient. Ils peuvent toutefois autoriser le prélèvement s'ils ne connaissent pas sa volonté. La Loi sur la transplantation a été révisée à la fin 2017. Elle précise désormais à quel moment l'accord des proches doit être demandé pour un don d'organe, et à quelles conditions des mesures médicales préparatoires peuvent être prises en vue d'un prélèvement d'organe.

Le médecin traitant est tenu de communiquer sans délai à un centre de transplantation les noms des patients pour lesquels une transplantation est médicalement indiquée, le consentement de ces patients étant requis. Les données nécessaires sont ensuite recensées sur une liste d'attente tenue par le service national des attributions.³⁷¹ Celui-ci procède à la répartition des organes disponibles selon des critères définis par la loi, avant tout liés aux patients.

369 Cf. Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation).

370 Cf. «Diagnostic de la mort en vue de la transplantation d'organes et préparation du prélèvement d'organes», directives médico-éthiques de l'ASSM (2017).

371 Sur mandat de la Confédération, le service national des attributions est géré par la fondation Swisstransplant.

En ce qui concerne le dons d'organes vivants, la Loi sur la transplantation contient une réglementation tout aussi libérale. Les personnes majeures et capables de discernement doivent avoir donné leur consentement écrit au don d'organe après avoir reçu des explications exhaustives, et il ne doit pas exister de risque sérieux pour leur vie ou leur santé. De plus, il ne doit pas exister une autre méthode thérapeutique ayant une efficacité comparable pour le receveur. En revanche, les dons de personnes vivantes mineures ou incapables de discernement ne sont admis qu'à titre exceptionnel et pour des tissus ou des cellules qui se régénèrent.

Le don d'un organe vivant peut être effectué tant en faveur d'un proche que d'un inconnu, aucune relation personnelle n'étant nécessaire. Depuis octobre 2017, le don de reins entre deux paires incompatibles est possible dans le cadre d'un programme de transplantation croisée.³⁷²

La révision de la Loi sur la transplantation garantit financièrement le suivi médical après un don d'organe vivant. Les assureurs du receveur sont désormais tenus de verser les coûts sous la forme d'un forfait unique au service chargé du suivi des donneurs vivants.

4.7 Prise en charge médicale des sportifs et lutte contre le dopage

Le médecin doit avoir conscience des défis médicaux et éthiques spécifiques au sport, en particulier de haut niveau, et sauvegarder la santé du sportif. Le dopage est interdit, tant dans le sport de compétition que dans le sport de loisir.

Le sport occupe une grande place dans notre société, tant par les performances des athlètes de haut niveau que par la pratique répandue du sport de loisir. Par la prise en charge des sportifs et les conseils prodigués, le médecin contribue largement à la promotion de la santé. Les exigences spécifiques liées au sport, en particulier de haut niveau, posent cependant des défis tant du point de vue médical que de l'éthique professionnelle. Pour y répondre, une formation approfondie interdisciplinaire en médecine du sport ainsi que des règles déontologiques spécifiques ont été mises sur pieds³⁷³.

Dans le sport de haut niveau, le médecin doit composer avec les nombreux intervenants gravitant autour de l'athlète (entraîneur, préparateur physique, sponsors, fédération, médias, etc.) ainsi qu'à des pressions de performance, à commencer par celles que l'athlète s'impose à lui-même. Le médecin peut ainsi être placé devant un conflit d'ordre éthico-professionnel entre la protection de la santé du patient et son autonomie. Il lui faudra alors analyser la situation dans son en-

372 Cf. Ordonnance sur la transplantation croisée du 18 octobre 2017.

373 Art. 27, 33 et 33bis du Code de déontologie de la FMH ainsi que son annexe 5 «Directive pour la prise en charge médicale des sportifs».

semble en prenant notamment en compte l'importance des risques pour la santé ainsi que la faculté et la liberté de décision du sportif. Une attention particulière sera apportée aux enfants et adolescents dont les entraînements et compétitions doivent correspondre au rythme de croissance et de développement. En tout état de cause, le médecin informera clairement le sportif des risques encourus et le dissuadera de toute activité sportive incompatible avec son état de santé. Il refusera d'établir un certificat déclarant le sportif apte à l'entraînement ou à la compétition, si cela est contraire à la vérité³⁷⁴ ou incompatible avec sa conscience. Le médecin mandaté par une équipe ou une association doit être conscient des conflits d'intérêts potentiels et prendra soin de préserver le secret médical en avertissant le sportif des informations qui seront communiquées aux tiers. Il ne transmettra à ces derniers que les renseignements nécessaires – aptitude ou inaptitude à l'entraînement ou à la compétition –, à l'exclusion des données médicales spécifiques.

En tant qu'«usage abusif de produits et de méthodes visant à améliorer les performances physiques dans le sport»,³⁷⁵ le dopage porte atteinte au respect des règles sportives, à l'égalité des chances, à la loyauté de la compétition ainsi qu'à la promotion de la santé à travers l'activité physique. Il s'agit d'une problématique sociétale qui dépasse le cadre purement sportif et qui n'est pas justifiable du point de vue de l'éthique médicale³⁷⁶. En Suisse, la lutte antidopage se fonde sur deux listes de méthodes et de produits interdits:

- La première liste est ancrée dans la loi³⁷⁷ et dresse l'inventaire des produits et méthodes dont l'usage à des fins de dopage présente de grands risques pour la santé. Il s'agit notamment des stéroïdes anabolisants, des agents stimulants de l'érythropoïèse, des hormones de croissance, du dopage génétique, etc. Le médecin est directement concerné par la législation antidopage et, en cas d'infraction intentionnelle, peut encourir des sanctions bien plus lourdes que ses patients. Le médecin s'abstiendra de recourir, de manière abusive, à ces substances lors de la prise en charge de tout patient pratiquant une activité sportive, même à titre purement privé.³⁷⁸
- La seconde liste est établie par les organisations sportives, en particulier l'Agence mondiale antidopage (AMA)³⁷⁹ et vise tout particulièrement les sportifs qui participent à des compétitions organisées par des associations suisses

374 En pareil cas, le médecin se rend coupable de faux certificat médical (art. 318 CP). Voir chapitre 6.4.

375 Art. 19 de la Loi fédérale sur l'encouragement du sport et de l'activité physique (LESp).

376 German Clénin/Julien Duruz, Révision des règles déontologiques sur le dopage, Bulletin des médecins suisses n° 7 du 13 février 2019, p. 196 ss.

377 Loi fédérale sur l'encouragement du sport et de l'activité physique (LESp) et annexe à l'Ordonnance sur l'encouragement du sport et de l'activité physique (OESp).

378 Voir chiffres 4.4 al. 1 let. a et 4.5 al. 1 de l'annexe 5 au Code de déontologie de la FMH.

379 Voir le Code mondial antidopage et la liste des substances et méthodes interdites par l'AMA ainsi que le Statut concernant le dopage de Swiss Olympic; ces documents peuvent être consultés sur le site Internet www.antidoping.ch

affiliées à Swiss Olympic ou par des organisations sportives internationales. Il ne s'agit pas uniquement de compétitions de haut niveau, mais également des tournois ou courses populaires. Cette liste est bien plus large que la précédente et comprend notamment les diurétiques et les stimulants. Si le sportif a médicalement besoin d'une substance ou méthode interdite et qu'il n'existe pas d'alternative, il peut obtenir une dérogation, appelée «autorisation d'usage à des fins thérapeutiques (AUT)». Cette autorisation est en principe octroyée rétroactivement, après un contrôle antidopage. S'il s'agit d'un athlète appartenant à un «groupe cible de sportifs soumis à contrôles» (généralement de très haut niveau), l'autorisation doit être accordée préalablement au traitement.

Le médecin s'abstiendra non seulement de tout acte conduisant au dopage (prescription, remise, administration, importation, etc. de produits ou de méthodes interdits) ou à une entrave aux processus de contrôle, mais il devra aussi assister les sportifs dans leurs demande d'AUT. Il est primordial de bien documenter les traitements afin d'être en mesure de démontrer leur caractère non-abusif. La lutte antidopage ne repose toutefois pas sur les seules épaules du médecin: en sa qualité de sportif, le patient a lui aussi, des devoirs, en particulier celui d'annoncer à son médecin traitant toute participation à une compétition. La prévention contre le dopage requiert dès lors une communication efficace et un dialogue entre le médecin et le patient.³⁸⁰

La Fondation Antidoping Suisse est le centre de compétence en matière de lutte contre le dopage. Cette institution est compétente pour octroyer les AUT et pour fournir des renseignements sur les produits et méthodes admis. Elle met plusieurs outils à disposition des médecins et des sportifs, notamment une liste actualisée des interdictions, un moteur de recherche permettant de vérifier l'admissibilité des médicaments, ainsi qu'une liste des médicaments autorisés pour le traitement des maladies courantes.³⁸¹

380 Voir chap. 4 de l'annexe 5 au Code de déontologie de la FMH.

381 Outils disponibles sur le site Internet www.antidoping.ch

4.8 Traitement et prise en charge médicale de personnes âgées en situation de dépendance et atteintes de démence

En Suisse vivent près de 150 000 personnes atteintes de démence. Par le biais de la Stratégie nationale en matière de démences³⁸², la Confédération et les cantons ont fixé des objectifs afin d'améliorer la qualité de vie de ce groupe de patients dont la taille va croissant, de réduire la charge liée à la maladie et d'assurer la qualité de la prise en charge. L'ASSM contribue à ces objectifs avec sa directive «Prise en charge des personnes atteintes de démence».

L'évolution de la démence – le plus souvent combinée à d'autres maladies chroniques somatiques et psychiques – s'étend souvent sur de nombreuses années sans qu'il soit possible de la prédire: l'absence de capacité de discernement est la règle en cas de démence grave. Il appartient alors au représentant du patient de prendre les décisions sur la base de la volonté précédemment exprimée par celui-ci ou de sa volonté présumée.

L'absence de capacité de discernement à un stade avancé, les troubles du comportement dus à la maladie, la charge pesant sur les proches ou les défis particuliers liés aux soins peuvent mener à des décisions délicates et générer des conflits éthiques. La directive médico-éthique relative à la prise en charge des personnes atteintes de démence publiée en décembre 2017 par l'ASSM propose un guide pratique. Le nouveau droit de la protection de l'adulte a amélioré la protection juridique et psycho-sociale des personnes incapables de discernement vivant en établissement médico-social.³⁸³ Si une personne incapable de discernement est suivie de manière durable dans un établissement médico-social ou dans une maison de retraite, il est impératif de conclure un contrat d'assistance qui renseigne sur les prestations de l'établissement et la rémunération due. Il incombe au représentant autorisé de signer ce contrat pour le compte de la personne incapable de discernement (sur ce sujet, voir chap. 3.5).

L'autonomie des personnes âgées revêt une grande importance. C'est pourquoi le libre choix du médecin est également garanti dans les maisons de retraite pour autant que des motifs importants ne s'y opposent pas (sur ce sujet, voir chap. 3.1).

Dans une maison de retraite, l'appréciation globale de la situation du patient revêt une importance particulière: c'est pourquoi le médecin traitant, le personnel soignant et les thérapeutes doivent fonder leurs décisions sur une évaluation commune de l'environnement et des aspects médicaux, psychiques, sociaux et fonctionnels.

382 Stratégie nationale en matière de démences 2014–2019, www.ofsp.admin.ch

383 Art. 382 à 387 CC.

Dans certaines situations, les personnes incapables de discernement et confuses ne sont plus en mesure de s'orienter et s'exposent dès lors à des dangers. Le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte règle les conditions auxquelles une limitation de la liberté de mouvement est admissible.³⁸⁴ Une telle mesure peut être ordonnée soit pour parer à un danger sérieux pour la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou de tiers, soit pour éviter un trouble grave de la vie communautaire. Cette restriction doit être suspendue dès que possible et être consignée dans un procès-verbal.

4.9 Décisions médicales relatives à la fin de la vie

Le traitement, la prise en charge et l'accompagnement de patients confrontés à leur propre mort est une tâche centrale de la médecine qui exige un grand respect de la dignité et de la volonté propre du patient ainsi qu'une grande responsabilité éthique. Les situations cliniques concernées sont variées et souvent complexes. Plusieurs directives de l'ASSM³⁸⁵ en la matière font office de guides pour une pratique confrontée à des défis éthiques.

Par «décisions médicales relatives à la fin de la vie», on entend tous les actes et toutes les omissions susceptibles d'abrèger ou abrégeant de manière certaine la durée de vie d'une personne gravement malade, voire d'entraîner son décès. On parle souvent à cet égard d'«euthanasie», bien qu'on ait pu observer ces dernières années une tendance croissante à utiliser cette notion au sens strict comme terme général pour l'assistance au suicide et le meurtre sur demande du patient.

Le tableau suivant propose un aperçu des différentes formes de décisions médicales relatives à la fin de la vie.

384 Art. 383 à 385 CC; à ce sujet, voir également la directive médico-éthique de l'ASSM «Mesures de contrainte en médecine» (2015).

385 Voir à ce sujet «Soins palliatifs» (2006), «Décisions de réanimation» (2008), «Mesures de soins intensifs» (2013) et «Attitude face à la fin de vie et à la mort» (2018).

Formes et classement juridique des décisions médicales relatives à la fin de la vie

Décisions médicales relatives à la fin de la vie (aide au décès*)	Type de décès	Statut juridique
Renonciation ou interruption des mesures de maintien en vie potentiel conformément à la volonté (présumée) du patient (euthanasie passive)	On renonce aux traitements médicaux ou on les interrompt s'ils s'avèrent inefficaces ou superflus en ce qui concerne le maintien en vie. Dans le cadre d'une thérapie limitée, on renonce à certaines mesures de maintien en vie parce que les atteintes à la qualité de vie qui y sont liées dépassent, de l'avis du patient, le bénéfice attendu de la prolongation éventuelle de la durée de la vie, ou parce que le patient souhaite renoncer à la thérapie pour d'autres motifs. On part en général de l'idée que la renonciation ou l'interruption d'un traitement de maintien en vie conduit à raccourcir la durée de vie.	légal
Traitement de la douleur, de la détresse respiratoire et d'autres symptômes lourds dans l'acceptation du risque que la vie soit abrégée conformément à la volonté (présumée) du patient (euthanasie active indirecte)	On administre une thérapie symptomatique suffisante. L'effet de dépression respiratoire des médicaments utilisés à cette fin peut en principe raccourcir la durée de vie.	légal
Assistance au suicide Cf. chap. 4.10	Le patient capable de discernement s'administre une dose létale d'un médicament délivré sur ordonnance. L'assistance au suicide comprend les actes accomplis dans l'intention de permettre le suicide, en particulier la prescription ou la remise d'un médicament aux fins de se donner la mort.	légal si la personne ayant prêté assistance en vue du suicide n'est pas poussée par un mobile égoïste: art. 115 CP
Meurtre à la demande du patient	Utilisation d'un ou de plusieurs médicaments en dose létale aiguë afin de mettre fin à la vie d'un patient qui le souhaite de manière sérieuse et insistante.	Illégal et punissable: art. 114 CP
Meurtre sans demande expresse du patient	Utilisation d'un ou de plusieurs médicaments en dose létale aiguë afin de mettre fin à la vie d'un patient.	Illégal et punissable, art. 111, 113 et 117 CP

* L'assistance au suicide et l'assistance active au décès à la demande du patient sont de plus en plus souvent assimilées à l'euthanasie (au sens strict).

Quelques situations particulières

Les situations suivantes sont courantes dans la pratique, mais ne sont pas encore réglementées expressément par la loi :

- *Un patient dément refuse de plus en plus de s'alimenter, voire aussi de s'hydrater*: selon les directives de l'ASSM, un tel comportement doit être considéré, après un diagnostic sérieux qui exclut une affection susceptible d'être traitée (trouble de la déglutition, pathologie gastro-intestinale), comme étant l'expression de la volonté du patient qui doit être respectée, et il convient alors de renoncer à poser une sonde de gastrostomie endoscopique percutanée pour le contraindre à s'alimenter. Il convient cependant de continuer à lui proposer régulièrement nourriture et boissons.
- *Plonger un patient en phase terminale dans un coma permanent et profond jusqu'à son décès (sédation palliative)*: dans les situations où un symptôme est réfractaire à la thérapie et persiste de manière insupportable pour le patient, il existe l'option d'une sédation palliative temporaire ou permanente, à savoir l'administration contrôlée de médicaments sédatifs. Un patient ne peut toutefois pas être plongé dans une sédation profonde permanente afin de provoquer délibérément son décès. Il s'agit au contraire d'alléger le processus de la mort qui est déjà en cours. Une telle sédation ne peut donc être administrée qu'à des personnes mourantes à des conditions contrôlées, sur la base de standards professionnels et moyennant le protocole correspondant.
- *L'accompagnement et le traitement des symptômes en cas de renoncement volontaire à l'alimentation et à l'hydratation (RVAH; jeûne ante mortem)*: certains patients choisissent le RVAH comme possibilité d'accélérer le processus de la mort. Le renoncement est volontaire lorsque l'on dispose de la volonté clairement exprimée d'une personne capable de discernement. Dans la phase terminale, les sensations de faim et de soif diminuent souvent. Cela peut favoriser la décision de renoncer à s'alimenter et à s'hydrater et en faciliter la mise en œuvre pour toutes les personnes concernées. Le souhait de RVAH peut cependant être exprimé à différents stades d'une maladie et soulever, par conséquent, diverses questions éthiques.³⁸⁶

386 Voir à ce sujet le chap. 6.2.2. de la directive médico-éthique de l'ASSM «Attitude face à la fin de vie et à la mort» (2018).

4.10 Assistance au suicide

En Suisse, l'assistance au suicide n'est pas punissable si la personne qui souhaite mourir est capable de discernement, met elle-même fin à ses jours et si la personne qui l'assiste n'agit pas pour un mobile égoïste.

En Suisse, l'assistance au suicide au sens de l'art. 115 du Code pénal n'est pas punissable pour autant qu'elle ne repose pas sur un mobile égoïste. Les limites posées à cet égard sont définies par le Code pénal: «Celui qui, poussé par un mobile égoïste, aura incité une personne au suicide, ou lui aura prêté assistance en vue du suicide, sera, si le suicide a été consommé ou tenté, puni d'une peine privative de liberté de 5 ans ou plus ou d'une peine pécuniaire.» Cela signifie que l'assistance au suicide n'est pas punissable si les trois conditions suivantes sont cumulativement et simultanément réalisées:

- La personne qui souhaitait mourir détenait elle-même la maîtrise de l'acte menant au décès.
- La personne qui a proposé son assistance au suicide n'a pas été poussée par un mobile égoïste.
- La personne qui s'est suicidée était capable de discernement en ce qui concerne son projet de mourir.

Fort de ce contexte libéral sur le plan du droit pénal, la Suisse a fait preuve, durant ces vingt dernières années, d'une grande tolérance en comparaison de l'approche internationale de l'assistance au suicide.

L'assistance au suicide recouvre les actes accomplis dans l'intention de permettre à une personne capable de discernement de se suicider, en particulier la prescription ou la délivrance d'un médicament aux fins de se donner la mort.

Le pentobarbital de sodium utilisé dans le cadre de l'assistance au suicide est soumis tant à l'Ordonnance sur les tableaux des stupéfiants qu'à la Loi sur les produits thérapeutiques (classification B). Il ne peut donc être prescrit que par des médecins autorisés à pratiquer en qualité d'indépendants, étant précisé que ces derniers sont tenus, ce faisant, d'observer les règles reconnues des sciences médicales.

Les autorités cantonales de surveillance contrôlent le respect des obligations en la matière; si les médecins n'honorent pas de telles obligations, les cantons peuvent prendre des mesures disciplinaires telles qu'un blâme ou un retrait partiel ou complet de l'autorisation de pratiquer.

En ce qui concerne la question de savoir ce que recouvrent les règles reconnues des sciences médicales dans le cadre de la prescription de pentobarbital de sodium à des fins de suicide, le Tribunal fédéral a considéré, dans un arrêt de 2006, que la prescription de pentobarbital de sodium destinée à permettre à un patient de se suicider exige «un diagnostic, une indication et un entretien explicatif répon-

dant aux règles des devoirs professionnels et des devoirs de diligence du médecin». Par ailleurs, l'examen et la documentation de la capacité de discernement du patient revêtent une importance centrale en ce qui concerne le souhait de celui-ci de mettre fin à ses jours. À cet égard, seul un médecin peut juger de la capacité de discernement du patient concerné.

Dans l'arrêt susmentionné, le Tribunal fédéral se réfère expressément aux directives médico-éthiques de l'ASSM de 2004 pour «la prise en charge des patientes et patients en fin de vie». Depuis lors, ces directives ont fait l'objet d'une refonte totale et la version révisée a été publiée en 2018 sous le titre «Attitude face à la fin de vie et à la mort».

Selon la directive révisée, l'assistance au suicide apportée aux patients capables de discernement est défendable lorsque les symptômes de la maladie et/ou les limitations fonctionnelles du patient lui causent une souffrance qu'il juge insupportable et que les autres options ont échoué ou ont été jugées inacceptables par le patient. Le souhait du patient de ne plus vouloir vivre dans cette situation insupportable doit être concevable pour le médecin compte tenu de l'histoire du patient et après des entretiens répétés. Le désir de mourir du patient doit en outre être mûrement réfléchi et persistant, et ne pas résulter d'une pression extérieure. La directive souligne toutefois que les patients n'ont pas de droit à une assistance au suicide et que chaque médecin est libre d'accomplir ou non un tel geste.

La FMH a refusé de reprendre la directive révisée sous cette forme dans son Code de déontologie; elle considère notamment que le critère des «souffrances insupportables» prête le flanc à la critique. Jusqu'à nouvel avis, le Code de déontologie de la FMH renvoie à l'ancienne version de la directive de 2004.

Outre la problématique de l'assistance au suicide envers les personnes atteintes de maladies psychiques, l'exigence d'une telle aide apportée aux personnes atteintes de démence à un stade peu avancé, âgées ou lassées de vivre, mais, dans une large mesure, en bonne santé physique et psychique, soulève des questions délicates en pratique, sans pour autant que la jurisprudence n'y ait à ce jour apporté de réponses claires. Dans sa prise de position de mars 2012, l'ASSM considère que le recours croissant à l'assistance au suicide relève, dans sa globalité, de la responsabilité de la société et ne doit pas être délégué au corps médical. Une discussion de fond sur ces questions controversées s'avère impérieuse.³⁸⁷

387 «Problèmes de l'assistance médicale au suicide. Prise de position de la Commission Centrale d'Éthique (CCE) de l'ASSM», BMS 2012; 93 (11): 411/12.

4.11 Mesures de contrainte en médecine

Sont réputées mesures de contraintes toutes les atteintes auxquelles il est procédé contre la volonté déclarée ou en dépit de l'opposition d'une personne. Cela inclut également des mesures moins invasives, notamment le fait de contraindre une personne à se lever, à s'alimenter ou à participer à une séance thérapeutique.

La pratique fait la distinction entre entrave à la liberté et traitement forcé. On parle d'entrave à la liberté lorsque seule la liberté de mouvement est restreinte (p. ex. l'internement dans un établissement fermé). Les entraves majeures à la liberté sont la contention (p. ex. avec des sangles) ou l'isolement (p. ex. dans une chambre d'isolement). Lorsqu'il y a non seulement atteinte à la liberté, mais également à l'intégrité physique d'une personne, notamment en cas de médication forcée, il s'agit d'une mesure de contrainte médicale avec atteinte à l'intégrité physique. On utilise alors le terme de «traitement sous contrainte».

Les mesures de contrainte impliquent toujours une atteinte grave au droit à l'autodétermination et à la liberté personnelle. Néanmoins, elles ne sauraient être systématiquement écartées en dernier recours. En cas de mise en danger aiguë de soi ou d'autrui, elles constituent parfois l'unique possibilité de prévenir un dommage plus important. Lors de la mise en œuvre des mesures de contrainte, il convient de veiller tout particulièrement à respecter les principes de proportionnalité et de subsidiarité; cela signifie qu'une telle mesure doit être premièrement nécessaire, et deuxièmement adaptée.³⁸⁸ Si plusieurs mesures apparaissent adaptées, il faut choisir celle qui est la moins lourde pour l'intéressé. Ces conditions doivent être examinées de cas en cas pour chaque patient. La durée de la mesure de contrainte doit, elle aussi, être adaptée à sa nature et à l'état du patient. Cette évaluation doit tenir compte du fait que la mise en œuvre d'une mesure de contrainte peut entraîner des dommages somatiques ou psychiques. La communication avec le patient concerné avant, pendant et après une mesure de contrainte est essentielle.

Dans les situations d'urgence présentant un risque élevé de mise en danger de soi ou d'autrui, la nécessité de prendre des mesures de contrainte n'est guère contestée. En revanche, plus délicates sont les situations dénuées de tout caractère d'urgence dans lesquelles prévalent les aspects liés à la sécurité ou à une mise en danger de la santé, en particulier en matière de gériatrie et de psychiatrie. En effet, il n'est pas toujours évident, dans ces domaines, de savoir si le principe de «faire du bien» l'emporte réellement sur la restriction des droits de la personnalité et de la liberté, à savoir sur une atteinte ponctuelle à l'autonomie du patient. Dans de telles situations, comment doit-on mettre en œuvre l'autonomie du pa-

³⁸⁸ Cela suppose un examen préalable de toutes les possibilités alternatives à une mesure de contrainte et que seule une telle mesure soit apte à écarter la mise en danger.

tient ? Quand des mesures médicales d'urgence peuvent-elles – doivent-elles – être prises contre le gré de la personne concernée, voire si celle-ci s'y oppose activement ? La directive publiée en 2015 par l'ASSM³⁸⁹ pose un cadre afin de pouvoir répondre à ces questions dans ce contexte délicat. Elle tient notamment compte des exigences légales du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte entré en vigueur en 2013.

Le placement à des fins d'assistance (PAFA)

Il y a PAFA lorsqu'une personne est placée contre sa volonté dans une institution appropriée afin d'y être traitée et assistée. Pour qu'un PAFA puisse être ordonné, il faut que la personne concernée se trouve dans un état de faiblesse (troubles psychiques, déficience mentale ou grave état d'abandon) nécessitant une assistance ou un traitement qui ne peuvent lui être fournis d'une autre manière que par le biais d'un PAFA dans une institution appropriée (besoin de protection individuel).³⁹⁰ La charge que la personne concernée représente pour ses proches ou pour des tiers peut constituer un critère supplémentaire important pour ordonner un PAFA; en revanche, elle ne justifie pas en soi un PAFA. Ce dernier constituant une atteinte grave au droit fondamental qu'est la liberté personnelle, il n'entre en ligne de compte qu'à titre d'*ultima ratio* (voir ci-dessus). L'autorité de protection de l'adulte est compétente pour ordonner le placement et la libération. Les cantons peuvent désigner des médecins qui sont également habilités à ordonner un tel placement, étant précisé que, dans un tel cas, la durée du placement est limitée à 6 semaines.³⁹¹ La personne placée a le droit de désigner une personne de confiance et le placement doit périodiquement être réexaminé.

Si le placement est ordonné à des fins de traitement, le médecin traitant établit un programme en collaboration avec la personne concernée ou la personne de confiance. Si la personne concernée est capable de discernement, le plan de traitement doit être soumis à son consentement. Le principe du consentement éclairé (informed consent) s'applique alors. Si en revanche, la personne placée est incapable de discernement, le médecin doit «prendre en considération» d'éventuelles directives anticipées (cf. chap. 3.6). En cas de PAFA également, il convient de respecter, dans la mesure du possible, les directives anticipées, même si elles ne revêtent pas un caractère impératif absolu. Le PAFA est une mesure de contrainte, mais n'autorise pas, en soi, la médication forcée de la personne concernée. La loi règle le traitement sous contrainte sous le titre de «traitement sans consentement».³⁹² Un tel traitement doit être prescrit par le médecin-chef du service

389 «Mesures de contrainte en médecine», directives médico-éthiques de l'ASSM (2015).

390 Art. 426 CC.

391 La décision de placement rendue par le médecin doit contenir au moins les indications suivantes:

1. le lieu et la date de l'examen médical; 2. le nom du médecin; 3. les résultats de l'examen, les raisons et le but du placement; 4. les voies de recours (art. 430 al. 2 CC).

392 Art. 434 CC.

concerné et exige notamment que l'intéressé n'ait pas la capacité de discernement requise pour saisir la nécessité du traitement, et que sa vie ou son intégrité physique ou celles de tiers soient gravement mises en péril. En cas d'urgence, il est en outre possible d'administrer immédiatement les soins médicaux indispensables pour parer aux risques aigus liés à la situation. Ces règles s'appliquent exclusivement au traitement de troubles psychiques dans le cadre d'un PAFA. En cas de maladie somatique, il convient de respecter les droits de représentation dans le domaine médical des personnes incapables de discernement même si celles-ci font l'objet d'un PAFA (cf. chap. 3.1 et chap. 3.4). Les dispositions relatives à la limitation de la liberté de mouvement dans les établissements médico-sociaux s'appliquent par analogie aux mesures restreignant la liberté (contention, isolation) (voir ci-dessus).

En cas de PAFA, la protection juridique est renforcée. La personne concernée ou l'un de ses proches peut saisir le juge dans les cas suivants: lorsqu'un placement à des fins médicales est ordonné, lorsque l'institution retient ou rejette une demande de libération, et en cas de traitement sans consentement ou de limitation à la liberté de mouvement. Le délai pour saisir le juge est en principe de 10 jours à compter de la notification de la décision.

Le nouveau droit de la protection de l'adulte a renoncé à introduire des bases légales fondant le traitement ambulatoire sous contrainte. Une réserve expresse permet toutefois aux cantons de légiférer dans ce domaine. Ceux-ci sont habilités à réglementer le suivi et à prévoir des mesures ambulatoires. De nombreux cantons ont fait usage de cette possibilité. En général, ils attribuent à l'autorité de protection de l'adulte la compétence d'imposer à la personne concernée un traitement médical ou l'administration des médicaments prescrits par le médecin. De telles mesures visent à prévenir des PAFA ou à éviter des rechutes.

Traitement imposé indirectement par le juge pénal ou l'assureur

Conformément au Code pénal, si l'auteur est atteint de troubles psychiques ou s'il est dépendant aux stupéfiants, le juge pénal peut ordonner une mesure thérapeutique stationnaire ou un traitement médical ambulatoire.³⁹³ Dans le cadre des thérapies ambulatoires, la pression poussant le patient à collaborer est forte compte tenu, en cas d'interruption du traitement, de la menace d'exécution de la peine privative de liberté suspendue.

Par ailleurs, dans différents domaines d'assurance, les assurés sont tenus de réduire le dommage. Ils sont ainsi indirectement contraints de se faire traiter: les assureurs-accidents, l'assurance militaire et l'AI peuvent exiger qu'une personne se soumette à des traitements que l'on peut raisonnablement exiger, y compris des interventions invasives, si cela peut améliorer sa capacité de travail. Même

393 Art. 56 ss CP.

l'assurance d'indemnités journalières peut exiger qu'un assuré subisse un traitement médical raisonnablement acceptable si un tel traitement est susceptible de lui faire récupérer sa capacité de travailler. Bien entendu, cette contrainte exercée indirectement par l'assureur ne saurait remplacer le consentement du patient au traitement; celui-ci peut refuser et s'accommoder du fait que l'assurance supprime ou réduise ses prestations d'indemnités journalières ou de rentes.

4.12 Prise en charge médicale de patients en cours d'exécution de peine

Les droits fondamentaux des citoyens doivent aussi être respectés en cas de participation des médecins à l'exécution de la peine, que ce soit dans le cadre de mesures de contrainte policières (p. ex. les renvois) ou dans celui de la prise en charge médicale de personnes détenues.

Ces dernières années, diverses organisations internationales (ONU, Conseil de l'Europe, etc.) ont élaboré des lignes directrices relatives à la prise en charge des personnes détenues. L'ASSM a, elle aussi, adopté en 2002 des directives pour «l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues», qui ont été reprises par la FMH dans son Code de déontologie. Ces directives ont été mises à jour en 2013 et complétées en 2015 et 2018.

Les personnes en cours d'exécution de peine ont en principe les mêmes droits que les autres citoyens en ce qui concerne leur santé. Ils peuvent prétendre à des soins qui, sur le plan médical, soient équivalents à ceux de la population en général.³⁹⁴ Comme dans chaque relation entre médecin et patient, un acte diagnostique ou thérapeutique ne peut être entrepris sur une personne détenue que si celle-ci a reçu des explications et donné son consentement libre et éclairé. Cette dernière a en outre droit au respect de la confidentialité et de la protection des données. Le secret médical au sens de l'art. 321 CP s'applique en principe aussi envers le personnel surveillant d'un établissement pénitentiaire. C'est pourquoi il est de la responsabilité du médecin de conserver les dossiers médicaux en lieu sûr. Des exceptions au secret médical sont admises p. ex. lorsqu'il s'agit de prévenir la propagation de maladies contagieuses ou en cas de risque immédiat de gestes auto- ou hétéro-agressifs de la part de la personne détenue ou pour d'autres motifs liés à l'exécution de la peine. Il convient cependant d'examiner chaque cas particulier.

394 Voir également l'art. 80, al. 1 CP: «Il est possible de déroger en faveur du détenu aux règles d'exécution de la peine privative de liberté: a. lorsque l'état de santé du détenu l'exige, b. durant la grossesse, lors de l'accouchement et immédiatement après, c. pour que la mère puisse vivre avec son enfant en bas âge, pour autant que ce soit aussi dans l'intérêt de l'enfant.»

Des conflits peuvent surgir si un médecin est témoin de mesures disciplinaires graves (p.ex. l'isolement), voire constate des mauvais traitements. Des mesures disciplinaires ne peuvent être prises que si elles ne compromettent pas la santé de l'intéressé; le médecin traitant doit consigner les informations relatives aux mauvais traitements et les transmettre aux autorités de surveillance. Des tensions peuvent aussi survenir entre la mission punitive de l'établissement pénitentiaire et la protection de la santé si du matériel de désinfection et des seringues à usage unique sont mis à disposition afin de diminuer les risques en cas de consommation de substances addictives. Pour des raisons fondamentales, le médecin doit pouvoir bénéficier d'une totale indépendance vis-à-vis des autorités policières ou pénitentiaires et ne fonder ses décisions que sur des critères strictement médicaux.

4.13 Prise en charge médicale des sans-papiers et des requérants d'asile

Les sans-papiers et les requérants d'asile bénéficient eux aussi du droit au secret médical. Les requérants d'asile sont obligatoirement assurés à l'assurance-maladie, mais doivent, dans certains cantons, être pris en charge selon le modèle du Managed Care. Les requérants d'asile déboutés ou qui ont fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière demeurent aussi couverts selon la LAMal, mais ne reçoivent que l'aide d'urgence, et non l'aide sociale.

«Du point de vue juridique, les sans-papiers ont, au même titre que toutes les personnes domiciliées en Suisse, l'obligation de contracter une assurance-maladie, et bénéficient du droit à la réduction de primes et à l'accès aux prestations de base. Les assureurs sont tenus d'affilier les sans-papiers et ne peuvent transmettre des informations à leur sujet. Les professionnels de la santé sont également tenus au secret.»³⁹⁵

«Les requérants d'asile et les personnes à protéger qui ne bénéficient pas d'une autorisation de séjour» sont assurés selon la LAMal. Les cantons peuvent cependant les assigner à un modèle de Managed Care et limiter le choix de l'assureur.³⁹⁶ En 2011, le Tribunal fédéral a jugé³⁹⁷ que «les requérants d'asile déboutés domiciliés en Suisse restent soumis à l'assurance-maladie obligatoire jusqu'à leur départ de Suisse. Les primes d'assurance-maladie incombant aux requérants d'asile déboutés qui sont au bénéfice de l'aide d'urgence doivent être prises en charge par l'autorité compétente en matière d'aide sociale». La dernière révision de la Loi sur

395 www.ofsp.admin.ch → Stratégie & politique → Stratégies nationales en matière de santé
→ Égalité des chances en matière de santé → Égalité des chances dans le système de santé
→ Accès aux soins de santé des sans-papiers.

396 Art. 82a de la Loi sur l'asile.

397 ATF 138 V 310.

l'asile (entrée en vigueur le 1^{er} mars 2019) prévoit, elle aussi que les requérants d'asile déboutés restent couverts par l'assurance-maladie obligatoire sur la base de l'art. 3 LAMal. Ils sont en revanche exclus de l'aide sociale depuis 2014³⁹⁸ et n'ont droit qu'à l'aide d'urgence prévue par la Constitution fédérale³⁹⁹, à moins qu'un tiers ne soit tenu de pourvoir à leur entretien.⁴⁰⁰ Les personnes concernées peuvent demander l'aide d'urgence au canton compétent; si elles sont hébergées dans un centre de la Confédération, celle-ci demeure compétente en matière d'aide d'urgence.⁴⁰¹

La prise en charge médicale liée au renvoi des requérants déboutés est régie par les directives de l'ASSM de 2002/2018 pour «l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues» (sur les contre-indications médicales à un renvoi dans le pays d'origine, voir le chap. 6.10 ci-dessous).

398 Art. 82 de la Loi sur l'asile. Modification de la Loi sur l'asile du 14 décembre 2012, entrée en vigueur en 2014.

399 Art. 12 Cst.

400 Art. 81 de la Loi sur l'asile.

401 Art. 80 de la Loi sur l'asile.



Recherche et registres

5.1 Recherche sur l'être humain

La Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (LRH) est entrée en vigueur en 2014, en même temps que ses ordonnances d'exécution. Elle concrétise les principes de protection de l'être humain dans la recherche prévue à l'art. 118b Cst. La Loi relative à la recherche sur l'être humain prévoit l'obligation d'obtenir une autorisation pour tous les projets de recherche relevant de son champ d'application et règle dans le détail les conditions d'une telle autorisation, ainsi que la procédure devant les commissions d'éthique cantonales.

La Loi relative à la recherche sur l'être humain régit de manière étendue la recherche sur les maladies humaines ainsi que sur la structure et le fonctionnement du corps humain. Son champ d'application englobe l'ensemble des projets de recherche portant sur des personnes vivantes et décédées, sur des embryons et des fœtus, sur du matériel biologique d'origine humaine (biomatériel) et sur des données personnelles liées à la santé, pour autant que le biomatériel et les données n'aient pas été anonymisés.

Les principales règles de cette loi sont les suivantes:

- Les intérêts, la santé et le bien-être de l'être humain priment les intérêts de la science et de la société (art. 4).
- En principe, une personne ne peut participer à un projet de recherche que si elle y a consenti après avoir été dûment informée. La personne concernée peut en tout temps révoquer son consentement sans avoir à justifier sa décision (art. 7).
- Les projets de recherche impliquant des personnes mineures, incapables de discernement ou exigeant une attention particulière (personnes dites particulièrement vulnérables) car elles se trouvent dans une situation spécifique (p. ex. en cas d'urgence), sont soumis à des exigences supplémentaires en matière d'autorisation et de protection (art. 21 ss).
- Toute recherche doit satisfaire aux exigences scientifiques en la matière, et en particulier aux principes d'intégrité scientifique (art. 10).
- Un projet de recherche, notamment un essai clinique, ne peut être effectué sur des personnes que si des résultats équivalents ne peuvent pas être obtenus autrement (art. 11). Les risques et les contraintes prévisibles encourus par les personnes participant à un projet de recherche doivent être réduits au strict minimum et ne doivent pas être disproportionnés en regard de l'utilité attendue du projet (art. 12).

- Quiconque réalise un projet de recherche doit engager toutes les mesures nécessaires pour assurer la protection des personnes y participant (art. 15).
- Les personnes participant à un projet de recherche ont le droit d'être informées des résultats se rapportant à leur santé. Elles peuvent toutefois renoncer à une telle information (art. 8).
- La commission d'éthique cantonale compétente procède à un examen indépendant des projets de recherche (art. 45). Les demandes s'effectuent sur un portail électronique (BASEC).
- Enfin, les essais cliniques doivent être répertoriés dans un registre reconnu (art. 56).

Certains domaines de recherche sont en outre soumis à des dispositions spéciales, notamment les essais cliniques recourant à des produits thérapeutiques dans le domaine de la médecine de la transplantation (cf. chap. 5.2). Par ailleurs, la recherche sur les embryons *in vitro* et les cellules souches embryonnaires n'est pas soumise à la Loi relative à la recherche sur l'être humain, mais à la Loi relative à la recherche sur les cellules souches.

La Loi relative à la recherche sur l'être humain ne régit pas l'administration d'une thérapie non établie à des patients déterminés («essai thérapeutique», cf. chap. 3.10). De même, une garantie de qualité ne visant pas l'acquisition de connaissances ne constitue pas une recherche et ne nécessite donc pas d'autorisation de la commission d'éthique (cf. chap. 3.10).

La législation relative à la recherche sur l'être humain est actuellement en cours d'évaluation et une première révision est probable dans un proche avenir.

5.2 Essais cliniques

Certains domaines de recherche sont soumis à des dispositions spéciales. Les essais cliniques recourant à des produits thérapeutiques (médicaments et dispositifs médicaux) sont non seulement régis par la Loi relative à la recherche sur l'être humain, mais également par la Loi relative à la recherche sur les cellules souches. Outre une autorisation de la commission d'éthique, ils nécessitent donc une autorisation de Swissmedic; sont notamment exemptés de l'obligation de demander cette seconde autorisation les essais cliniques de médicaments autorisés en Suisse, pour autant que ceux-ci soient utilisés conformément à l'information professionnelle ou d'une manière qui ne s'en écarte que dans une moindre mesure et remplit des critères supplémentaires (essais dits de catégorie A).⁴⁰² Les

402 Cf. art. 19 OClin. Essais cliniques effectués avec des médicaments déjà autorisés et dont l'utilisation correspond à l'information professionnelle ou, si tel n'est pas le cas, réalisation de critères supplémentaires.

dispositions sur les essais cliniques au moyen de dispositifs médicaux font actuellement l'objet d'une révision afin d'être adaptées à la nouvelle réglementation de l'UE en la matière.⁴⁰³

La Loi sur la transplantation soumet les essais cliniques dans le domaine de la médecine de la transplantation à une autorisation de la commission d'éthique, mais en principe également à une autorisation de l'Office fédéral de la santé publique.

5.3 Assurance qualité et registres

Assurance qualité

La Loi sur l'assurance-maladie accorde une grande importance à l'assurance qualité; elle oblige les fournisseurs de prestations à prendre des mesures destinées à garantir la qualité et à communiquer les données permettant de rechercher les informations relatives à la qualité.

Depuis 1996, l'assurance de la qualité des traitements médicaux est ancrée dans la loi par la LAMal; l'introduction de ces dispositions a limité l'autorégulation professionnelle habituelle jusqu'alors. L'art. 58 LAMal a conféré au Conseil fédéral la possibilité de contrôler l'assurance qualité et de la gérer de manière active. Néanmoins, celui-ci s'est contenté, à l'époque, de charger les partenaires de régler contractuellement entre eux les sujets relatifs à la qualité. Ainsi, l'Ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal) prévoit que «les fournisseurs de prestations ou leurs organisations élaborent des conceptions et des programmes en matière d'exigences de la qualité des prestations et de promotion de la qualité». «Les modalités d'exécution (contrôle de l'observation, conséquences de l'inobservation, financement) sont réglées dans des conventions tarifaires ou dans des conventions particulières relatives à la garantie de la qualité conclues avec les assureurs ou leurs organisations. Ces réglementations doivent être conformes aux normes généralement reconnues, compte tenu du caractère économique des prestations» (art. 77 OAMal). Depuis 2009, la LAMal oblige en outre les fournisseurs à «communiquer aux autorités fédérales compétentes les données qui sont nécessaires pour surveiller [...] la qualité des prestations».⁴⁰⁴ L'ASSM a publié en 2009 des recommandations intitulées «Relevé, analyse et publication de données concernant la qualité des traitements médicaux». La garantie de la qualité vise à assurer la transparence et à stimuler une concurrence qualitative; la transparence ne doit toutefois pas aboutir à ce que les hôpitaux refusent des patients à risque par souci de péjorer leurs statistiques. Sont déterminantes la pertinence, l'exactitude et l'intelligibilité des données.

403 Voir la modification de la LPTH (y compris la LRH) du 22 mars 2019.

404 L'art. 22a LAMal, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009, a été abrogé par le chap. 2 de l'annexe à la Loi sur la surveillance de l'assurance-maladie et remplacé par l'art. 59a LAMal qui a presque la même teneur, avec effet au 1^{er} janvier 2016.

Certains domaines prévoient expressément des contrats de garantie de qualité, par exemple pour les laboratoires (QUALAB)⁴⁰⁵ ou pour la certification de salles d'opération⁴⁰⁶ conformément au TARMED. De tels contrats s'appliquent quelle que soit l'assurance sociale concernée (et non seulement au domaine couvert par la LAMal).

Délimitation entre garantie de la qualité et recherche

La distinction entre garantie de la qualité et recherche revêt une importance, car les programmes d'assurance qualité au sens de la LAMal doivent être financés par les caisses-maladie, contrairement à la recherche. Le Tribunal fédéral, en se fondant sur la Loi sur les produits thérapeutiques, a donné une définition si large de la recherche qu'elle inclut ce qui relève encore de l'assurance qualité selon la LAMal. Selon la Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, les études de contrôle de la qualité ne devront désormais être considérées comme des activités de recherche «que si elles ont pour objet l'acquisition méthodologique de nouvelles connaissances généralisables».

Critical Incident Reporting System (CIRS)

Un élément important de la garantie de la qualité réside dans une discussion ouverte de différents cas et problèmes au sein des cercles de qualité. Un autre aspects est le «Critical Incident Reporting System» (CIRS), à savoir l'évaluation d'incidents critiques dénués de conséquences dommageables. Quiconque souhaite prévenir efficacement d'éventuels dommages se concentrera sur la réduction du nombre d'actes qui ne sont pas sûrs. À cet égard, les mesures organisationnelles et techniques jouent un rôle essentiel. Pour des raisons de protection des données, l'annonce de «Critical Incidents» se fait de manière anonyme lors de cette évaluation, et l'annonce originale doit être détruite.

En 2016, le Tribunal fédéral a jugé, dans deux affaires, que les autorités de poursuite pénale devaient, si nécessaire, pouvoir accéder au système de notification d'erreurs des hôpitaux. Ces arrêts font craindre que les médecins et le personnel soignant se voient confrontés à des conséquences pénales ou de responsabilité civile. Diverses interventions parlementaires au niveau fédéral prévoient notamment un renforcement de la mise en œuvre d'une culture de sécurité et d'apprentissage des erreurs, d'une part, et, d'autre part, l'allègement du fardeau de la preuve en cas d'erreurs médicales (p.ex. motion 17.3974 «Prévention et gestion des dommages lors de traitements médicaux» et motion 18.4210 «Systèmes d'apprentissage mis en place dans les hôpitaux pour éviter des erreurs. Protéger la confidentialité»).

405 Commission suisse pour l'assurance de qualité dans le laboratoire médical (QUALAB), www.qualab.swiss

406 Concept de reconnaissance des unités fonctionnelles conformément à TARMED, consultable sur le lien www.fmh.ch → FR → Thèmes → Tarifs ambulatoires → TARMED: Les unités fonctionnelles.

Accréditation dans le domaine académique

L'accréditation désigne la reconnaissance des filières d'études des facultés ou des programmes de formation postgraduée de l'ISFM. La Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (LPMéd) définit l'accréditation comme suit: «L'accréditation a pour but de vérifier si les filières d'études et les filières de formation postgrade permettent aux personnes en formation universitaire et en formation postgrade d'atteindre les objectifs fixés dans la présente loi. Elle comprend le contrôle de la qualité des structures, des processus et des résultats» (art. 22 LP-Méd; voir aussi chap. 2.1).

Registres

Les registres recensant des données fiables dans le domaine de la santé jouent un rôle de plus en plus important et sont de plus en plus nombreux au fur et à mesure que croît la quantité des données. Afin de contribuer à l'assurance qualité, la FMH, ANQ, H+, l'ASSM et unimedsuisse ont élaboré ensemble des recommandations pour la création et la gestion de registres dans le domaine de la santé. Celles-ci contiennent des standards minimaux, notamment en ce qui concerne la protection et la qualité des données. L'entrée en vigueur au début 2020 de la Loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques introduira l'obligation pour les hôpitaux et les médecins de toute la Suisse d'annoncer de telles maladies.

Un registre clinique recense généralement les patients traités dans une institution ou dans un petit nombre d'institutions. Les questions d'évaluation typiques portent sur les facteurs qui ont une influence sur le succès d'une thérapie (tels que l'âge, le sexe ou certains diagnostics) ou, de manière générale, sur les pronostics posés pour le patient, ainsi que les questions relatives à la fréquence à laquelle interviennent une complication ou d'autres incidents indésirables (incidence).

Les registres épidémiologiques tentent de recenser des chiffres aussi complets que possible pour une région déterminée (p. ex. un canton ou l'ensemble du territoire national). Ils visent le plus souvent à étudier une maladie déterminée, en général grave et souvent rare. Les questions typiques en la matière ont trait à la survenance (incidence) ou à la propagation (prévalence) d'une maladie dans une région (ou dans des régions), en fonction de diagnostics différentiels, du sexe du patient, de sa classe d'âge, etc., ainsi qu'à l'identification d'une incidence ou d'une prévalence croissantes (p. ex. le nombre de leucémies à proximité des centrales nucléaires) ou décroissantes (après des campagnes de vaccination).

Les registres cliniques et épidémiologiques exploitent en général des données soumises au secret médical et nécessitent dès lors soit l'accord du patient, soit une base légale. De nombreux cantons ont aménagé une base légale pour le registre des cancers.

Recommandations pour les registres liés à la santé

Les registres liés à la santé poursuivent des objectifs et ont des champs d'application très divers et doivent satisfaire à de nombreuses exigences juridiques, professionnelles et techniques. Leur création et leur gestion nécessitent souvent d'importantes ressources financières et en personnel. Or la saisie non ciblée, incomplète ou hétérogène de données, des compétences insuffisantes ou l'absence de ressources diminuent la pertinence des données collectées. Afin de contribuer à l'assurance qualité, la FMH, ANQ, H+, l'ASSM et unimedsuisse ont élaboré ensemble des recommandations pour la création et la gestion de registres dans le domaine de la santé.

Les recommandations publiées s'adressent essentiellement aux gestionnaires de registres, qu'elles aident à trouver des solutions appropriées lors de la création et de la gestion de ces registres. Elles proposent aussi des informations aux fournisseurs de prestations, aux institutions du domaine de la santé, aux assureurs-maladie et accidents, à la Confédération et aux cantons, ainsi qu'aux milieux politiques: ainsi, cette publication contient notamment une *check-list* destinée au contrôle concret de tels registres.

Afin qu'il soit réellement possible de vérifier la qualité des registres liés à la santé, les rédacteurs ont élaboré des standards minimaux. Ceux-ci visent également à ce que la collecte et l'utilisation des données répondent à des critères clairement définis et à ce que la qualité des données soit garantie. Ces recommandations abordent en outre les compétences nécessaires à la tenue des registres et contribuent à la protection des droits de la personnalité des personnes dont les données sont récoltées.

Loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques

En mars 2016, le Parlement a adopté la Loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques (LEMO). La LEMO et son ordonnance prévoient les conditions de l'enregistrement uniforme et exhaustif, à l'échelle nationale, des maladies oncologiques. Elles définissent quelles données doivent être collectées, déclarées, enregistrées et transmises pour être exploitées et publiées à l'échelle nationale. L'entrée en vigueur de la LEMO au début 2020 contraindra tous les cantons à tenir un registre des maladies oncologiques ou à se rattacher à un registre existant.

Afin de disposer de données complètes au niveau national, la loi introduit une obligation, pour les hôpitaux et médecins, de déclarer les cas (voir ci-après chap. 6.3). Par ailleurs, elle règle les droits des patients de manière uniforme pour toute la Suisse (notamment l'information orale et écrite et le droit d'opposition).⁴⁰⁷ L'enregistrement des maladies oncologiques se fonde sur le système

407 www.ofsp.admin.ch → Lois & autorisations → Législation → Législation Santé humaine → Législation sur l'enregistrement des cancers → Loi sur l'enregistrement des maladies oncologiques.

décentralisé actuel: les cas sont saisis dans les registres cantonaux des tumeurs et dans le Registre suisse du cancer de l'enfant. L'Organe national d'enregistrement du cancer regroupe et traite ensuite les données de toute la Suisse, qui sont évaluées sous la forme d'un monitoring annuel et de rapports sanitaires détaillées.

Pour les autres maladies non transmissibles très répandues ou particulièrement dangereuses, comme les maladies cardio-vasculaires ou le diabète, la loi prévoit un soutien financier aux registres correspondants.

5.4 Biobanques

La Suisse n'a pas de loi spécifique sur les biobanques. De nombreux aspects liés à la collecte d'échantillons humains et de données personnelles sont régis par la Loi relative à la recherche sur l'être humain et ses ordonnances d'exécution, p. ex. la teneur des informations et la nature du consentement des personnes mettant des échantillons et des données à la disposition des biobanques à des fins de recherche. Cette législation règle aussi le droit à l'information sur les résultats concernant la santé, ainsi que les exigences liées au codage, au décodage et à l'anonymisation des échantillons et des données. Elle contient en outre des dispositions relatives à la conservation des échantillons et des données. En revanche, il n'existe pas de dispositions institutionnelles spéciales ou d'obligation d'obtenir une autorisation pour la gestion de biobanques. Au niveau international, divers documents contiennent des normes et des réglementations sur le traitement des données relatives à la santé et la gestion des biobanques. Celles-ci sont résumées dans un aperçu de la plateforme Swiss Biobanking (SBP) et régulièrement mises à jour.⁴⁰⁸ En octobre 2016, l'Association médicale mondiale a adopté la Déclaration de Taipei⁴⁰⁹ qui fait office de standard international pour la gestion de biobanques et fixe les règles relatives au consentement éclairé des patients, à la recherche recourant à des données et des échantillons, et à la gestion de biobanques.

408 swissbiobanking.ch → Documents → List of ethical/legal requirements.

409 www.wma.net → Politique → Politiques actuelles → Déclaration de l'AMM sur les considérations éthiques concernant les bases de données de santé et les biobanques.

5.5 Big Data et problèmes liés à l'anonymisation des données

La notion de «Big Data» recouvre les grandes quantités de données provenant de diverses sources qui sont saisies avec une grande rapidité de traitement, enregistrées et mises à disposition à des fins d'évaluation et d'analyse pour des usages et une durée indéterminés. La législation fédérale et cantonale sur la protection des données règle le traitement de données personnelles. Le Big Data confronte toutefois les systèmes actuels de protection des données fondés sur le contrôle individuel ainsi que la souveraineté des données, c'est-à-dire le contrôle que chaque individu exerce sur les données qu'il souhaite publier, à des défis de taille. Ce d'autant plus que les séries de données d'origines diverses sont reliées les unes aux autres et peuvent être traitées rapidement par des logiciels automatisés capables d'apprendre.

Jusqu'alors, l'utilisation de données anonymisées était considérée, précisément dans le domaine de la santé, comme la solution pour éviter des conflits juridiques, car les données anonymisées ne tombent pas sous le coup du droit de la protection des données. L'anonymisation d'une série de données signifie qu'il n'est plus possible d'associer une donnée individuelle avec une personne concrète ou seulement avec des moyens disproportionnés. À cette fin, les données doivent être modifiées, p. ex. par la suppression complète des caractéristiques qui permettent l'identification dans une série de données ou par leur généralisation, p. ex. en indiquant des plages de valeurs. L'association de données avec une personne dépend notamment de leur valeur caractéristique. Celle-ci permet, à elle seule, de déterminer les moyens nécessaires pour pouvoir procéder à une désanonymisation (ou une ré-identification). Une anonymisation des données génétiques, qui revêtent un caractère éminemment personnel, n'est possible que dans de rares cas, notamment en l'absence de données liées à la personne ou si celles-ci ne sont pas accessibles. La règle générale suivante s'applique: plus il existe de sources disponibles dont il est possible de tirer des informations contextuelles sur des personnes et qui sont susceptibles d'être utilisées pour procéder à un rapprochement, plus la probabilité d'une ré-identification et d'une désanonymisation est grande. Par ailleurs, il ne faut pas sous-estimer le risque de désanonymisation au vu des techniques d'analyse toujours plus performantes et des possibilités croissantes d'échanges de données. Compte tenu du Big Data Analytics, et en particulier du développement des algorithmes dotés de facultés d'auto-apprentissage, il existe une probabilité élevée et croissante que l'anonymisation irréversible de données ne soit, à terme, fondamentalement plus possible sur le plan technique. En conséquence, les experts et les professionnels avertissent expressément qu'une anonymisation absolument sûre du point de vue technique n'est pas possible à l'heure actuelle.

5.6 Recherche sur les cellules souches

La recherche sur les cellules souches embryonnaires est admise si elle permet d'espérer l'acquisition de connaissances fondamentales sur de graves maladies ou sur la biologie du développement de l'être humain. La Loi relative à la recherche sur l'être humain prévoit les conditions auxquelles des cellules souches embryonnaires humaines peuvent être obtenues sur des embryons surnuméraires et utilisées à des fins de recherche.

La recherche sur les cellules souches embryonnaires humaines est possible avec des cellules souches, tant importées que recueillies en Suisse, mais nécessite un avis favorable de la commission d'éthique compétente. Celle-ci examine avant tout si le projet concerné permet d'acquérir des connaissances fondamentales sur des maladies graves ou sur la biologie du développement de l'être humain et si les exigences en matière de qualité scientifique sont réalisées. Par ailleurs, seules peuvent être utilisées les cellules souches recueillies avec le consentement éclairé du couple concerné sur des embryons dits «surnuméraires», produits à l'origine à des fins de procréation médicalement assistée.⁴¹⁰

L'importation de cellules souches et le prélèvement de cellules souches embryonnaires sur des embryons surnuméraires nécessitent une autorisation de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP). La Loi relative à la recherche sur l'être humain⁴¹¹ exige une séparation claire entre traitements liés à la procréation médicalement assistée, d'une part, et activités de production et de recherche, d'autre part; elle n'autorise pas la participation simultanée, dans un cas concret, à ces deux activités. La production de cellules souches n'est en outre admise qu'en cas de planification d'un projet de recherche concret et s'il n'existe pas à cette fin de cellules appropriées en Suisse.⁴¹²

5.7 Intégrité scientifique

L'«intégrité scientifique» décrit l'engagement des chercheurs à respecter les règles fondamentales des bonnes pratiques scientifiques. Divers règlements nationaux et internationaux ont été élaborés à cette fin et afin notamment de régler le processus en cas de présomption de comportement scientifique incorrect.

410 Un embryon est réputé surnuméraire s'il a été produit dans le cadre d'une procédure de fertilisation in vitro, mais qu'il ne sera plus utilisé en vue de provoquer une grossesse (p. ex. sur décision de la femme). Il est en revanche interdit de produire un embryon uniquement à des fins de recherche ou de clonage.

411 Cf. Loi fédérale du 19 décembre 2003 relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires (Loi relative à la recherche sur les cellules souches, LRCS).

412 Le site Internet de l'OFSP contient tant les bases légales qu'un aperçu des conditions, des procédures d'autorisation et du registre de la recherche (www.ofsp.admin.ch → Médecine & recherche → Recherche sur les cellules souches embryonnaires humaines).

La probité, la véracité, l'ouverture et l'autodiscipline constituent les bases de toute activité scientifique. L'intégrité scientifique est la condition *sine qua non* de la crédibilité et de l'acceptation de la science.

Les manquements aux règles fondamentales des bonnes pratiques scientifiques peuvent revêtir les formes les plus diverses: du manque de diligence dans l'application de méthodes scientifiques ou dans la documentation de données jusqu'au comportement délictueux grave, telles la falsification intentionnelle et l'escroquerie, du plagiat par piratage de données jusqu'au sabotage. Un comportement scientifique incorrect peut se manifester tant dans le cadre de la conception ou de l'exécution d'un projet que lors d'expertises scientifiques ou de l'évaluation de demandes de subsides ou de résultats de recherches.

Afin de garantir l'intégrité scientifique, divers instituts de recherches et d'encouragement de la recherche scientifique ont élaboré des règlements en Suisse et à l'étranger. Ceux-ci posent les principes fondamentaux de l'intégrité scientifique et règlent la procédure à suivre en cas de comportement scientifique incorrect. Si la suspicion d'un tel comportement est exprimée par un «whistleblower», celui-ci doit être protégé contre d'éventuelles représailles ou discriminations.

De nombreuses institutions disposent d'un ombudsman ayant la fonction de conseiller et de médiateur, et réceptionnant les dénonciations de comportements scientifiques incorrects. Si un tel comportement ne peut être exclu, une «organisation de défense de l'intégrité» examine si l'on est en présence d'un manquement à l'intégrité scientifique et, dans l'affirmative, quelle doit en être la sanction. Si le comportement en question viole également des prescriptions de droit étatique en la matière et fait naître des prétentions juridiques à l'encontre du fautif, une dénonciation ou une plainte doit alors être déposée auprès des tribunaux étatiques compétents simultanément au dépôt de la dénonciation auprès de l'ombudsman.

La collaboration entre chercheurs et industrie ou instituts de recherche mandatés par cette dernière entraîne des exigences supplémentaires en matière d'intégrité scientifique. La perspective de tirer parti des résultats d'une recherche peut inciter certains chercheurs à se comporter de manière incorrecte lors de la planification, de l'exécution ou de l'évaluation d'études. L'ASSM a donc édicté des directives dont le but est de contribuer à promouvoir la qualité et l'objectivité de la recherche, à éviter les dépendances et à gérer en connaissance de cause les conflits d'intérêts.⁴¹³

413 «Collaboration corps médical – industrie», directives médico-éthiques de l'ASSM (2013).



Secret professionnel, protection des données, rapports et facturation

6.1 Secret professionnel

À l'instar des avocats et des ecclésiastiques, les médecins sont liés par le secret professionnel. Le devoir de garder le secret concerne tout ce dont les médecins ont eu connaissance ou qu'on leur a confié dans l'exercice de leur profession. Un médecin a le droit de donner des renseignements à des tiers lorsqu'il dispose du consentement du patient, qu'une loi le prévoit ou que l'autorité cantonale l'a délié du secret professionnel.

Le secret professionnel doit permettre au patient de pouvoir se confier à son médecin sans arrière-pensée. Ce n'est que si le médecin dispose de toutes les informations pertinentes qu'il est en mesure d'assurer un traitement adéquat. Il s'agit en outre de protéger la sphère privée et intime du patient, qui constitue un droit de la personnalité. Seule la protection la plus complète possible de ce flux d'informations entre médecin et patient garantit que ce dernier puisse se fier à son médecin. Les dispositions relatives à la protection des données garantissent aussi la protection de la sphère privée des patients, étant précisé qu'elles s'appliquent à toutes les personnes et les institutions traitant les données de patients. Le Code pénal prévoit à l'heure actuelle pour la violation du secret professionnel une peine plus lourde que la sanction envisagée par le droit de la protection des données et ne s'applique qu'à certains groupes de personnes expressément mentionnées par la loi.⁴¹⁴ Le Code pénal régit le secret professionnel en ces termes:

1. Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret qui leur a été confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de 3 ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
Seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études.
La révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études.

414 Art. 321 al. 1 CP, peine privative de liberté de 3 ans au plus ou peine pécuniaire; art. 35 al. 1 LPD, amende de 10 000 francs au plus.

2. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit.
3. Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice.

Est également punie toute personne qui révèle, de manière non autorisée, un secret dont elle a eu connaissance dans le cadre de son activité exercée conformément à la Loi relative à la recherche sur l'être humain. Le médecin est exempté de toute sanction si la commission d'éthique autorise la communication par le biais d'une autorisation de registre, si l'obtention du consentement du patient ou son information sur le droit d'opposition est impossible ou pose des difficultés disproportionnées ou si on ne peut raisonnablement l'exiger de la personne concernée, si aucun document n'atteste le refus de la personne concernée, ou si l'intérêt de la science prime celui de la personne concernée à décider de la réutilisation de ses données.⁴¹⁵

L'obligation de garder le secret concerne tout ce qui a été confié aux médecins «en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci»: le secret est donc ce que les patients ou leurs proches ont confié au médecin, mais aussi tout ce que ce dernier apprend et effectue lui-même dans le cadre de son activité, pour autant que ces faits ne soient pas déjà connus. Par contre, les faits généralement connus ou qui sont de notoriété publique ne sont pas concernés par le secret médical, même si le médecin en a pris connaissance dans l'exercice de sa profession.

Les patients ont le droit de payer eux-mêmes tout ou partie des notes d'honoraires de leur médecin, soit pour des raisons financières, soit pour des motifs de confidentialité. Dans ce cas – modèle du tiers-payant –, il convient d'éviter que la caisse-maladie n'ait connaissance du traitement d'une autre manière que par le biais de la facturation.

Le patient n'est pas tenu de présenter sa carte d'assuré. Il doit cependant s'accommoder du fait que sa caisse exige le cas échéant des frais de dossier parce que le numéro AVS et le numéro de sa carte d'assuré ne figurent pas sur la facture.⁴¹⁶ L'obligation légale de la caisse de verser sa prestation ne dépend pas du fait que le numéro AVS et le numéro de la carte d'assuré figurent sur la facture.

415 Art. 321bis CP; art. 34 LRH.

416 Art. 10 al. 2 OCA: Si la personne assurée «ne présente pas sa carte d'assuré et qu'elle occasionne de ce fait des dépenses supplémentaires lors du remboursement des prestations, l'assureur peut prélever un émoulement approprié».

Si le médecin confie des analyses à un laboratoire externe et si celui-ci facture selon le système du tiers payant, le médecin doit au préalable demander au patient s'il accepte le système de facturation du tiers payant ou s'il souhaite que la facture lui soit adressée à titre personnel. Les activités d'expert médical et de médecin-conseil font aussi partie de l'exercice de la profession médicale et sont donc également soumises au devoir de garder le secret du patient (cf. chap. 7.1)⁴¹⁷.

Outre le médecin, le personnel travaillant dans un cabinet médical ou un hôpital est également astreint au secret professionnel car il agit comme auxiliaire du médecin concerné. Le médecin doit expressément attirer l'attention de son personnel sur ce devoir.⁴¹⁸

La communication d'une information soumise au secret médical est autorisée aux conditions suivantes:

- consentement du patient;
- dérogation prévue dans une loi fédérale ou cantonale;
- levée du secret médical par l'autorité cantonale compétente.

Communication d'informations sur la base du consentement du patient

La communication d'informations sur la base du consentement du patient constitue le cas normal. Pour que le consentement soit valable, le patient doit savoir quelles informations le médecin communiquera à des tiers. Ce consentement peut être obtenu par écrit ou par oral. Le médecin ne doit pas partir de l'idée qu'il est tacite, voire présumé. Le Tribunal fédéral a précisé que le secret professionnel ne prend pas fin au décès d'un patient et qu'il faut donc considérer que les proches et les héritiers du défunt n'ont pas de droit à obtenir des informations figurant au dossier, car le consentement tacite du patient ne doit pas être admis à la légère. Seule la volonté clairement exprimée du défunt de renoncer au secret permet d'en assouplir la protection.⁴¹⁹ Si le patient délire son médecin du secret professionnel en vue d'une déclaration à titre de témoin devant un tribunal, le médecin est alors tenu de témoigner dans le cadre de la procédure pénale ou civile, à moins de pouvoir rendre vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.⁴²⁰

Le secret médical s'applique également aux proches. Les parents ou le curateur d'un enfant incapable de discernement ont toutefois le droit d'être informés, car ils prennent les décisions relatives au traitement médical de l'enfant. Il en va de

417 ATF 143 IV 209.

418 Art. 11 al. 2 du Code de déontologie de la FMH: «Le médecin instruit ses collaboratrices et collaborateurs ainsi que toutes les personnes qui ont accès à des informations touchant son cabinet médical de leurs obligations en matière de secret, en demandant, dans la mesure du possible, de s'y engager par écrit.»

419 Arrêt du Tribunal fédéral (2C_37/2018) du 15 août 2018, cons. 6.2.3. ss.

420 Art. 166 al. 2 du Code de procédure civile et art. 171 al. 3 du Code de procédure pénale.

même des représentants d'adultes incapables de discernement.⁴²¹ Toutefois, dès que le mineur est capable de discernement, il prend ses décisions lui-même.⁴²² Bien entendu, il peut souvent s'avérer opportun d'impliquer aussi les parents des mineurs capables de discernement. Ils ne peuvent toutefois être informés qu'avec le consentement du mineur capable de discernement.

Le médecin est autorisé à donner des renseignements par téléphone, mais il doit s'assurer qu'il ne renseigne que des personnes ayant droit à ces informations.

En cas de facturation effectuée par un tiers, notamment une caisse de médecins ou une autre organisation de facturation, les données du traitement doivent être communiquées au tiers sous la forme de positions tarifaires. Celles-ci permettant à un spécialiste du domaine de se faire une idée de l'étendue du traitement, le médecin doit se faire libérer du secret professionnel par le patient à l'égard de l'instance chargée de la facturation externe. Si le patient s'y refuse, une autre solution doit alors être cherchée. Il faut partir de l'idée que le médecin peut organiser son cabinet de manière à partager son travail et qu'il peut aussi faire appel pour cela à des auxiliaires n'appartenant pas au domaine médical. La notion d'auxiliaire est fonctionnelle et doit être comprise dans un sens large. Dès lors, elle comprend également les fournisseurs de prestations informatiques pour autant que ceux-ci aident le médecin à accomplir son travail et qu'ils puissent en principe avoir connaissance des données des patients. On considère que tel est le cas s'ils fournissent leur prestation en lien avec l'infrastructure électronique du cabinet. Ces auxiliaires aussi doivent observer le secret professionnel et y être rendus attentifs.⁴²³

Communication d'informations sur la base de dispositions légales

Dans certains cas réglés par la loi, les médecins ont le droit voire même le devoir d'informer des tiers (cf. chap. 6.3). Ainsi, toutes les lois sur l'assurance sociale contiennent des dispositions autorisant et contraignant les médecins à fournir à l'assurance les informations dont elle a besoin pour remplir les tâches que lui confie la loi, à savoir déterminer leur obligation de verser des prestations. Si toutefois le patient décide de payer lui-même son traitement, cette obligation tombe et la caisse ne doit bien entendu pas être informée sur le traitement.

421 Art. 378 CC.

422 Art. 304 s. CC.

423 Jugement du Tribunal de district zurichois du 18 novembre 2015, GG 150233, cons. II.2.5.2; Commentaire bâlois, Droit pénal II, Oberholzer, ch. 10 ad art. 321 CP. Le Préposé fédéral à la protection des données est, lui, d'un autre avis: www.edoeb.admin.ch → FR → Protection des données → Santé → Obligation du secret.

Levée du secret médical par la direction cantonale de la santé

S'il paraît nécessaire au médecin de communiquer les données d'un patient, par exemple pour protéger un tiers, et que le patient n'y consent pas parce qu'il ne le souhaite pas ou est décédé, le médecin peut demander à l'autorité cantonale concernée, généralement la direction cantonale de la santé publique, de le délier du secret professionnel. Certains cantons ont institué des commissions spéciales à cet effet.

Si la situation ne permet pas au médecin d'attendre la levée du secret professionnel par l'autorité compétente en raison d'un danger qui ne peut être évité autrement, celui-ci peut communiquer les données du patient. De telles situations sont très rares et constituent donc l'exception.⁴²⁴

6.2 Protection des données

La Loi fédérale sur la protection des données (LPD) protège la personnalité et règle les droits des personnes dont les données sont traitées.⁴²⁵ Elle s'applique à tous les particuliers, les cabinets médicaux et les cliniques privées, à l'administration fédérale, mais également à l'administration fédérale externalisée, tels par exemple les caisses-maladie et les assureurs-accidents.

Protection des données

Lorsque les médecins doivent traiter des données personnelles, ils sont tenus, à certaines exceptions près, d'observer les dispositions de la Loi fédérale sur la protection des données⁴²⁶ (LPD). Conformément à l'art. 3 let. a LPD (art. 4 let. a projet LPD), on entend par «données personnelles» toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable. La LPD fixe de nombreux principes judiciaires:

- Le traitement des données doit être effectué conformément aux principes de la proportionnalité et de la bonne foi. Les données personnelles ne peuvent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances.⁴²⁷
- Même le consentement de la personne concernée ne justifie pas un traitement non conforme au principe de proportionnalité, car tout traitement

424 Art. 17 CP.

425 La révision de la Loi sur la protection des données sera vraisemblablement terminée dans le courant de l'année 2020. Dans le texte qui suit, il sera à chaque fois fait référence au droit actuel ainsi qu'aux dispositions du nouveau droit, telles qu'elles apparaissent dans le projet de révision (cité «projet LPD»).

426 Art. 2 LPD et projet LPD.

427 Art. 4 LPD; art. 5 projet LPD.

de données doit être licite.⁴²⁸ Le traitement de données n'est pas conforme au principe de proportionnalité lorsque le rapport entre la fin et les moyens n'est pas raisonnable.

- Les organes de la Confédération ne peuvent traiter des données personnelles que lorsqu'il existe une base légale pour le faire.⁴²⁹
- La sécurité des données doit être suffisante en ce sens que les données personnelles doivent être protégées contre tout traitement non autorisé par des mesures organisationnelle et techniques appropriées.⁴³⁰
- Enfin, la LPD indique aussi dans quelle mesure un patient peut demander à consulter son dossier médical chez son médecin traitant ou en obtenir une copie (cf. chap. 8.1).

Pratiquement tous les cantons ont édicté des lois sur la protection des données pour leur administration cantonale et communale, et donc pour leurs hôpitaux publics et établissements médico-sociaux, lois qui se fondent plus ou moins sur la LPD fédérale. Par ailleurs, les art. 84 ss LAMal contiennent des dispositions spéciales sur la communication des données. En tant que réglementation spéciale, celles-ci priment sur la LPD et concernent en particulier la facturation par les fournisseurs de prestations et le contrôle de l'obligation de fournir des prestations par les médecins-conseils.⁴³¹

Échange électronique et sécurité des données

Les données personnelles traitées dans les cabinets médicaux sont des données sensibles nécessitant une protection toute particulière⁴³² et doivent donc être traitées avec la plus grande confidentialité, tous les acteurs devant être conscients de la responsabilité qu'ils assument à cet égard.⁴³³ Les données des patients ne peuvent donc être échangées que de manière protégée. Cela vaut non seulement dans les rapports avec les patients, mais également de manière générale, notamment entre médecins, hôpitaux, autres soignants, mais également assurances. Les

428 Art. 4 al. 1 LPD. Cf. Amédéo Wermeliger / Daniel Schweri, *Teilrevision des Eidgenössischen Datenschutzrechts – Es nützt nicht viel, schadet es etwas?* in Jusletter 3, mars 2008, ch. 10: «Il existe bien entendu aussi des limites dans le domaine de la protection des données, que la personne lésée, même avec son propre consentement, n'a pas le droit de dépasser [au sens de l'art. 27 CC]. Ainsi par exemple, le consentement de durée illimitée d'une personne au traitement de toutes ses données personnelles ne serait certainement pas admis.» (traduction libre).

429 Art. 17 LPD; art. 30 al. 1 à 3 projet LPD; les exceptions à ce principe sont réglées à l'art. 30 al. 4 projet LPD.

430 Art. 7 LPD; art. 7 projet LPD

431 Thomas Gächter / Bernhard Rüttsche, *Gesundheitsrecht*, 4e édition, Bâle 2018, ch. 393.

432 Art. 3 let. c LPD; art. 4 let. c projet LPD.

433 Explications du PFPDT concernant la protection des données au cabinet médical:
www.edoeb.admin.ch → FR → Protection des données → Santé → La protection des données au cabinet médical.

courriels électroniques contenant de telles informations doivent être cryptés et il est recommandé à cet égard d'utiliser un pare-feu informatique, un mot de passe efficace et une bonne stratégie en matière de sauvegarde.⁴³⁴

Le Règlement général de l'UE sur la protection des données

Le Règlement général de l'UE sur la protection des données (RGPD) est entré en vigueur en mai 2018. Pour les médecins pratiquant en Suisse, il s'agit avant tout de déterminer si ce règlement s'applique à leur activité. Le RGPD a en particulier pour but de protéger les citoyens de l'UE contre le traitement illicite de leurs données personnelles, et ce même si l'entreprise qui les traite n'a pas son siège dans l'UE.⁴³⁵ En conséquence, conformément à son art. 3 al. 2, le champ d'application du RGPD s'étend au traitement des données personnelles de personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union, à l'offre de biens ou de services destinée à ces personnes ainsi qu'au suivi de leur comportement au sein de l'Union. L'offre de services médicaux doit donc s'adresser à des personnes se trouvant dans l'Union, le Règlement n'étant p. ex. pas applicable lorsqu'un touriste européen se fait traiter en Suisse, ou si un hôpital ne s'adresse pas au marché européen.⁴³⁶ Le considérant 24 du Règlement explique ce qu'il faut entendre par «suivi du comportement» des personnes concernées. Il y a «suivi» au sens du Règlement lorsque les activités de ces personnes sont saisies sur Internet. Cela recouvre l'utilisation de techniques de profilage afin notamment d'analyser ou de prédire les préférences, les comportements et les dispositions d'esprit de la personne concernée. Tombent sous le coup de cette réglementation toutes les formes de traçabilité étalées sur une certaine durée (suivi, collecte, évaluation du comportement de navigation des personnes concernées sur Internet) et de profilage (établissement de profils afin d'évaluer et de prédire certains aspects personnels tels p. ex. la prestation, la santé, le lieu de séjour, etc.).⁴³⁷ Si le RGPD est applicable, il en découle certaines obligations pour le médecin, notamment la tenue d'une liste des types d'opérations de traitement, le respect de certaines exigences techniques et organisationnelles, certaines obligations d'informer et de renseigner, ainsi que la publication d'un avis sur la protection des données sur le site Internet comprenant certaines informations minimales. Le RGPD prévoit des sanctions en cas d'observation

434 Voir les explications du PFPDT concernant la protection des données au cabinet médical, loc. cit., avec de nombreuses recommandations supplémentaires.

435 Cf. considérants 22 ss du RGPD.

436 Christian Peter, DSGVO und E-DSG fordern Schweizer Spitäler, Praxen, Heime und Spitex, in Jusletter du 26 février 2018, ch. 18 s.

437 Christian Peter, loc. cit., ch. 29.

de ces obligations.⁴³⁸ Faute d'un traité international en la matière ou d'une réglementation spéciale nationale, ces sanctions ne peuvent pas être exécutées en Suisse – mais leur exécution est envisageable sur les biens et les établissements situés sur le territoire de l'UE, ou par le biais de l'entraide administrative en Suisse.⁴³⁹

Évaluation des médecins sur Internet

Les médecins se voient de temps à autre confrontés à une appréciation négative sur diverses plates-formes d'évaluation sur Internet.⁴⁴⁰ Le médecin concerné n'a pas la possibilité de se défendre contre l'auteur de l'appréciation, car les évaluations sont souvent données sous le couvert de l'anonymat. Lorsqu'une la plateforme propose la possibilité de répondre, cela n'aide pas davantage le médecin, car il devrait alors révéler des informations contenues dans le dossier, ce qui, sans le consentement du patient ou la levée du secret professionnel par l'autorité cantonale de surveillance, constitue généralement une violation du secret médical. Si un médecin est confronté à une évaluation négative, voire attentatoire à l'honneur, on peut se demander s'il peut déduire certains droits de la LPD – parmi lesquels notamment le droit à être informé et à renseigner, ainsi que, en cas de violation de droits de la personnalité, le droit à la rectification et à la destruction des données.⁴⁴¹ L'application de la plupart des dispositions de protection de la LPD révisée exige cependant que le gestionnaire de la plateforme traite les données ou soit considéré comme responsable.⁴⁴² Est responsable au sens de l'art. 4 let. i projet LPD la personne qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données personnelles. Est réputée «traitement» au sens de l'art. 3 let. e LPD (art. 4 d projet LPD) toute opération relative à des données personnelles, notamment leur collecte et leur conservation. Dès lors, dans la mesure où les dispositions précitées sont respectées, le médecin concerné dispose, sur la base des dispositions de la LPD, voire des art. 28 ss CC, des droits susmentionnés à l'encontre du gestionnaire de la plateforme. C'est

438 Art. 83 s. RGPD.

439 Manuel Bergamelli, Die Auswirkung der neuen DSGVO auf die Schweiz, in Jusletter du 30 avril 2018, ch. 21.

440 Sur ce sujet, voir également Michael Barnikol / Reinhold Sojer / Fabian Röthlisberger, Aspects juridiques concernant les évaluations sur Internet, BMS 2019, p. 634 ss avec d'autres références; voir également les observations du PFPDT concernant les sites d'évaluation sur Internet (www.edoeb.admin.ch → FR → Protection des données → Internet et ordinateur → Services en ligne → Plateformes d'évaluation); et également les recommandations de la FMH s'agissant de la gestion des évaluations en ligne (www.fmh.ch → FR → Prestations → eHealth → Recommandations sur l'utilisation des médias sociaux → Gestion des évaluations en ligne – les recommandations de la FMH).

441 Art. 12 et 15 al. 1 LPD [art. 26 et 28 al. 1 et 2 projet LPD], le cas échéant en lien avec les art. 28, 28a et 28l CC.

442 Art. 4 let. d et i projet LPD. Le droit en vigueur utilise le terme de «maître du fichier» (art. 3 let. l LPD).

pourquoi, afin d'éviter tout litige, les gestionnaires de plates-formes prévoient régulièrement, dans leurs conditions d'utilisation, que les évaluations portant atteinte à la réputation et aux droits de la personnalité ne sont pas autorisées. Ils donnent en outre la possibilité aux utilisateurs de leur signaler de telles évaluations afin qu'ils puissent les effacer.

6.3 Droits et devoirs d'annoncer

S'il existe un devoir ou un droit légaux d'annoncer un cas à l'autorité ou à un tiers, il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement du patient ou d'être délié du secret médical par l'autorité cantonale compétente. Il existe des devoirs et des droits d'annoncer tant au niveau fédéral que cantonal.

Devoirs d'annoncer au niveau fédéral

Le non-respect d'un devoir d'annoncer peut entraîner une sanction pénale.

- *Maladies transmissibles*: Les médecins, les hôpitaux et les autres institutions publiques ou privées du domaine de la santé doivent communiquer à l'autorité cantonale compétente les observations sur les cas de maladies transmissibles nécessaires à l'identification des personnes malades, infectées ou exposées, certains agents pathogènes devant, de surcroît, être déclarés directement à l'OFSP. Doivent être communiquées les observations relatives aux maladies transmissibles susceptibles de causer une épidémie ou d'avoir des conséquences graves, aux maladies apparues nouvellement ou de manière inattendue, ainsi qu'aux maladies sujettes à surveillance dans le cadre d'un accord international.⁴⁴³ L'Ordonnance du DFI sur la déclaration d'observations en rapport avec les maladies transmissibles de l'homme définit quels résultats d'analyses cliniques doivent être communiqués dans quel délai et à quelle autorité cantonale.⁴⁴⁴
- *Accidents impliquant des chiens*: Les médecins sont notamment tenus d'annoncer à l'autorité cantonale concernée les accidents causés par un chien qui a gravement blessé un être humain ou un animal, et les chiens qui présentent un comportement d'agression supérieur à la norme.⁴⁴⁵
- *Atteintes à la santé en lien possible avec le service militaire*: «Si un lien peut exister entre une atteinte à la santé et le service militaire accompli, le médecin consulté [...] est tenu d'annoncer immédiatement le cas à l'assurance-militaire.

443 Art. 12 LEp.

444 Art. 2 s., 10 s. et annexes 1 et 2 à l'Ordonnance du DFI sur la déclaration d'observations en rapport avec les maladies transmissibles de l'homme.

445 Art. 78 de l'Ordonnance sur la protection des animaux (OPAn).

Il doit en particulier annoncer le cas lorsque le patient ou ses proches le demandent. Le médecin [...] répond des conséquences d'une contravention à l'obligation d'annoncer le cas.»⁴⁴⁶

- *Interruption de grossesse*: «À des fins statistiques, toute interruption de grossesse doit être annoncée à l'autorité de santé publique compétente; l'anonymat de la femme concernée est garanti et le secret médical doit être respecté.»⁴⁴⁷
- *Effets et incidents indésirables en lien avec des médicaments et des dispositifs médicaux*: Le médecin traitant est tenu d'annoncer à Swissmedic tout effet indésirable grave ou jusque-là inconnu et tout incident ou défaut de qualité en lien avec l'administration de médicaments.⁴⁴⁸ Un professionnel qui constate un incident grave lors de l'utilisation de dispositifs médicaux doit aussi l'annoncer à Swissmedic. Doivent être annoncés les incidents mettant directement et gravement en danger la vie ou la santé d'un grand nombre de personnes, étant précisé que l'annonce doit être faite sans délai, mais en tout cas dans les 2 jours suivant la constatation. Doivent également être annoncés sans délai, mais en tout cas dans les 10 jours suivant la constatation, les incidents ayant entraîné le décès du patient ou une atteinte grave et inattendue à sa santé. Les autres cas doivent être annoncés en tout cas dans les 30 jours.⁴⁴⁹
- *Recherche clinique*: Divers devoirs d'annoncer ont été prévus en rapport avec la recherche clinique. D'une part, il convient d'annoncer à la commission d'éthique compétente les mesures de sécurité et de protection prises au cours de la réalisation d'un essai clinique. D'autre part, doivent être annoncés la fin ou l'interruption d'un essai, ainsi que les événements indésirables survenant dans le cadre d'un projet de recherche et les événements susceptibles de porter atteinte à la sécurité ou à la santé des personnes y participant. Les événements indésirables survenant lors d'essais cliniques avec des médicaments, la suspicion d'effets graves inattendus d'un médicament et les défauts du produit qui auraient pu déboucher sur un événement indésirable ou les dépassements de la contrainte de dose en cas de rayonnements ionisants doivent être annoncés.⁴⁵⁰
- *Lois sur les assurances sociales de la Confédération*: Les lois sur les assurances sociales de la Confédération (LAMal, LAA, LAM, LAI) prévoient la possibilité de lever le secret médical. Néanmoins, cette mesure est toujours limitée aux informations dont l'assureur a besoin pour remplir sa tâche (cf. chap. 3.18, 6.7 et 6.8).

446 Art. 84 LAM.

447 Art. 119 al. 5 en lien avec l'art. 120 al. 2 CP.

448 Art. 59 al. 3 en lien avec l'art. 69 LPTh.

449 Art. 15 al. 2 de l'Ordonnance sur les dispositifs médicaux (ODim).

450 Art. 46 s. de la Loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH); art. 37 ss de l'Ordonnance sur les essais cliniques dans le cadre de la recherche sur l'être humain (OClin).

- *Transplantation d'organe*: Des devoirs d'annoncer certaines données personnelles à l'OFSP sont aussi prévus en rapport avec la transplantation d'organes. En cas de transplantation effectuée à l'étranger et de suivi en Suisse, le devoir d'annoncer concerne les informations relatives à l'organe transplanté, l'année de naissance, le sexe, la nationalité et le statut vital du receveur, l'année de naissance et le sexe du donneur, ainsi que le lien existant entre le donneur et le receveur. Lors d'un don d'organe il convient d'annoncer à l'OFSP la nationalité du donneur et du receveur, le lien existant entre eux, leur pays de résidence, ainsi que l'indication précisant si le donneur accepte ou non un suivi de son état de santé. Le service chargé du suivi des donneurs vivants doit être informé notamment du nom, du prénom, de l'adresse et des autres données de contact, ainsi que des données médicales et physiologiques du donneur.⁴⁵¹
- *Enregistrement des maladies oncologiques*: En vertu de la Loi sur l'enregistrement des maladies oncologiques, dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1er janvier 2020, toute personne ou institution qui diagnostique ou traite une maladie oncologique soumise à déclaration est tenue de la déclarer.⁴⁵² Les diagnostics soumis à déclaration sont énumérés à l'annexe 1 de l'ordonnance correspondante. Les données de base et les données complémentaires soumises à déclaration obligatoire doivent être transmises au registre compétent dans un délai de 4 semaines suivant leur collecte, soit sous forme électronique et chiffrée, soit sur papier.⁴⁵³ Font partie des informations à transmettre, pour les patients adultes et pour les adolescents ou les enfants, le type de maladie oncologique, l'étendue de la tumeur, la méthode d'examen, l'apparition de métastases et les récidives.⁴⁵⁴ S'ajoutent à cela les informations concernant un éventuel traitement, le type et le but de ce traitement, les bases sur lesquelles se fonde la décision thérapeutique, ainsi que la date de début du traitement.⁴⁵⁵ La déclaration de maladies oncologiques touchant les patients âgés de moins de 20 ans se fera auprès du registre du cancer de l'enfant.⁴⁵⁶ Certaines données doivent également être fournies au concernant la personne soumise à l'obligation de déclarer.⁴⁵⁷ Le médecin indépendant ou la direction de l'institution répondent de ce que ces déclarations soient effectuées correctement et dans les délais fixés.⁴⁵⁸

451 Art. 24 de la Loi sur la transplantation, art. 15 ss de l'Ordonnance sur la transplantation; annexe 2 à l'Ordonnance sur la transplantation.

452 Art. 3 s. LEMO et 41 OEMO.

453 Art. 6, 8 et 28 OEMO.

454 Art. 1 al. 1 et art. 2 al. 1 OEMO.

455 Art. 1 al. 2 et art. 2 al. 2 OEMO.

456 Art. 9 OEMO.

457 Art. 3 s. LEMO et art. 7 OEMO.

458 Art. 7 al. 3 OEMO.

Le médecin qui communique à un patient le diagnostic d'une tumeur, ou d'une autre maladie soumise à déclaration et en lien avec cette dernière, doit l'informer, par oral et par écrit, de l'enregistrement des données dans le registre des tumeurs et de son droit de s'y opposer.⁴⁵⁹ Le patient peut signifier son opposition par écrit auprès de chaque registre cantonal ou auprès du registre du cancer de l'enfant.⁴⁶⁰ Si le patient exerce son droit d'opposition, il va de soi qu'aucune donnée ne peut être transmise aux registres des tumeurs. Les données déjà enregistrées sont anonymisées et celles qui ne l'ont pas encore été, détruites.⁴⁶¹ Le médecin enregistre la date à laquelle le patient a été informé et la transmet au registre des tumeurs compétent.⁴⁶²

- *Renvoi et expulsion*: En cas de renvoi ou d'expulsion d'étrangers frappés d'une décision de renvoi ou d'expulsion entrée en force, l'autorité compétente peut exiger les données médicales nécessaires à l'évaluation de l'aptitude au transport des personnes concernées, pour autant qu'elle en ait besoin pour accomplir ses tâches légales.⁴⁶³
- *Statistiques LAMal*: Afin d'examiner le fonctionnement et les effets de la LAMal, l'Office fédéral de la statistique collecte les données nécessaires auprès des assureurs, des fournisseurs de prestations et de la population.⁴⁶⁴ Par ailleurs, les fournisseurs de prestations doivent communiquer à l'Office fédéral de la statistique les données nécessaires pour surveiller le caractère économique et la qualité des prestations.⁴⁶⁵
- *Naissance et décès*: Toute naissance, toute naissance d'un enfant mort-né et tout décès doivent être annoncés à l'autorité d'état civil, étant précisé que la loi prévoit une cascade de personnes tenues par cette obligation.⁴⁶⁶
- *Protection de l'enfant*: Comme le médecin est soumis au secret médical, il n'est pas soumis à un devoir d'annoncer. Celui-ci incombe uniquement aux personnes qui ne sont pas soumises au secret professionnel, qui sont actives dans les domaines de la médecine, de la psychologie, des soins, de la prise en charge et du service social, de l'éducation, de l'enseignement, de la religion et du sport, et qui sont en contact régulier avec des enfants, ou les personnes ayant connaissance de la mise en danger d'un enfant dans l'exercice de leur fonction officielle. La mise en danger doit concerner l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de l'enfant et il doit être impossible de y remédier dans le cadre de leur activité. Ce n'est qu'à ces conditions qu'il existe un devoir d'annoncer.⁴⁶⁷

459 Art. 5 LEMO; art. 13 OEMO.

460 Art. 6 LEMO et Art. 14 OEMO.

461 Art. 25 LEMO.

462 Art. 13 OEMO.

463 Art. 71b LEI.

464 Art. 23 LAMal.

465 Art. 59a LAMal; art. 30 s. OAMal.

466 Art. 34 Ordonnance sur l'état civil (OEC).

467 Art. 314d CC.

Principaux devoirs d'annoncer au niveau cantonal

- *Le «décès extraordinaire»*: En Suisse, la loi prescrit que chaque personne décédée doit être examinée personnellement par un médecin.⁴⁶⁸ De ce fait, chaque médecin doit être en mesure d'examiner un cadavre de manière professionnelle. Selon la conception actuelle de la médecine légale, il est indispensable de dénuder complètement le corps et de l'examiner soigneusement de la tête aux pieds – aussi sur la face postérieure. Après cet examen, le médecin doit confirmer formellement la mort en remplissant un certificat de décès. Outre la confirmation que la personne concernée est vraiment décédée, le médecin doit aussi indiquer l'heure du décès ou l'estimer de la manière la plus précise possible.

Enfin, le médecin doit indiquer sur ce formulaire s'il s'agit d'une mort naturelle, non naturelle ou d'origine imprécise. Si, après avoir examiné correctement le cadavre, le médecin conclut sans hésitation que le décès est consécutif à une maladie préexistante «venue de l'intérieur», il peut attester une mort naturelle sur le certificat de décès, le qualificatif «naturelle» se rapportant à la cause du décès.

Le corps peut alors être enterré ou incinéré et les autorités ne procèdent à aucune investigation. Si le médecin ne peut pas attester une mort naturelle, parce qu'il a trouvé des signes manifestes ou possibles de mort non naturelle sur le cadavre ou que le décès est survenu de manière soudaine et inattendue dans des circonstances peu claires, il s'agit alors d'un décès extraordinaire (DEO).

En médecine légale, sont extraordinaires tous les décès qui surviennent de manière soudaine et inattendue ainsi que toutes les morts violentes ou supposées telles. Outre les morts manifestement non naturelles telles que les crimes, suicides ou accidents, y compris la mort subite du nourrisson, les décès dus à une conséquence sûre ou possible de mesures diagnostiques ou thérapeutiques ainsi que les cadavres trouvés et les cadavres en décomposition d'identité inconnue en font aussi partie.

L'annonce d'un DEO doit être faite à la police locale, au ministère public ou à l'office d'un juge d'instruction, dans quelques cantons également au médecin cantonal ou de district.⁴⁶⁹

Elle entraîne des investigations médicales et policières. L'examen ordinaire du cadavre devient alors un examen officiel nommé inspection légale, qui est ordonné par le ministère public et confié à un médecin. Si cette inspection légale ne permet pas de déterminer la cause du décès ou l'identité du défunt, le cadavre est saisi et soumis à des examens complémentaires, si nécessaire à

468 Art. 35 al. 5 OEC.

469 P. ex. l'art. 46 de l'Einführungsgesetz zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung du canton de Saint-Gall; § 15 de la Gesundheitsgesetz du canton de Zurich.

une autopsie. Si l'inspection légale ne livre pas d'indices d'un acte criminel et que le défunt est identifié, le cadavre est mis à la disposition des proches pour les funérailles.⁴⁷⁰

- *La propagation intentionnelle de maladies transmissibles*: Lorsqu'il est possible de conclure à une propagation intentionnelle de maladies transmissibles graves chez l'être humain et l'animal, une annonce doit être faite sans délai à la police.⁴⁷¹
- *Les événements extraordinaires dans le domaine de la santé*: Dans certains cantons, les médecins exerçant dans un domaine soumis à autorisation doivent annoncer de tels événements au département compétent.⁴⁷²

Principaux droits d'annoncer au niveau fédéral

Outre les devoirs d'annoncer, des droits d'annoncer sont également ancrés dans la loi. Ces droits permettent à un médecin d'informer les autorités ou personnes concernées, sans pour autant devoir obligatoirement le faire. L'énumération ci-après comporte divers droits d'informer aussi bien des autorités que certaines personnes.

- *Défaut d'aptitude à conduire*: Tout médecin peut annoncer à l'autorité de surveillance des médecins (direction de la santé publique) ou à l'office de la circulation routière les personnes qui ne sont pas aptes, en raison d'une maladie physique ou mentale ou d'une infirmité, ou pour cause de dépendance, à conduire un véhicule automobile en toute sécurité.⁴⁷³
- *Menace de l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'un enfant*: Toute personne peut annoncer un cas à l'autorité de protection de l'enfant pour autant qu'une menace semble exister. Les personnes soumises au secret professionnel, à l'exception des auxiliaires soumis au secret professionnel, peuvent aussi faire une telle annonce si elle est dans l'intérêt de l'enfant.⁴⁷⁴
- *Abus de stupéfiants*: Les professionnels œuvrant dans les domaines de l'éducation, de l'action sociale et de la santé, notamment, peuvent annoncer aux institutions de traitement ou aux services d'aide sociale compétents les cas ou les risques de troubles liés à l'addiction, ce notamment, mais pas uniquement, s'il s'agit d'enfants ou de jeunes. Ces troubles doivent avoir été constatés dans l'exercice de leur fonction ou de leur activité professionnelle

470 Art. 253 CPP.

471 P. ex. § 15 al. 3 de la Gesundheitsgesetz du canton de Zurich; § 17 al. 1 let. b de la Gesundheitsgesetz du canton de Zoug.

472 Art. 16 al. 1 de la Gesundheitsgesetz du canton de Schaffhouse.

473 Art. 15 d al. 1 let. e en lien avec l'al. 3 LCR.

474 Art. 314c CC; art. 321 CP.

et doivent constituer un danger considérable pour la personne concernée, ses proches ou la collectivité. Par ailleurs, la mesure de protection doit leur paraître indiquée. Si des motifs importants ne s’y opposent pas, les représentants légaux du mineur concerné doivent aussi être informés.⁴⁷⁵

- *Renseignements au parent qui n’a pas l’autorité parentale de l’enfant*: «Le père ou la mère qui ne détient pas l’autorité parentale peut recueillir auprès de tiers qui participent à la prise en charge de l’enfant, notamment auprès de son enseignant ou de son médecin, des renseignements sur son état et son développement.»⁴⁷⁶ Ce droit d’information ne comprend toutefois pas le droit de se prononcer sur le traitement de l’enfant. Seul le parent titulaire de l’autorité parentale, ou l’enfant lui-même s’il est capable de discernement, est habilité à prendre une telle décision. Lorsque le médecin traite un enfant capable de discernement, il est lié par le secret professionnel, tant envers le parent qui est titulaire de l’autorité parentale qu’envers celui qui n’en est pas titulaire.

Le principal droit d’annoncer au niveau cantonal

- Les crimes ou délits contre la vie et l’intégrité corporelle, la santé publique ou l’intégrité sexuelle, ainsi que l’aide à identifier des cadavres: dans la mesure où des indices font conclure à de tels actes criminels, ils peuvent être communiqués à l’autorité compétente (police, ministère public). L’aide à l’identification des cadavres est aussi possible sans que la levée du secret professionnel soit nécessaire.⁴⁷⁷

6.4 Généralités concernant le certificat et le rapport médical

Les certificats et les rapports médicaux sont établis par le médecin traitant. Tous deux doivent être établis conformément à la vérité. Le médecin qui rédige de faux certificats ou de faux rapports se rend punissable de faux certificat médical⁴⁷⁸.

D’un point de vue juridique, il n’y a pas de différence entre un certificat et un rapport. Tous deux sont des constatations écrites relevant de la science concernée et se rapportant à l’état de santé d’une personne, singulièrement à sa capa-

475 Art. 3c LStup.

476 Art. 275a CC.

477 P. ex. § 15 al. 4 let. a et b de la Gesundheitsgesetz du canton de Zurich; art. 28 al. 2 de la Loi sur la santé publique du canton de Berne; selon le § 17 al. 1 let. c 2e phr. de la Gesundheitsgesetz du canton de Zoug, il existe un droit d’information des personnes de plus de 18 ans en cas d’indices de crime ou de délit contre la vie, l’intégrité physique ou sexuelle; art. 36 al. 2 de la Gesundheitsgesetz du canton d’Uri.

478 Art. 318 du Code pénal.

cité de travail ou au traitement médical proposé⁴⁷⁹. En d'autres termes, le certificat est un «document émanant d'un professionnel de la santé destiné et propre à prouver un fait ayant une portée juridique»⁴⁸⁰.

Le Code de déontologie de la FMH exige que le médecin établisse ces documents avec la diligence requise et «au plus près de sa conscience professionnelle»⁴⁸¹. La rédaction, intentionnelle ou par négligence, d'un certificat ou d'un rapport erroné est punissable pénalement.⁴⁸² Il en va de même des certificats de complaisance. Les certificats et rapports doivent être clairs: à cet effet, le but visé, la date d'établissement et le nom du destinataire doivent figurer sur le document. Ils doivent également être formulés de façon transparente, conformes à la vérité et répondre de manière compréhensible aux questions suivantes:

- Quelles sont les constatations personnelles du médecin?
- S'est-il appuyé sur des indications du patient ou de tiers pour certains aspects?
- Quelle est l'évaluation du médecin?

Les certificats et rapports médicaux sont en principe établis par le médecin traitant. La loi assimile également les attestations délivrées par certains professionnels de la santé tels que les médecins-dentistes ou les sages-femmes à des «certificats médicaux»⁴⁸³. Toutefois, d'autres professionnels de la santé (p.ex. psychothérapeutes, infirmiers, physiothérapeutes ou neuropsychologues) rédigent des attestations relevant de leur spécialité et sont parfaitement habilités à le faire. Bien que leurs écrits ne constituent pas des «certificats médicaux» au sens du Code pénal, ils devront également être conformes à la vérité, car à défaut ils peuvent être sanctionnés pénalement⁴⁸⁴.

Si les certificats ou rapports doivent être conformes à la vérité sous peine de sanction pénale⁴⁸⁵, ils n'emportent pas pour autant automatiquement une présomption d'exactitude. Quelle est leur force probante? La jurisprudence du Tribunal fédéral est assez ambivalente: D'une part elle affirme qu'il est arbitraire d'écarter un avis médical qui n'est objectivement pas discutabile ni discuté⁴⁸⁶, et considère qu'en droit des assurances sociales les certificats et expertises privées doivent être pris en compte dans l'appréciation des preuves⁴⁸⁷. D'autre part, elle estime

479 Arrêts du Tribunal fédéral 4C_156/2005, cons. 3.5.2. et 6B_1004/2008, cons. 4.2.

480 Olivier Subilia, Le certificat médical: un instrument juridique, *Courrier du médecin vaudois* n° 1 du 9 février 2015, p. 6.

481 Art. 34 du Code de déontologie de la FMH.

482 Art. 318 du Code pénal.

483 Art. 318 du Code pénal. Pour des exemples tirés de la législation cantonale, voir not. Mercedes Novier, *Le certificat médical dans les relations de travail*, in: *Les certificats dans les relations de travail*, Collection CERT, 2018, p. 88.

484 De tels certificats sont susceptibles de constituer des faux dans les titres ou dans les certificats, au sens des art. 251 et 252 du Code pénal.

485 Art. 318, voir art. 251 du Code pénal.

486 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_706/2016 du 4 août 2017, cons. 3.5.

487 ATF 125 V 351 cons. 3c; voir également ci-après chap. 72.

qu'en droit civil notamment, ces mêmes documents n'ont pas d'autre valeur que de simples allégations de partie.⁴⁸⁸ Les certificats et rapports médicaux ne constituent ainsi pas des moyens de preuve absolus. Le médecin sera bien avisé d'en garder une copie et de documenter le dossier médical du patient de manière appropriée, afin d'être en mesure de les justifier en tout temps.

En pratique, les avis médicaux restent néanmoins des éléments de preuve importants qui ne peuvent pas être écartés sans raisons objectives. Leur force probante concrète dépendra principalement⁴⁸⁹:

- de la qualité du document lui-même et de son contenu: lisible, compréhensible, complet, correctement daté, sans contradiction interne ou avec un autre certificat (p.ex. entre des certificats destinés à l'assureur d'indemnités journalières et à l'assurance-chômage), etc.;
- de son auteur: formation, expérience, réputation;
- du contexte: chronologie des faits (p.ex. certificat rétroactif après un licenciement), existence d'un litige avec l'employeur ou l'assureur, conséquences du certificat, comportement du patient, etc.

Le médecin doit avoir conscience de la portée sociale et juridique des certificats et rapports qu'il délivre. Il se limitera cependant à des considérations d'ordre médical, sans jugement de valeur et sans en tirer de conclusions juridiques. Il ne pourra, par exemple, pas constater que son patient est victime de *mobbing*, dans la mesure où il s'agit d'une notion juridique⁴⁹⁰. Il convient également de rappeler que le médecin ne connaît souvent que la version des faits présentée par le patient et qu'il lui est difficile d'avoir une vision d'ensemble objective des affaires concernant son patient.

Afin de respecter le secret médical, les rapports et certificats médicaux doivent se limiter aux informations strictement nécessaires au destinataire. Aucune information supplémentaire ne peut être communiquée sans le consentement libre et éclairé du patient. Ce consentement ne peut pas être donné à l'avance, p.ex. dans un contrat de travail ou un règlement d'entreprise⁴⁹¹ (sur le secret médical, voir ci-dessus chap. 6.1). Le médecin est en revanche libre de confirmer avoir établi un certificat ou un rapport médical ainsi que son contenu, sans violer le secret professionnel. S'il constate qu'il y a eu falsification du certificat, il peut – et

488 ATF 141 III 433 cons. 2.6.; arrêts du Tribunal fédéral 8C 619/2014 du 13 avril 2015, cons. 3.2.1. et 4A_243/2017 du 30 juin 2017, cons. 3.1.3.; jurisprudence critiquée, voir not. Francesco Trezzini / François Bohnet in: Revue de droit suisse (ZSR/RDS) n°4 2017, p. 367 ss et Stephan Hartmann in: Pratique juridique actuelle (AJP/PJA) 2018 p. 1345 s. L'avant-projet de modification du Code de procédure civile prévoit de reconnaître l'expertise privée comme un titre valant moyen de preuve (cf. rapport explicatif du Conseil fédéral du 2 mars 2018, p. 62 s).

489 Pour des exemples d'éléments suscitant le doute, voir not. Mercedes Novier, Le certificat médical dans les relations de travail, in: Les certificats dans les relations de travail, Collection CERT, 2018, p. 118 ss.

490 Arrêt du Tribunal fédéral 8C_663/2014 du 10 juillet 2015, cons. 6.2.2.

491 Wolfgang Portmann, Basler Kommentar OR I, 5^e éd., 2011, n° 26 ad art. 328b.

doit – également nier avoir établi le document en question. La falsification d'un certificat médical constitue une infraction pénale poursuivie d'office.⁴⁹² En pareil cas, il est conseillé au médecin de prendre rapidement contact avec le patient afin de clarifier la situation, et, de prendre les mesures qu'il estimera nécessaire. Il pourra notamment mettre fin à la relation thérapeutique et, cas échéant, dénoncer le cas aux autorités pénales. Il veillera toutefois à se faire libérer du secret médical avant de déposer une plainte pénale contre le patient.

6.5 Rapports aux médecins cotraitants

Le secret médical est également valable entre médecins et envers les autres professionnels de la santé. Le patient doit être informé des démarches entreprises et des personnes contactées et y avoir consenti, ne serait-ce que tacitement.

En effet, le médecin n'a le droit de transmettre des données concernant son patient à un confrère que si le patient est d'accord. En outre, il ne doit communiquer que les informations nécessaires à l'intervention du confrère en question. Même si les notions juridiques de consentement explicite, tacite ou présumé s'appliquent aussi dans cette situation, il est préférable d'informer clairement le patient des démarches entreprises. Ce qui va de soi pour le médecin n'est pas forcément évident pour le patient.

Dire au patient «Je vous annonce au Dr X pour un examen. Je lui écris ce que nous savons et ce que nous aimerions qu'il nous apprenne» ne prend pas beaucoup de temps et permet d'éviter qu'il se sente bousculé. À la sortie de l'hôpital également, le patient devrait recevoir une information du genre: «Nous enverrons un rapport sur le traitement hospitalier et le suivi aux médecins X, Y et Z; êtes-vous d'accord?»

À l'hôpital, on peut généralement partir de l'idée que le patient consent tacitement à ce que les données nécessaires à son traitement soient échangées entre les soignants impliqués. Le patient reste toutefois libre, en tout temps, de donner des indications contraires.

492 Art. 251 et 252 du Code pénal.

6.6 Certificats et rapports aux employeurs et aux assureurs d'indemnités journalières

Les certificats établis à l'intention d'employeurs ou d'assureurs d'indemnités journalières doivent être clairs et conformes à la vérité. L'employeur n'a pas le droit de prendre connaissance du diagnostic ou du traitement.

Certificat d'aptitude ou d'inaptitude au travail

L'inaptitude au poste de travail consiste en une inadéquation entre l'activité à réaliser ou le poste de travail et l'état de santé du travailleur. Cette inadéquation expose le travailleur à un risque sérieux pour lui et/ou pour autrui.⁴⁹³ Le certificat attestant l'(in)aptitude au poste de travail relève de la médecine du travail et nécessite une connaissance spécifique des exigences du poste de travail en question.⁴⁹⁴

Le certificat d'aptitude peut également être établi à l'embauche (aussi appelé «rapport sur l'examen d'entrée»). Dans ce cas, les examens ont lieu sur la base d'un profil d'emploi remis par l'employeur.⁴⁹⁵ Les frais d'établissement du certificat sont à la charge de l'employeur et devraient être convenus à l'avance avec ce dernier.

Les informations transmises à l'employeur doivent porter uniquement sur les conclusions relevant de la médecine du travail. Le rapport devrait contenir des formulations telles que «apte à exercer une activité en tant que XY», «apte au travail avec les restrictions suivantes ...» ou «inapte au travail», mais pas de diagnostic ou de traitement.⁴⁹⁶

493 Institut universitaire romand de Santé au Travail (IST), Incapacité ou inaptitude au travail, Guide à l'attention des médecins, avril 2016, p. 23 (disponible en ligne à l'adresse www.vs.ch/incapacite-au-travail).

494 Se référer notamment aux directives de la Commission fédérale de coordination pour la sécurité au travail (CFST), ainsi qu'aux publications du Secrétariat d'État à l'économie (SECO) et de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (Suva).

495 Art. 14 de Code de déontologie de la FMH, son annexe 4 «Directive à l'intention des médecins du travail».

496 Selon l'art. 328b du Code des obligations, l'employeur n'est habilité à traiter les données personnelles de l'employé que dans la mesure où elles portent sur ses aptitudes à remplir son emploi, ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail.

Certificat d'incapacité de travail

Par incapacité de travail, on entend toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir, dans sa profession ou son domaine d'activité, le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique.⁴⁹⁷ L'incapacité de travail est une notion juridique, alors que le médecin doit prendre position, du point de vue médical, sur la capacité fonctionnelle voire la capacité de travail. En d'autres termes, le médecin doit déterminer si, et le cas échéant dans quelle mesure, l'atteinte à la santé de l'assuré le limite dans ses fonctions corporelles ou mentales.⁴⁹⁸ Le certificat doit indiquer la date de début, la date de fin ainsi que le degré de l'incapacité de travail. Le certificat est signé et daté du jour de son établissement. Les certificats rédigés à l'intention de l'employeur ne contiennent pas de diagnostic, ni de traitement,⁴⁹⁹ mais indiquent néanmoins s'il s'agit d'une maladie ou d'un accident.

Lorsque l'incapacité de travail est partielle, le médecin l'indique au moyen d'un pourcentage. Le degré d'incapacité doit être clairement compréhensible pour l'employeur. Faute de précision, on partira du principe qu'il s'agit d'une réduction du temps de travail effectif de l'employé, et non d'un travail à plein temps.⁵⁰⁰

L'incapacité de travail doit être limitée dans le temps et ne devrait en principe pas dépasser un mois. Si le médecin ne peut encore en préciser la fin, il limitera le certificat à la date de la prochaine consultation. Une réévaluation de l'incapacité devrait avoir lieu régulièrement⁵⁰¹. On rappellera qu'en cas d'incapacité de travail de 30 jours consécutifs, l'employeur (tout comme le médecin et le patient) a la possibilité d'annoncer le cas à l'office AI en vue d'une «détection précoce».⁵⁰²

Si l'incapacité de travail est partielle ou si elle se prolonge, l'employeur pourra demander un certificat détaillé dans lequel le médecin indiquera quelles activités peuvent être raisonnablement confiées à l'employé. Plusieurs sociétés cantonales de médecine ainsi que la société Swiss Insurance Medicine (SIM) ont établi des formulaires de certificat d'entente avec les partenaires sociaux et convenu avec eux des manières de procéder. La distinction entre certificats simples et certificats détaillés semble particulièrement convaincante. Lorsqu'un employeur a besoin d'un certificat détaillé, il envoie au médecin un descriptif des exigences du poste occupé par l'employé et prend à sa charge les coûts d'établissement du certificat.

497 Art. 6 LPGA.

498 Arrêt du Tribunal fédéral U_177/04 du 16 juin 2005, cons. 3.1.; Beat Gründler, Incapacité de travail et certificat médical, Manuel de la Société suisse des médecins-conseils et médecins d'assurances (SGV/SSMC), juin 2016 (disponible en ligne à l'adresse www.medecins-conseils.ch → Manuel → Incapacité de travail et certificat médical).

499 ATF 143 IV 209 cons. 2.2.

500 Thomas Geiser, Was ist Inhalt eines Arbeitsunfähigkeitszeugnisses, avis de droit du 26 décembre 2007 destiné à la FMH.

501 Philippe Ducor, Certificat médical d'incapacité de travail de durée indéterminée ou de longue durée?, La Lettre de l'AMG n° 5 du 10 juin 2016.

502 Art. 3b LAI et Art. 1ter OAI.

En cas de doute sur un certificat médical, l'employeur peut exiger que l'employé se soumette à un examen de contrôle auprès d'un médecin choisi par l'employeur, qui aura alors le rôle de médecin-conseil. Ce dernier est également tenu au secret médical et limitera ses conclusions à l'aptitude de l'employé à remplir son emploi. En particulier, il n'a pas le droit de communiquer à l'employeur des informations sur le diagnostic ou le traitement.⁵⁰³ Il est cependant autorisé à communiquer à l'employeur si le travailleur ne s'est pas présenté à la consultation.⁵⁰⁴

Selon TARMED, les certificats d'incapacité de travail simples destinés à l'employeur sont inclus dans le prix de la consultation. Par contre, les certificats détaillés et les examens de contrôle demandés par l'employeur sont à la charge de ce dernier. Il est conseillé de convenir à l'avance avec l'employeur le coût d'établissement du certificat.

Cas particuliers de certificats d'incapacité de travail:

- *Certificats rétroactifs*: de tels certificats devraient être évités. Il est cependant parfois impossible de faire autrement, notamment parce que de nombreux employeurs n'exigent un certificat médical qu'à partir du 4^e jour d'absence. Lors de la rédaction d'un certificat d'incapacité de travail rétroactif, le médecin doit être particulièrement transparent: il précisera les éléments qu'il a constatés lui-même et ceux qui se fondent sur les affirmations du patient. Le certificat contiendra au minimum la date de début de l'incapacité de travail, sa date d'établissement, ainsi que la date du premier traitement⁵⁰⁵. Il ne sera jamais antidaté, sous peine de constituer un faux certificat médical. La durée de la rétroactivité ne devrait pas excéder 3 à 4 jours, tout au plus une semaine, selon la pathologie.⁵⁰⁶ La rétroactivité sera généralement plus facilement admise en cas d'accident ou de troubles organiques que pour des atteintes psychiques. Dans tous les cas, le médecin se gardera d'attester une incapacité de travail qui n'est pas médicalement plausible.
- *Certificats délivrés sur demande téléphonique*: les certificats doivent attester des constatations personnelles du médecin. Ainsi, une consultation en présence du patient constitue en principe le préalable nécessaire à l'établissement de tout certificat médical. De rares exceptions sont possibles, en particulier si le médecin connaît son patient, sa situation et qu'il l'a vu récemment (p. ex. s'il sait que son patient suit un traitement qui peut avoir des effets secondaires déterminés). Le certificat délivré sur demande téléphonique sera établi pour une courte période et ne devrait être renouvelé qu'après une consultation en personne. Un certificat établi sur demande téléphonique d'un patient in-

503 ATF 143 IV 209 cons. 2.2.

504 ATF 106 IV 131, cons. 4.

505 Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6410/2014 du 1^{er} septembre 2015, cons. 4.3.4.2.

506 Philippe Ducor, Certificat médical d'incapacité de travail rétroactif: possible?, La Lettre de l'AMG n° 10 du 11 décembre 2015, p. 7.

connu peut être qualifié de certificat de complaisance.⁵⁰⁷ Par ailleurs, on rappellera qu'un traitement de longue durée effectué exclusivement à distance est contraire au Code de déontologie de la FMH.⁵⁰⁸

- *Incapacité limitée à la place de travail (parfois appelés «certificats à géométrie variable»)*: lorsqu'un employé cumule plusieurs postes à temps partiel ou exerce des activités de nature différente au sein de la même entreprise, il peut arriver que son incapacité ne touche qu'une partie de son activité professionnelle. Ainsi, un travailleur peut être dans l'incapacité de soulever des charges lourdes mais reste capable d'effectuer un travail administratif.⁵⁰⁹ Si cette situation n'est généralement pas problématique pour des troubles physiques ou physiologiques, elle peut par contre l'être en cas d'incapacité d'ordre psychique, en particulier lorsque l'incapacité est liée à des problèmes relationnels. En pareil cas, le médecin ne disposera généralement que des informations présentées par son patient et devra être particulièrement prudent, notamment en documentant les signes cliniques étayant son appréciation.⁵¹⁰ Il peut également arriver que ce genre de certificat «se retourne» de manière inattendue contre le travailleur, lequel peut se voir privé de protection contre le licenciement ou être contraint à changer d'activité.⁵¹¹
- *Enfant malade*: si un parent est en bonne santé mais ne peut aller travailler parce que son enfant est malade, son absence est considérée pour une courte période – en général jusqu'à 3 jours – comme une incapacité de travail.⁵¹² L'élément décisif à cet égard est la rapidité avec laquelle une autre solution pour la garde de l'enfant peut raisonnablement être trouvée. En réalité, le certificat ne porte pas sur la capacité de travail du parent, mais sur l'état de santé de l'enfant. Il sera donc délivré par le médecin traitant de l'enfant (voir le chap. 9.5 concernant la limitation des activités et la question de l'incapacité de travail chez les jeunes et les femmes enceintes).
- *Impossibilité de bénéficier de vacances*:⁵¹³ lorsqu'une atteinte à la santé est suffisamment sérieuse pour entraver la récupération physique ou psychique du travailleur, celui-ci a droit à la restitution de tout ou partie de ses vacances. L'atteinte doit être suffisamment intense et d'une durée significative pour empêcher la réalisation du but des vacances. Le simple fait de ne pas pouvoir

507 Mercedes Novier, Le certificat médical dans les relations de travail, Les certificats dans les relations de travail, Collection CERT, 2018, p. 103 s.

508 Art. 7 du Code de déontologie de la FMH.

509 Philippe Ducor, Certificat médical d'incapacité de travail. Lorsque l'incapacité varie selon l'occupation (certificat «à géométrie variable»), La lettre de l'AMG n° 2 du 7 mars 2014, p. 4.

510 Werner Gloor, L'incapacité de travail «à géométrie variable», Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, 2015, p. 172.

511 Arrêts du Tribunal fédéral 4A_391/2016 du 8 novembre 2016, cons. 5 et 4A_574/2014 du 15 janvier 2015, cons. 4.

512 Art. 36 al.3 de la Loi sur le travail.

513 Eric Cerottini, Commentaire du contrat de travail, Staempfli, 2013 n° 18 ss ad art. 329a CO; Hans Ueli Schürer / Marianne Wanner, Arbeit und Recht, 13^e éd., Zürich 2017, p. 111.

effectuer l'activité prévue n'est pas suffisant. Un doigt cassé, une cheville foulée ou un rhume ne provoquent pas non plus une inaptitude à se reposer ou se distraire, contrairement à une hospitalisation ou d'intenses douleurs. Le médecin devra ainsi se prononcer sur la capacité du patient à récupérer physiquement ou psychologiquement pendant ses vacances. Il n'existe pas de capacité partielle à bénéficier des vacances.

- *Capacité à bénéficier de vacances malgré une incapacité de travail*: une incapacité de travail n'implique pas obligatoirement une incapacité à bénéficier de vacances. Comme évoqué ci-dessus, le critère déterminant est la possibilité de réaliser le but des vacances malgré l'atteinte à la santé. Lorsqu'un voyage effectué durant une période d'incapacité de travail permet de se reposer, voire facilite la convalescence, il n'y a pas d'incapacité à bénéficier de vacances, p.ex. en cas de burn-out. La capacité à bénéficier de vacances est, comme l'incapacité de travail, attestée par le médecin traitant, sur demande du patient. Celui-ci pourra ainsi partir en vacances malgré son incapacité de travail. De son côté, l'employeur décomptera les jours de vacances pris.

Certificats et rapports à l'attention des assureurs d'indemnités journalières

Pour les assurances d'indemnités journalières, la question de l'incapacité de travail est décisive. Ces assurances relèvent, pour la plupart, du droit des assurances privées. De par son devoir contractuel de fidélité envers son employeur, l'employé est tenu de fournir à l'assureur d'indemnités journalières un certificat médical contenant les informations nécessaires à la clarification de son cas. Si une assurance d'indemnités journalières est soumise exceptionnellement à la LAMal, le droit d'information de l'assureur est réglé par cette loi.⁵¹⁴ Les informations sensibles doivent être transmises au médecin consultant de l'assureur privé d'indemnités journalières ou au médecin-conseil de la caisse-maladie tenue de verser ces indemnités.⁵¹⁵ Les assureurs privés n'ont pas de médecin-conseil institué par la loi et les gestionnaires de cas («case manager») ne sont pas des médecins-conseils ni des médecins consultants.

Comme il n'existe pas de tarif officiel pour l'établissement des certificats et rapports à l'attention des assureurs d'indemnités journalières, on s'en remet aux lois du marché. En cas de doute, le tarif doit être convenu à l'avance. En revanche, pour les rares assurances d'indemnités journalières selon la LAMal, la facturation s'effectue selon TARMED.

⁵¹⁴ Art. 84 LAMal; voir ci-dessous chap. 6.7.

⁵¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral K_121/03 du 10 août 2004, cons. 5.

6.7 Rapports et facturation dans l'assurance-maladie

La caisse-maladie doit obtenir les informations «nécessaires». La fonction de filtre exercée par le médecin-conseil est primordiale pour la protection des données.

Informations nécessaires

Les lois sur les assurances sociales de la Confédération (LAMal, LAA, LAM, LAI) comprennent toutes un droit légal de l'assureur social à être informé. Néanmoins, ce droit est toujours limité aux informations «dont a besoin l'assureur pour remplir ses tâches». Ces tâches consistent entre autres à «établir le droit aux prestations, les calculer, les allouer et les coordonner avec celles d'autres assurances sociales; faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable ou établir des statistiques».⁵¹⁶ La question de savoir de quelles informations l'assureur-maladie a effectivement besoin et qui a le droit de les examiner au sein de la caisse-maladie dépend donc des questions concrètement posées:

- S'il s'agit d'examiner l'indication médicale d'un traitement, il revient au médecin-conseil de décider de ce qu'il a besoin de savoir.⁵¹⁷
- Selon le Tribunal fédéral, l'assureur-maladie a aussi le droit de demander des documents pour son médecin-conseil à des fins de contrôle par sondages. Dans le cas d'espèce, il s'agissait de rapports sur les soins et le contrôle des signes vitaux dans un home médicalisé. Pour contrôler le caractère économique des prestations dans un établissement médico-social, l'assureur-maladie peut ainsi exiger du fournisseur qu'il lui remette les documents permettant d'évaluer le niveau des soins requis, à savoir ceux afférents au rapport de soins et au contrôle des signes vitaux. Dans le cas présent, une motivation individuelle n'était pas nécessaire pour fonder la demande de remise des documents.⁵¹⁸ La question de la proportionnalité du traitement des données doit être examinée dans chaque cas individuel. Par ailleurs, l'assureur peut demander uniquement ce dont il a concrètement besoin pour sa vérification.
- Par contre, s'il s'agit de déterminer la compétence de la caisse, p.ex. vis-à-vis de l'assurance-accidents ou responsabilité civile, la caisse doit pouvoir obtenir pratiquement les mêmes informations que l'assureur LAA. L'assureur examine sa compétence d'office.⁵¹⁹

516 Art. 84 LAMal.

517 Art. 57 LAMal.

518 ATF 133 V 359.

519 Art. 35 LPGa.

- Le Tribunal fédéral a décidé que le médecin-conseil pouvait aussi demander à un médecin tiers de lui remettre une prise de position objective. Pour ce faire, il n'est, sauf exceptions, pas tenu d'en informer préalablement l'assuré ni d'obtenir l'accord de ce dernier.⁵²⁰

Médecins-conseils en tant que filtre

Les médecins-conseils conseillent les assureurs en cas de questions médicales techniques et de questions relatives à la rémunération et à l'application des tarifs. Ils vérifient en particulier les conditions auxquelles est liée l'obligation de l'assureur de fournir une prestation.⁵²¹ Le législateur voit le médecin-conseil comme une instance indépendante à laquelle ni les assureurs, ni les fournisseurs de prestations ou leurs organisations ne peuvent donner de directives.⁵²² La compétence du médecin-conseil se borne à répondre à des questions médicales techniques.⁵²³ Dans le cadre de la compétence conférée au médecin-conseil par l'art. 57 al. 4 LAMal (examen des conditions de prise en charge d'une prestation), il lui incombe de contrôler l'efficacité, l'adéquation et l'économicité du traitement au sens des art. 32 et 56 LAMal. «Le contrôle de l'économicité exige, dans le cas concret, d'avoir connaissance du diagnostic, des examens et des traitements effectués, ainsi que du but diagnostique et thérapeutique recherché.»⁵²⁴

Lorsque les circonstances le justifient, le médecin est autorisé à fournir des informations médicales exclusivement au médecin-conseil – et il y est tenu dans tous les cas où l'assuré le demande.⁵²⁵ Ces informations sont envoyées directement à l'adresse du service du médecin-conseil de la caisse. L'assurance doit, de son côté, veiller à ce que ces lettres soient correctement transmises à l'intérieur de son administration. Si cet acheminement ne fonctionne pas, le médecin devrait envisager la possibilité d'envoyer son rapport au médecin-conseil personnellement à l'adresse de son cabinet privé. Dans les cas où le médecin-conseil doit approuver à l'avance un traitement, les rapports médicaux doivent bien entendu aussi parvenir directement au service du médecin-conseil sans passer par le département des prestations. «Les médecins-conseils ne transmettent aux organes compétents des assureurs que les indications dont ceux-ci ont besoin pour décider de la prise en charge d'une prestation, pour fixer la rémunération ou motiver une décision. Ce faisant, ils respectent les droits de la personnalité des assurés.»⁵²⁶

520 ATF 131 II 413.

521 Art. 57 al. 4 LAMal.

522 Art. 57 al. 5 LAMal.

523 Arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 6/01 du 26 septembre 2001.

524 Arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 7/05 du 18 mai 2006.

525 Art. 42 al. 5 LAMal.

526 Art. 57 al. 7 LAMal.

Le médecin-conseil de l'assurance de base est le seul à avoir une qualification définie et une fonction de filtre garantie par la loi. Les gestionnaires de cas des assureurs-maladie agissent par contre dans un cadre qui n'est pas fixé légalement. C'est pourquoi l'assuré peut exiger en tout temps, même en ayant préalablement consenti à un tel système de gestion des cas, que les informations médicales sensibles ne soient communiquées qu'au médecin-conseil. Et seul le médecin-conseil peut procéder à des approbations préalables de traitements telles que les prévoit la LAMal, par exemple pour des réadaptations.

Factures

Si les assureurs et les fournisseurs de prestations n'en ont pas convenu différemment, les assurés doivent s'acquitter de la rémunération de la prestation directement auprès de leur fournisseur. Dans ce cas, les assurés ont le droit d'être remboursés par l'assureur (système du tiers garant).⁵²⁷ Assureurs et fournisseurs de prestations peuvent convenir que l'assureur est le débiteur de la rémunération (système du tiers payant). En cas de traitement hospitalier, l'assureur, en dérogation à l'art. 42 al. 1 LAMal, est le débiteur de sa part de rémunération.⁵²⁸

Le patient doit recevoir une facture détaillée et compréhensible. Le médecin est tenu de fournir les indications nécessaires afin que le patient puisse vérifier le calcul des prestations et leur caractère économique. Dans le système du tiers payant, l'assuré reçoit une copie de la facture adressée à l'assureur.⁵²⁹ Si les assureurs et les fournisseurs de prestations ont convenu que l'assureur est le débiteur de la rémunération (système du tiers payant), le fournisseur de prestations doit remettre à l'assuré la copie de la facture prévue à l'art. 42 al. 3 LAMal. Il peut convenir avec l'assureur que ce dernier transmettra la copie de la facture.⁵³⁰

L'assureur peut demander un diagnostic exact ou des renseignements supplémentaires de nature médicale.

Les fournisseurs de prestations doivent faire figurer dans la facture au sens de l'art. 42 al. 3 LAMal les diagnostics et les procédures sous forme codée, conformément aux classifications contenues dans l'édition suisse correspondante publiée par le département compétent.⁵³¹

Le patient doit pouvoir décider lui-même s'il souhaite que le médecin connaisse son numéro de carte d'assuré et son numéro AVS et les fasse figurer sur les factures.

527 Art. 42 al. 1 LAMal.

528 Art. 42 al. 2 LAMal.

529 Art. 42 al. 3 LAMal.

530 Art. 59 al. 4 LAMal.

531 Art. 42 al. 3^{bis} LAMal.

En revanche, les hôpitaux, les pharmacies, les laboratoires et les établissements médico-sociaux facturent en général leurs prestations selon le système du tiers payant. Conformément à ce système, la caisse est la première à consulter les factures; si le patient souhaite éviter cela, il doit en faire part à son médecin au moment de la consultation déjà. Il serait souhaitable que le médecin en informe le patient avant de confier les analyses au laboratoire.

Le médecin doit facturer séparément les prestations prises en charge par l'assurance obligatoire des soins et les autres prestations.⁵³²

Transfert de données et facturation selon SwissDRG

La facturation des fournisseurs de prestations est régie aux art. 59 ss OAMal. Selon ces dispositions, les fournisseurs de prestations doivent faire figurer sur leurs factures toutes les indications administratives et médicales nécessaires à la vérification du calcul de la rémunération et du caractère économique des prestations conformément à l'art. 42 al. 3 et 3^{bis} LAMal. L'art. 59 al. 1 let. c OAMal prévoit que seuls «les diagnostics et les procédures qui sont nécessaires au calcul du tarif applicable» peuvent être communiqués.

Dans le système DRG de forfaits par cas appliqué au domaine des soins hospitaliers aigus, chaque séjour hospitalier est classé dans un groupe de pathologie et indemnisé de manière forfaitaire sur la base de critères définis tels que le diagnostic principal, les diagnostics supplémentaires, les traitements, le degré de sévérité et l'âge du patient. En cas de rémunération de type DRG (*Diagnosis Related Groups*), le fournisseur de prestations doit munir d'un numéro d'identification unique les fichiers de données avec les instructions administratives et médicales visées à l'art. 59 al. 1 OAMal. Le DFI fixe la structure uniforme au niveau suisse des fichiers de données.⁵³³

Le Conseil fédéral a approuvé l'introduction de TARPSY 1.0 au 1^{er} janvier 2018. Cette structure tarifaire couvre tous les domaines de prestations hospitalières en matière de psychiatrie pour adultes, enfants et adolescents. En matière de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, ce tarif est contraignant depuis le 1^{er} janvier 2019.⁵³⁴

Chaque assureur doit disposer d'un service de réception des données certifié au sens de l'art. 11 de la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données.⁵³⁵ Les hôpitaux transmettent les éléments de données avec les indications administratives et médicales, en même temps que la facture, à ce service de réception des données. Il doit être garanti que seul ce service obtienne l'accès aux indications

532 Art. 59 al. 2 OAMal.

533 Art. 59a al. 1 OAMal.

534 www.swissdrg.org → FR → Psychiatrie → TARPSY.

535 Art. 59a al. 6 OAMal.

médicales.⁵³⁶ Le service de réception des données (qui est en réalité un service de vérification des données) détermine, sur la base de la plausibilité des données électroniques, «pour quelles factures un examen plus approfondi est nécessaire et transmet à l'assureur les indications nécessaires à cet effet. L'assureur ne peut pas donner au service de réception des données, pour des factures individuelles, d'instructions concernant la transmission des données.»⁵³⁷

Factures impayées

Il arrive régulièrement que les factures impayées de certains patients s'accumulent chez les médecins qui, souvent, continuent sciemment à recevoir ces personnes en butte à des problèmes financiers. Dans ces situations, il est recommandé de prendre contact avec les services de la prévoyance sociale ou l'aide sociale (avec l'accord du patient).

Néanmoins, il existe aussi des mauvais payeurs qui ne sont pas dans des situations précaires. Ici, le médecin peut partiellement se protéger, p. ex. en établissant ses factures à intervalles plus rapprochés, en refusant de continuer le traitement pour cause de factures impayées – à l'exception, bien entendu, des cas d'urgence – ou en exigeant un paiement comptant ou à l'avance. Si des factures demeurent impayées, le médecin peut engager des poursuites.

Depuis le 1^{er} janvier 2012, la LAMal ne prévoit plus de suspension des prestations à l'encontre des assurés en demeure.⁵³⁸ Les cantons peuvent toutefois continuer à prévoir une telle suspension. Dès lors, les caisses-maladie doivent normalement s'acquitter des factures quand bien même l'assuré est en demeure de verser ses primes, sauf si ce dernier ne verse pas les primes dues en dépit des poursuites engagées et figure sur une «liste noire» établie par le canton.⁵³⁹ Selon un jugement du canton de Saint-Gall prononcé en 2018, le séjour hospitalier est nécessaire et impossible à différer au moment de l'admission pour un accouchement. Il s'agissait en l'espèce d'un traitement administré en cas d'urgence au sens de l'art. 64a al. 7 LAMal dont les coûts doivent être pris en charge par la caisse-maladie même si l'assuré se trouve sur la liste noire.⁵⁴⁰

Si un acte de défaut de biens a été établi pour les primes et les participations aux frais impayées, les cantons prennent en charge 85 % de la dette.

536 Art. 59a al. 3 OAMal.

537 Art. 59a al. 4 OAMal.

538 Art. 64a LAMal et art. 105b ss OAMal.

539 Jugement du Tribunal des assurances de Saint-Gall du 26 avril 2018 (KSCHG 2017/5).

540 Jugement du Tribunal des assurances de Saint-Gall du 26 avril 2018 (KSCHG 2017/5).

S'agissant des informations en cas de recouvrement de créances, certains cantons prévoient la possibilité de communiquer aux instances prévues par la loi, telles que les instances de poursuite et les instances judiciaires, les informations sur le traitement nécessaires au recouvrement de créances, sans que la levée du secret professionnel soit nécessaire.⁵⁴¹

Poursuites

Conformément à l'art. 321 du Code pénal, le médecin est soumis au secret professionnel. Selon cette disposition, il ne peut révéler un secret qui lui a été confié ou dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa profession qu'avec le consentement du patient concerné, si l'autorité de surveillance le délie de son secret professionnel ou si la loi prévoit une obligation de renseigner l'autorité ou de témoigner en justice. Le secret professionnel peut déjà être violé lorsque l'on révèle qu'un contrat de soins a été passé avec un patient déterminé. Il s'agit de données très sensibles. Pour engager une poursuite, le médecin doit soit obtenir le consentement de la personne concernée, soit se faire délier du secret professionnel par l'autorité de surveillance cantonale.⁵⁴²

Consultation manquée

Lorsqu'un patient ne se présente pas à une consultation agendée, la question se pose de savoir si les honoraires sont dus. Si le patient a vraiment été empêché et que son absence ne peut lui être imputée, le médecin doit supporter le risque et ne peut rien facturer. Dans tous les cas, le médecin doit s'efforcer de réduire le dommage au maximum. Il utilisera son temps du mieux possible, en fera éventuellement profiter un autre patient ou il avancera dans son travail administratif. Juridiquement, il faut toujours se baser sur le cas concret. Si un rendez-vous réservé à l'avance pour un examen IRM est manqué, le dommage apparaît évident – il en va tout autrement lorsqu'il s'agit d'un médecin dont la consultation est surchargée et qui sera en définitif content de ne pas rentrer encore plus tard à domicile.⁵⁴³

La Division juridique de la FMH recommande d'attirer l'attention des patients, par exemple à l'aide d'un avis placardé dans la salle d'attente ou imprimé sur les aide-mémoires de rendez-vous, sur une réglementation claire en cas de consultations manquées ou de communications tardives de désistement; dans la pratique, un délai de désistement de 24 heures est d'usage sans quoi la consultation

541 Art. 15 al. 2 let. e de la Gesundheitsgesetz du canton de Schaffhouse; § 27 al. 4 de la Gesundheitsgesetz du canton de Bâle-Ville.

542 www.datenschutz.ch → Themen → Gesundheitswesen → Patientenrechte → Einleitung Betreuung für Arztrechnung.

543 «Der Patient hat sich für einen zeitaufwendigen Eingriff angemeldet», Fellmann Walter, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: *Arztrecht in der Praxis*, 2007, p. 145.

ou un montant forfaitaire est facturé. Il peut aussi être utile d'adresser un courrier au patient ayant manqué les consultations à plusieurs reprises et sans justification pour l'aviser de la facturation des prochains rendez-vous manqués. La créance en dommage et intérêts n'est pas toujours aisée à faire valoir dans les cas litigieux; il convient d'examiner dans chaque cas si l'absence du patient est fautive et peut ou non lui être imputée.

6.8 Rapports et factures dans la LAA, la LAM et la LAI

L'employeur et l'employé accidenté doivent annoncer immédiatement un accident à l'assureur LAA. S'il existe un lien possible avec une période de service militaire accomplie, le médecin est tenu de déclarer le cas à l'assurance militaire. En vue d'assurer une détection précoce, l'assurance-invalidité prévoit un droit d'annoncer une incapacité de travail à partir de 30 jours d'incapacité.

Rapports et factures dans la LAA

Lorsqu'un employeur ou une personne accidentée annoncent un accident, ils remettent au médecin traitant le certificat médical type figurant dans le formulaire d'annonce de cas bénins ou dans l'avis d'accident de l'assureur LAA concerné. Le médecin traitant en remplit la partie médicale et transmet les documents à l'assureur.

La LAA exige, elle aussi, que le médecin remette à l'assureur une facture détaillée et compréhensible, en lui fournissant toutes les indications dont il a besoin pour évaluer le droit aux prestations. Comme l'assureur-accidents prend en charge tant le traitement que les indemnités journalières et les rentes, et parce que la LAA est une assurance causale, l'assureur-accidents a souvent besoin de davantage d'informations qu'une caisse-maladie. Les assureurs-accidents ne disposent pas d'un service de réception des données certifié, contrairement à ce que la loi prescrit pour les assureurs-maladie lors de la transmission de données médicales sur les factures DRG.⁵⁴⁴

L'assureur-accidents paie directement la facture au fournisseur de prestations; l'assuré ne doit s'acquitter ni d'une quote-part ni d'une franchise.

Rapports et factures dans la LAM

«Lorsqu'il peut y avoir une relation entre l'affection et le service accompli»⁵⁴⁵ le médecin est tenu de l'annoncer sans délai à la LAM. S'il ne s'acquitte pas de ce devoir, il doit répondre des conséquences.

544 Art. 59a al. 7 OAMal.

545 Art. 84 LAM.

La facture du fournisseur de prestations est payée par la LAM; l'assuré ne doit s'acquitter ni d'une quote-part ni d'une franchise.

Rapports et factures dans la LAI

À partir de 30 jours d'incapacité de travail, l'AI connaît les possibilités d'une détection précoce et de mesures de réinsertion précoces afin d'éviter que le patient ne perde son emploi. L'assuré peut s'annoncer lui-même en vue d'évaluer un éventuel besoin d'une réinsertion précoce; mais cette annonce peut aussi être faite par des tiers, p.ex. par le médecin, l'employeur ou l'assureur d'indemnités journalières, et ce, même contre la volonté du travailleur qui doit cependant au moins en être informé avant l'annonce.⁵⁴⁶

Les assurés doivent déjà, s'agissant des mesures de réinsertion précoces, autoriser leurs médecins non seulement à donner des renseignements, mais aussi «à fournir tous les documents nécessaires à l'enquête effectuée dans le cadre de la détection précoce».⁵⁴⁷

Une distinction doit être opérée entre l'annonce faite en vue d'une réinsertion précoce et la demande formelle visant des mesures de réinsertion dès qu'une personne est «menacée d'invalidité».⁵⁴⁸ Selon la pratique judiciaire, le pronostic d'une incapacité de travail à 20% suffit désormais pour envisager des mesures de reconversion.

Il revient dorénavant au médecin du Service médical régional (SMR) de constater la capacité de travail restante d'une personne à l'attention de l'AI.

Selon la LPGA, «est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles. Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable.»⁵⁴⁹

La notion d'invalidité selon la LPGA est valable pour toutes les lois sur l'assurance sociale. L'exigibilité de mesures de réadaptation dans le domaine de l'assurance-invalidité a été redéfinie de façon plus stricte en 2008: «Est réputée raisonnablement exigible toute mesure servant à la réadaptation de l'assuré, à l'exception des mesures qui ne sont pas adaptées à son état de santé.»⁵⁵⁰ Cette modification ne s'applique pas à la LAA ni à la LAM.

546 Art. 3b LAI.

547 Art. 3c al. 3 LAI.

548 Art. 17 LAI.

549 Art. 7 al. 1 et 2 LPGA.

550 Art. 7a LAI.

Les critères du droit à la rente ont également été durcis en 2008. L'assuré a droit à une rente lorsque sa capacité de gain ou sa capacité d'accomplir ses travaux habituels ne peut pas être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles, lorsqu'il a présenté une incapacité de travail d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable ou qu'au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40% au moins.⁵⁵¹ Cette modification n'est également valable que dans la LAI.

Les factures établies pour des mesures médicales de réadaptation et des rapports médicaux sont directement envoyées à l'office AI qui a donné les mandats correspondants. L'assuré ne s'acquitte ni d'une quote-part ni d'une franchise.

6.9 Certificats et rapports médicaux aux caisses de pension et aux assurances-vie

Dans le domaine supraobligatoire, les caisses de pension peuvent émettre des réserves d'assurance. Elles doivent toutefois garantir la protection offerte jusqu'alors en matière de prévoyance professionnelle. L'assurance-vie étant une assurance privée, elle est basée sur le principe de la liberté de contracter et de la symétrie de l'information; font exception à ce principe les sommes d'assurance inférieures à 400 000 francs.

Caisses de pension

La Loi sur le libre-passage (LFLP) garantit le maintien de la protection supraobligatoire préalablement acquise lors de changements d'emploi. En d'autres termes, les caisses de pension n'ont pas le droit de soumettre à la personne concernée un questionnaire sur son état de santé, malgré l'assurance supraobligatoire, si les prestations de prévoyance professionnelle assurées auprès de l'employeur précédent étaient aussi bonnes que les nouvelles.⁵⁵² De même, il leur est interdit d'exiger des examens génétiques. Les assureurs ne sont pas non plus autorisés à se renseigner sur les résultats d'examens génétiques effectués par le passé (cf. chap. 4.1).

Les médecins adressent leurs rapports destinés à une caisse de pension au service du médecin-conseil de celle-ci.⁵⁵³

551 Art. 28 LAI.

552 Art. 14 LFLP: «La prévoyance rachetée au moyen de la prestation de sortie apportée ne peut être réduite par une nouvelle réserve pour raisons de santé. Le temps de réserve déjà écoulé dans l'ancienne institution de prévoyance doit être imputé à la nouvelle réserve. Les conditions de la nouvelle institution de prévoyance sont applicables si elles sont plus favorables à l'assuré.»

553 Art. 3 de l'Ordonnance sur le libre passage (OLP; RS 831.425). Voir également l'art. 19 de l'annexe 4 au Code de déontologie de la FMH («Directive à l'intention des médecins du travail») de 1998: «En cas de changement d'employeur, la communication de données de nature médicale (c.-à-d. les réserves existantes et leur durée) entre l'ancienne et la nouvelle institution de prévoyance ne peut se faire que par l'intermédiaire de leur service médical respectif. Le consentement de l'assuré est en outre nécessaire.»

Assurances-vie

Pour des raisons d'efficacité, l'assureur-vie confie généralement au médecin traitant de la personne concernée le soin de remplir les formulaires de rapport; mais il peut aussi demander à un médecin non impliqué dans le traitement d'effectuer l'examen médical et de rédiger un rapport.

La Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH) limite les droits d'information de l'assureur-vie dans le domaine des examens génétiques: les assurances-vie ne peuvent pas exiger, comme condition préalable à l'établissement d'un contrat d'assurance, des examens génétiques présymptomatiques ou prénataux. Pour les sommes d'assurance ne dépassant pas 400 000 francs, elles n'ont pas non plus le droit de se renseigner sur des examens génétiques effectués (cf. chap. 4.1).⁵⁵⁴

6.10 Certificats et rapports médicaux dans les procédures d'asile

Dans le domaine de l'asile, des certificats et rapports médicaux sont demandés lorsqu'il s'agit de prouver des tortures ou de déterminer s'il existe des contre-indications à un renvoi du dans le pays d'origine.

Certificats et rapports médicaux dans les procédures d'asile

Le 4 décembre 2000, à l'al. 3 de sa résolution 55/89, l'Assemblée générale de l'ONU a recommandé aux gouvernements le Protocole d'Istanbul en tant qu'instrument utile pour la lutte contre la torture. Ce manuel relatif «aux moyens d'enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants» a été rédigé dans les années nonante à l'initiative de l'Union des médecins de Turquie, de la Fondation turque des droits humains, ainsi que du groupement Physicians for Human Rights, et publié en 1999 sous le titre de «Protocole d'Istanbul».⁵⁵⁵ Une interpellation pour la reconnaissance du Protocole d'Istanbul par la Confédération dans le cadre de la procédure d'asile suisse est pendante depuis 2017.⁵⁵⁶

554 Cette limite demeure inchangée malgré la révision de la LAGH du 4 octobre 2018 (art. 43 de la LAGH révisée).

555 Site Internet humanrights.ch → FR → Droits humains internationaux → Nouvelles internationales → Campagnes / Initiatives → Appel à mettre en œuvre le protocole d'Istanbul: pour une meilleure protection des victimes de torture (mise à jour du 21 février 2016).

556 Interpellation n° 17.3193 de Balthasar Glättli du 16 mars 2017: «Reconnaissance du Protocole d'Istanbul par la Confédération».

Lorsque le requérant d'asile demande au médecin traitant de rédiger un rapport reconnaissant sa qualité de réfugié à l'intention du Secrétariat d'État aux migrations (SEM) ou de la Commission de recours en matière d'asile, le médecin doit utiliser le formulaire de rapport officiel qui peut être téléchargé sur le site Internet du SEM⁵⁵⁷.

Rapports en cas de contre-indications à un renvoi

«Depuis avril 2015, la décision concernant l'aptitude au transport de personnes détenues en vue d'un rapatriement n'appartient plus au médecin (pénitentiaire) traitant, mais au médecin qui accompagne le vol. Le médecin (pénitentiaire) doit néanmoins évaluer s'il existe des contre-indications au rapatriement. Dans la mesure où il a été délié du secret professionnel, il transmet les résultats. La liste des «Contre-indications médicales aux rapatriements sous contrainte par voie aérienne»⁵⁵⁸ est à la disposition du médecin pénitentiaire. Le document récapitule les principaux diagnostics à prendre en compte dans les transports par voie aérienne.

Le formulaire actualisé «Rapport médical dans le domaine du retour / exécution du renvoi»⁵⁵⁹ élaboré par la FMH, l'ASSM et la Conférence des médecins pénitentiaires suisses (CMPS), permet de transmettre les contre-indications constatées. Ainsi, l'indispensable séparation des rôles entre le médecin (pénitentiaire) et le médecin accompagnant est assurée.»⁵⁶⁰ Des informations complémentaires sont disponibles sur le site Internet du SEM⁵⁶¹.

557 www.sem.admin.ch → FR → Publications & services → Service → Formulaires et informations.

558 www.assm.ch/contre-indications → Contre-indications médicales aux rapatriements sous contrainte par voie aérienne.

559 www.assm.ch/contre-indications → Rapport dans le domaine du retour (formulaire).

560 www.assm.ch/contre-indications.

561 www.sem.admin.ch → FR → Publications & services → Service → Formulaires et informations.



Le médecin en tant qu'expert

7.1 Généralités concernant l'expertise médicale

Lorsqu'un médecin agit en tant qu'expert, ce n'est pas le traitement médical mais la recherche de la vérité qui se trouve au centre de son activité. Ce faisant, ce n'est pas la défense des intérêts du patient qui est au premier plan, mais la réponse aux questions posées de manière neutre, au mieux de ses capacités et au plus proche de sa conscience.

Les assurances doivent souvent faire appel au savoir d'un expert médical pour déterminer leur obligation de verser des prestations; il en va de même pour les tribunaux lorsqu'ils ont à se prononcer sur des litiges juridiques. Il s'agit là notamment de questions concernant le rapport de causalité entre un accident et une atteinte à la santé, l'incapacité de travail ou l'incapacité de gain concrète d'un patient, la détermination du degré d'atteinte à l'intégrité d'une personne⁵⁶² ou de la question de savoir si une violation du devoir de diligence a été commise et, le cas échéant, si elle est à l'origine d'une atteinte à la santé.

La personne demandant une expertise et l'expert sont liés par un contrat de mandat. L'expert doit exécuter le mandat avec soin et personnellement: ceci est important non seulement au vu des compétences professionnelles requises, mais aussi en raison d'éventuels motifs de récusation que l'une des parties pourrait invoquer à l'encontre de l'expert. Ce dernier a droit à des honoraires qui devraient être fixés d'avance. L'expert exerce lui aussi la profession de médecin et doit dès lors bénéficier d'une autorisation d'exercer lorsqu'il agit sous sa propre responsabilité.⁵⁶³ Il doit aussi disposer d'une assurance responsabilité civile professionnelle⁵⁶⁴ suffisante, car il répond d'un manque de diligence non seulement sur le plan pénal⁵⁶⁵, mais également sur le plan civil.

Les compétences nécessaires à l'examen des questions posées font qu'il est impératif, selon les circonstances, de faire appel d'emblée à un groupe d'experts provenant de différentes disciplines. Si un expert souhaite l'avis d'autres spécialistes suite à son analyse approfondie, il doit en discuter avec le mandant.

562 Atteinte importante et durable à l'intégrité corporelle, intellectuelle ou psychique.

563 «L'exercice d'une profession médicale universitaire à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité requiert une autorisation du canton sur le territoire duquel la profession médicale est exercée» (art. 34 LPMéd). Le Tribunal fédéral a confirmé que l'activité d'expert exercée sans autorisation de pratiquer est formellement illicite, cf. ATF 8C 436/2012, cons. 3.4.

564 Il convient de s'enquérir de la couverture adéquate auprès de l'assurance responsabilité civile professionnelle.

565 Art. 307 CP; art. 318 CP; ATF 6B_99/2008 du 18 mars 2008.

L'expert doit être impartial. Par conséquent, il ne peut être ni ami ni ennemi ni parent des personnes concernées par la procédure. Il ne doit pas non plus avoir été impliqué auparavant dans le litige, que ce soit comme médecin traitant ou comme expert. Le fait de connaître l'autre ne signifie pas forcément perdre son impartialité, mais peut en donner l'apparence. Quiconque connaît des raisons qui pourraient faire douter de l'impartialité d'un expert, fait bien de les exposer ouvertement avant que le mandat ne soit attribué.

L'expert se prépare à un examen ciblé de la personne concernée sur la base du dossier et en prenant suffisamment de temps à cet effet. Il informe la personne qu'il exécute un mandat non thérapeutique. On attend de l'expert qu'il examine les faits médicaux en tant que spécialiste, sans préjugés, qu'il les évalue sur la base de ses connaissances professionnelles et de son expérience et qu'il tire les conclusions qui s'imposent.

Malgré la grande responsabilité qui est la sienne, l'expert médical n'est pas un juge. Il est important qu'il s'en tienne à la terminologie médicale usuelle et n'introduise pas dans ses conclusions des notions – supposées avoir la même signification – provenant d'autres domaines, en particulier des termes spécifiquement juridiques. L'expert doit uniquement répondre à des questions de faits, et non à des questions de droit. C'est ainsi qu'il doit se prononcer sur l'incapacité de travail d'un patient, mais pas sur l'incapacité de gain ou l'invalidité de celui-ci. Il ne s'exprimera pas non plus sur la question de la causalité adéquate ou de la responsabilité subjective dans une expertise consacrée à une faute de traitement; il s'exprimera en revanche sur la causalité naturelle et sur la question de la violation du devoir de diligence du médecin. En outre, on attend de lui qu'il utilise un langage compréhensible par tous et qu'il explique si possible les termes médicaux techniques dans son expertise.

L'expertise doit être clairement structurée et indiquer les éléments sur lesquels l'expert s'appuie (documents, entretien, imagerie, examens, littérature spécialisée, etc.). La différence entre les faits et les déclarations des parties doit clairement apparaître, par exemple au moyen du discours indirect. Les répétitions devraient être évitées car, souvent, elles ne sont pas formulées de manière identique et donnent lieu à de nouvelles divergences entre les parties.⁵⁶⁶

566 Afin de garantir une assurance de qualité, la SIM propose une formation d'expert certifié sous forme de modules et attestée par un certificat.

7.2 Valeur probante des expertises médicales et appréciation de la preuve

L'expertise doit servir le règlement du cas ou du différend. De ce fait, elle doit être claire, complète et pertinente. Selon la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de droit des assurances sociales, il est décisif pour la valeur probante d'un rapport médical que les points litigieux aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne en considération les plaintes exprimées et qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse). La description du contexte médical et l'analyse de la situation médicale doivent être convaincantes et les conclusions de l'expert dûment fondées. En principe, l'origine d'un moyen de preuve n'est pas déterminante en matière de valeur probante, pas plus que le fait que l'avis déposé ou fourni sur mandat soit désigné en tant que «rapport» ou qu'«expertise».⁵⁶⁷

Les tribunaux apprécient librement les preuves. Toutefois, dans les procédures en matière d'assurances sociales, la jurisprudence du Tribunal fédéral limite le principe de la libre appréciation des preuves par l'établissement de directives en matière de preuves. Les différentes expertises médicales sont ainsi classées dans un ordre concret et leur valeur probante hiérarchisée.⁵⁶⁸

Il convient d'opérer une distinction entre expertises judiciaires, expertises externalisées en matière d'assurances, expertises internes en matière d'assurances, expertises établies à la demande des parties et rapports du médecin généraliste.⁵⁶⁹ En ce qui concerne les expertises demandées par les parties, la jurisprudence rendue en matière de droit des assurances sociales considère que le seul fait qu'une partie charge un médecin de donner son avis ne suffit pas à faire douter de la valeur probante de cette expertise.⁵⁷⁰ Cette valeur probante est toutefois réduite par rapport à celle des autres expertises (hiérarchiquement supérieures). L'expertise demandée par une partie oblige néanmoins le juge à examiner si celle-ci ébranle les avis et les conclusions exprimés sur des questions juridiques pertinentes sous l'angle juridique par l'expert désigné formellement par le tribunal ou, p. ex., par l'assureur-accidents au point de devoir s'en écarter.⁵⁷¹ En revanche, une expertise privée ne constitue pas un moyen de preuve dans une procédure civile. La jurisprudence rendue en matière de droit des assurances sociales dans l'ATF 125 V 351 ne s'applique pas au champ d'application du Code de procédure civile (CPC). Si

567 ATF 125 V 351, cons. 3a, p. 352 et la référence citée.

568 ATF 125 V 351, cons. 3b.

569 Cette énumération correspond au classement hiérarchique de la valeur probante, sur l'ensemble du sujet, cf. Marco Weiss, Beweiswürdigung medizinischer Gutachten im Sozialversicherungsrecht – kritische Anmerkungen, HAVE 2016 p. 417 ss.

570 ATF 125 V 351, cons. 3b/dd, p. 353.

571 Arrêt du Tribunal fédéral 8C_892/2014 du 23 avril 2015.

les expertises privées sont admises dans le cadre des procédures civiles, elles ne constituent toutefois pas des moyens de preuve, et sont uniquement considérées comme des allégations des parties.⁵⁷²

L'expertise extrajudiciaire de la FMH occupe une position particulière. Conformément à la pratique, et contrairement aux autres expertises privées ou demandées par les parties, celle-ci se voit reconnaître une pleine valeur probante pour autant que l'expert l'ait établie sur la base d'informations exhaustives et qu'il n'existe pas d'indices concrets plaçant en défaveur de sa fiabilité.⁵⁷³

7.3 Expertises médicales pour l'assurance sociale

Pour déterminer si une personne a droit à des prestations de l'assurance sociale, par exemple de l'assurance-invalidité (AI), l'assurance sociale concernée doit obtenir les informations nécessaires.

Les assurances sociales se chargent d'office d'éclaircir les faits pertinents. Si nécessaire, l'assuré est tenu de se soumettre à des examens ou à une expertise. S'il ne le fait pas, l'assureur peut prendre une décision sur la base du dossier ou stopper son enquête et prononcer une non-entrée en matière.

Lorsqu'une expertise est nécessaire, l'assureur communique le nom de l'expert à l'assuré. Celui-ci peut refuser l'expert pour des raisons valables et faire des contre-propositions de remplacement. L'une des tâches principales de l'expert consiste à répondre à des questions concernant la causalité. L'exemple ci-après, relevant de l'assurance-accidents, permet de comprendre ce que l'on entend par causalité: l'assureur s'enquiert tout d'abord de savoir s'il y a un dommage – et si ce dommage est la conséquence naturelle d'un accident (causalité naturelle); il s'agit de déterminer si, sans cet accident, le dommage ne serait pas survenu, ou n'aurait pas eu lieu de la même manière ou au même moment.⁵⁷⁴

En matière d'appréciation de la causalité naturelle par l'expert, le degré de preuve appliqué dans le droit des assurances sociales est celui de la vraisemblance prépondérante.⁵⁷⁵ Lorsqu'on doit trancher entre deux ou plusieurs possibilités, l'état de fait vraisemblablement prépondérant est attribué à celui le plus susceptible de s'être produit. Selon la définition littérale du Tribunal fédéral, une preuve est

572 ATF 141 III 433, p. 435; cf. chap. 6.4.

573 Arrêt du Tribunal fédéral 4P133/1993 du 29 septembre 1993, cons. 2a. Au final, la reconnaissance et l'appréciation de l'expertise FMH en tant que moyen de preuve dépendent du juge concerné.

574 Ulrich Meyer, Die Zusammenarbeit von Richter und Arzt in der Sozialversicherung, BMS 26/1990; p. 1090 à 1094.

575 Dans le procès en responsabilité contre le médecin, le degré de preuve de la vraisemblance prépondérante est aussi applicable à la causalité naturelle entre la violation (établie) du devoir de diligence et le dommage allégué. Cf. Regina E. Aebi-Müller, Die Dokumentationspflicht des Arztes, Haftpflichtprozess 2016, p. 33 ss, avec d'autres références.

considérée comme établie selon le critère de la vraisemblance prépondérante lorsque, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident en faveur de son exactitude, sans que d'autres possibilités n'entrent raisonnablement en considération.⁵⁷⁶

En sus, l'assurance-accidents exige un rapport de causalité adéquate pour verser ses prestations. Il faut donc examiner si le dommage n'est pas survenu seulement dans le cas examiné, mais s'il se serait aussi produit selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie. Toutefois, le rapport de causalité adéquate est une question juridique et constitue une notion qui ne doit pas être utilisée dans les explications fournies par le médecin.

Par souci d'exhaustivité et afin d'en améliorer l'intelligibilité et la transparence, les expertises médicales destinées aux assurances doivent être structurées conformément aux directives élaborées par les sociétés de discipline médicale⁵⁷⁷ et aux standards arrêtés par le Tribunal fédéral.⁵⁷⁸

Dans les cas complexes, l'AI peut recourir aux services de centres d'observation médicale externes (COMAI). Seuls les centres d'expertises médicales liés à l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) par une convention sont habilités à établir des expertises pluridisciplinaires à l'intention des offices de l'AI.⁵⁷⁹ Afin de promouvoir une plus grande indépendance et de limiter la liberté de choix des offices AI⁵⁸⁰, il est exigé en outre, pour les expertises pluridisciplinaires, une attribution aléatoire du mandat d'expertise aux COMAI par le biais de la plateforme électronique «SuisseMED@P».⁵⁸¹ Les expertises mono- ou bidisciplinaires peuvent, comme par le passé, être attribuées aux COMAI ou à d'autres experts sans passer par «SuisseMED@P».⁵⁸²

576 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_397/2008 du 23 septembre 2008: dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré qu'une vraisemblance de 51 % seulement ne suffisait pas à fonder une «vraisemblance prépondérante». Il n'a toutefois pas indiqué le pourcentage à partir duquel cette dernière devrait être admise.

577 Voir p. ex. les Lignes directrices pour l'expertise orthopédique de swiss orthopaedics. ATF 141 V 281.

578 Voir les exigences liées à l'expertise médicale conformément à l'ATF 141 V 281.

579 Art. 72^{bis} al. 1 Règlement sur l'assurance-invalidité (RAI).

580 Voir l'arrêt de principe ATF 137 V 210.

581 Art. 72^{bis} al. 2 RAI.

582 Cf. Gabriela Riemer-Kafka, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 6^e édition, 2018, p. 318 s.



Sommer, Sonne,
Einkaufen

10.7.
- 4.10.15
SEPIK -
KUNST
AUS
PAPUA
NEU
GUINEA

Droits d'information du patient et responsabilité du médecin

8.1 Droit du patient de consulter et de copier son dossier médical

La Loi fédérale sur la protection des données (LPD)⁵⁸³ règle les droits d'accès et de copie du patient en ce qui concerne ses dossiers dans les cabinets médicaux et dans les cliniques privées. En principe, le patient est en droit d'obtenir une copie gratuite de l'intégralité de son dossier médical. Il peut être dérogé à ce principe dans les institutions publiques.

Droit du patient de consulter et de copier son dossier médical dans les cabinets médicaux et les cliniques privées

Le patient a en principe le droit de consulter l'intégralité de son dossier médical et d'en obtenir une copie gratuite.⁵⁸⁴ Ce principe est toutefois soumis aux exceptions suivantes:

- Le médecin est tenu de dissimuler, dans la copie, les informations dont la confidentialité se fonde sur un intérêt privé ou public prépondérant. En font partie les informations fournies par des tiers, notamment par les proches du patient, tant que ceux-ci n'ont pas consenti à ce que le patient les reçoive. En principe, le patient peut aussi exiger que lui soient remis les rapports de sortie et de transfert, car ils font partie intégrante du dossier médical (DM) qu'il a reçu. Il est toutefois judicieux d'inviter le patient à se procurer de tels rapports directement auprès du médecin qui en est l'auteur.
- Les notes purement privées du médecin dont la teneur n'a aucun rapport avec le traitement médical du patient et qui ne font donc pas partie du dossier médical.

583 La révision de la Loi sur la protection des données sera vraisemblablement terminée dans le courant de l'année 2020. Dans le texte qui suit, il sera à chaque fois fait référence au droit actuel ainsi qu'aux dispositions du nouveau droit, telles qu'elles apparaissent dans le projet de révision (cité «projet LPD»).

584 Art. 8 LPD, art. 23 projet LPD.

Conformément à la LPD, le patient n'a pas de droit à se voir remettre l'original du dossier, mais uniquement une copie. Ainsi, le fait de savoir si un médecin peut remettre au patient le DM original contre accusé de réception relève davantage de la question rhétorique, mais il doit s'assurer que l'éventuelle remise de l'original ne viole pas des informations confidentielles relatives à des tiers (voir ci-dessus). Si le médecin veut remettre au patient le DM original, il lui est conseillé d'en conserver une copie pour lui, car le médecin ou l'hôpital demeurent responsables d'éventuelles fautes médicales et supportent en outre le fardeau de la preuve du consentement du patient aux traitements. Par ailleurs, il est recommandé, dans un tel cas, d'obtenir du patient une confirmation écrite de la remise du dossier afin de pouvoir prouver, en cas de litige, que l'obligation de conserver le dossier a été respectée.

La LPD prévoit que les copies sont en principe gratuites. Le médecin indépendant ou exerçant dans une clinique privée ne peut exiger de participation aux frais que si «la communication des renseignements demandés occasionne un volume de travail considérable» ou si le patient a déjà demandé la copie des mêmes données durant les 12 mois précédents.⁵⁸⁵ Par ailleurs, dans ce cas, le médecin doit préalablement informer le patient du montant qu'il entend exiger.

Les copies d'examens radiologiques, en revanche, sont coûteuses. C'est pourquoi les recommandations standard, notamment celles des assureurs en responsabilité civile, conseillent de remettre au patient l'original, accompagné d'un répertoire, contre accusé de réception. Les informations relatives aux examens radiologiques sont de plus en plus souvent conservées sous forme numérique, ce qui permet de procurer au patient qui le souhaite un support de données.

Droit du patient de consulter et de copier son dossier médical dans les hôpitaux et les maisons de retraite publics

Les cantons sont libres de régler eux-mêmes les questions relatives à la consultation et à la copie des DM dans les hôpitaux et les maisons de retraite publics. C'est ainsi que plusieurs lois cantonales sur les hôpitaux exigent dans tous les cas le paiement d'un émolument pour la copie du dossier, et pas uniquement si une telle copie exige un volume de travail considérable.

En revanche, les droits de consultation et de copie ne sauraient être fondamentalement différents dans les hôpitaux et les maisons de retraite publics, car la Constitution fédérale révisée de 1999 prévoit pour toute la Suisse le principe de l'autodétermination en matière d'information.⁵⁸⁶ Ce principe exige la transparence pour les citoyens et les citoyennes.

585 Art. 2 de l'Ordonnance relative à la Loi fédérale sur la protection des données (OLPD).

586 Art. 13 Cst.

Droit de consulter et de copier les DM de patients décédés

Les tiers ont, selon le projet de révision de la LPD, le droit de consulter le DM d'une personne décédée pour autant qu'ils fassent valoir un intérêt digne de protection, ou si la personne réclamant la consultation est parente en ligne directe avec le défunt, était mariée avec lui (ou était son partenaire enregistré), faisait ménage commun avec lui ou est son exécuteur testamentaire. Il faut pour cela que la personne décédée ne se soit pas expressément opposée à une telle consultation, qui ne doit être contraire ni à un besoin de protection particulier du défunt, ni aux intérêts de tiers.⁵⁸⁷ Le Tribunal fédéral a clairement jugé que le secret médical ne prend pas fin au décès du patient et qu'il faut donc considérer que les proches et les héritiers du défunt n'ont aucun droit aux informations figurant dans le dossier médical, car un accord tacite du patient dans ce sens ne saurait être présumé à la légère. Ce n'est que si la volonté du défunt de renoncer à la confidentialité est clairement exprimée qu'il est possible d'en assouplir la protection.⁵⁸⁸ Si le médecin n'est pas sûr du fait que les intérêts en présence autorisent la consultation du DM, il doit alors invoquer le secret professionnel. Ce peut être le cas lorsque, en raison de diagnostics médicaux spéciaux, il doit partir de l'idée ou même savoir que la personne décédée n'a pas voulu en informer ses proches. L'autorité compétente statue sur la demande de consultation lorsqu'elle en est saisie par le médecin ou par un tiers (voir également chap. 3.7).⁵⁸⁹

8.2 Responsabilité du médecin en droit civil et en droit pénal

Le médecin est tenu de traiter son patient conformément aux règles de l'art médical. Il doit agir avec diligence mais ne garantit pas le succès du traitement ni l'atteinte d'un certain résultat.

Droit civil: la question de la violation du devoir de diligence

En procédure civile, le patient demande à être indemnisé pour le dommage qu'il a subi. Pour que la responsabilité civile d'un médecin soit engagée et que le patient soit dédommagé, trois conditions doivent être réunies:

- Le médecin a violé son devoir de diligence;
- Le patient a subi un dommage;
- Il existe un lien de causalité entre la violation du devoir de diligence et le dommage.

587 Art. 16 Projet LPD.

588 Arrêt du Tribunal fédéral (2C_37/2018) du 15 août 2018, cons. 6.2.3 ss.

589 Art. 16 LPD; art. 16 projet LPD; art. 321 CP.

Pour que le patient puisse être indemnisé, le dommage à la santé doit avoir eu des conséquences financières, ou pouvoir être traduit en données pécuniaires (tort moral).

La question de la violation du devoir de diligence est centrale dans le cadre de la procédure civile. Concrètement, le médecin peut violer son devoir de diligence, soit en ne respectant pas les règles de l'art médical, soit en ne recueillant pas le consentement éclairé du patient à l'acte médical. Selon la jurisprudence, les règles de l'art sont les «principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens».⁵⁹⁰ Ainsi, l'acte médical doit être défendable au regard de l'état général de la science médicale. Le médecin répond de toute violation des règles de l'art; sa responsabilité n'est pas limitée aux violations graves.

Exemples de violation du devoir de diligence:

- Une mesure est prise en l'absence de toute indication;
- Une mesure indiquée n'est pas proposée, est exécutée de manière incorrecte ou tardivement;
- Un patient est mal informé ou ne l'est pas du tout.

En revanche, une simple complication ne constitue pas une violation des règles de l'art, et ce même si elle a des conséquences graves. Il s'agit alors d'un aléa thérapeutique. Tel est le cas par exemple d'une infection, dans la mesure bien sûr où toutes les précautions ont été prises pour l'éviter.

Le devoir de diligence inclut la connaissance de ses propres compétences et donc de ses limites. Le médecin doit savoir quand il doit adresser son patient à un confrère ou à un autre hôpital pour des investigations ou traitements complémentaires. S'il outrepassé ses propres compétences professionnelles et accepte un mandat qu'il n'est pas en mesure d'accomplir avec la compétence requise, l'acceptation de ce mandat est fautive («Übernahmeverschulden»). Le médecin répond également des fautes commises par les membres de son personnel (auxiliaires – cf. ci-dessous). Il est tenu de donner à ces derniers les instructions et moyens nécessaires pour qu'ils puissent exécuter leur travail de manière correcte.

Une éventuelle violation du devoir de diligence est toujours examinée en regard des circonstances concrètes du cas particulier: Il faut se replacer dans la situation du médecin au moment des faits et déterminer si, à ce moment-là, il a pris une décision défendable compte tenu des informations et des possibilités diagnostiques et thérapeutiques dont il disposait. La diligence dont il devait faire preuve ne saurait donc être appréciée en tenant compte de ce qui apparaît rétrospectivement comme étant préférable. La médecine n'étant pas une science exacte, son exercice est toujours assorti de risques. Dès lors, le médecin ne répond pas

de chaque risque lié à l'acte médical ou à la maladie. Par ailleurs, si, en matière de diagnostic ou de traitement, le médecin a le choix entre plusieurs possibilités médicalement reconnues, il lui appartient de choisir celle qui est la plus appropriée à la situation.

Il incombe au patient de prouver la violation du devoir de diligence (pour ce faire, il aura souvent recours à une expertise médicale, cf. chap. 7). Par contre, la preuve du fait que le patient a été correctement informé et a consenti au traitement incombe au médecin. Si ce dernier ne peut pas apporter cette preuve, il répond des complications du traitement même s'il a agi avec diligence; le médecin peut toutefois échapper à cette responsabilité s'il parvient à établir que le patient aurait consenti à l'intervention concernée même s'il avait été informé de manière appropriée (consentement hypothétique). Une information complète et bien documentée est donc indispensable (cf. chap. 3.2).

Lorsqu'un patient présume que son médecin a commis une faute diagnostique ou thérapeutique, il est essentiel que le médecin privilégie une bonne communication. Concrètement, le service juridique de la FMH recommande de rédiger immédiatement un aide-mémoire sur le déroulement du traitement concerné, afin de consigner l'état de fait.⁵⁹¹

Dans le cadre des discussions à la suite d'un incident, le médecin fournit au patient des explications sur le déroulement du traitement, mais il n'a pas à apprécier ses agissements ou leurs conséquences. Les polices d'assurances de responsabilité civile interdisent en général toute reconnaissance d'une faute, hormis les cas absolument clairs. Le médecin n'a pas le droit de donner des indications inexactes ou trompeuses sur les faits. Il n'est pas autorisé à modifier ultérieurement le dossier médical, à en supprimer certains documents ou à n'en communiquer qu'une partie au patient. Si le patient le demande, le médecin doit lui fournir gratuitement une copie du dossier médical complet car cette information lui est indispensable pour rechercher l'origine d'une éventuelle faute professionnelle. Dès qu'il apparaît que le patient reproche un manquement au médecin, ce dernier doit en informer son assurance de responsabilité civile, même s'il considère avoir agi avec la diligence requise. À cette fin, il doit être délié du secret médical.⁵⁹² L'annonce d'un sinistre à son assurance de responsabilité civile n'équivaut pas à une reconnaissance de faute professionnelle par le médecin.

591 Cf. la brochure conjointe de la FMH, IASA, H+, l'OSP et autres associations «Communication entre médecin et patient – recommandation en cas d'incident médical», disponible sur le site Internet de la FMH.

592 Au mieux, le médecin sera délié du secret médical par le patient. Si cela n'est pas possible, il s'adressera à l'autorité de levée du secret prévue par l'art. 321 ch. 2 du Code pénal.

Le cas échéant, le médecin peut indiquer au patient un confrère à qui il peut s'adresser s'il désire d'autres conseils ou un second avis. Dans certaines régions, il existe des organisations de patients à même de procéder aux premiers éclaircissements.

Si les soupçons du patient se confirment, celui-ci recherchera dans un premier temps – et en général avec l'aide d'un avocat spécialisé – une solution d'entente avec l'assurance responsabilité civile du médecin ou de l'hôpital. Les cas absolument clairs peuvent être résolus rapidement alors que ceux qui ne le sont pas nécessiteront une expertise médicale.

Délégation d'actes médicaux

Les médecins délèguent au quotidien de nombreux actes médicaux à des tiers, tels que les prises de sang, l'administration des médicaments ou la prise de radiographies. Lorsqu'un acte médical ayant été délégué est effectué de manière inappropriée se pose la question de savoir dans quelle mesure le médecin engage sa responsabilité civile. Il y a lieu de distinguer deux cas de figure. Si le tiers a agi en tant qu'auxiliaire du médecin, son comportement est directement imputé au médecin, comme s'il avait agi lui-même.⁵⁹³ Si le tiers a agi en tant que substitut du médecin, ce dernier ne répond que du soin avec lequel il a choisi et instruit le tiers.⁵⁹⁴ En pratique, la distinction entre le substitut et l'auxiliaire n'est pas toujours aisée. La jurisprudence et la doctrine admettent qu'il y a substitution lorsque le tiers est appelé pour répondre à un besoin spécifique du patient et qu'il y a recours à un auxiliaire lorsque le tiers est intégré à l'organisation ordinaire du médecin.⁵⁹⁵

Dans les établissements soumis au droit public, cette distinction n'a pas lieu d'être car l'institution ou le canton répond de manière exclusive pour les actes de ses employés.

Bureau d'expertises de la FMH

La FMH dirige un Bureau d'expertises extrajudiciaires qui organise, à certaines conditions, une expertise médicale visant à déterminer s'il y a eu violation du devoir de diligence. L'expert est proposé (ou à tout le moins confirmé) par la société de discipline médicale concernée puis accepté par les parties. Il rédige son expertise sur la base d'un schéma et le projet d'expertise est contrôlé par un/e avocat/e du Service juridique afin de vérifier que l'expertise est claire, complète et concluante. La procédure est règlementée et transparente.⁵⁹⁶ Les expertises extrajudiciaires de la FMH sont en principe bien acceptées par les tribunaux, bien qu'une expertise judiciaire ultérieure ne puisse jamais être exclue en cas de procédure.

593 Art. 101 du Code des obligations.

594 Art. 399 al. 2 du Code des obligations.

595 Avis de droit de Sabrina Burgat: «La responsabilité médicale au regard de la collaboration entre les professionnels de la santé», août 2015.

596 www.fmh.ch → FR → Prestations → Droit → Bureau d'expertises extrajudiciaires de la FMH.

La FMH ne jouit toutefois pas d'un monopole en la matière; les parties sont libres de procéder à une expertise extrajudiciaire privée en cherchant et mandant elles-mêmes un expert. Il est alors conseillé de convenir d'un devis avec le mandant.

Assurance responsabilité civile pour les médecins indépendants

La Loi sur les professions médicales oblige les médecins à conclure une assurance responsabilité civile professionnelle offrant une couverture adaptée à la nature et à l'étendue des risques liés à leur activité.⁵⁹⁷ Le Code de déontologie de la FMH exige lui aussi une assurance suffisante contre les prétentions découlant de la responsabilité professionnelle.⁵⁹⁸ Ainsi, tout médecin exerçant sans assurance responsabilité civile contrevient à ses obligations professionnelles, risque d'être exposé à des frais importants en cas de violation avérée de son devoir de diligence et, en cas d'insolvabilité de sa part, réduit à néant les chances d'indemnisation du patient lésé.

En principe, sont assurés tous les risques qui ne sont pas expressément exclus par les conditions générales de la police d'assurance. Il convient en particulier de veiller à ce que le montant assuré soit suffisant, à ce que la couverture ne soit pas lacunaire en cas de changement d'assurance et à ce que les risques subséquents soient couverts en cas de cessation d'activité. Le délai de prescription absolu en cas de dommages corporels et de décès ayant été porté à 20 ans dès 1er janvier 2020, la FMH recommande de conclure des polices d'assurances prévoyant une couverture subséquente encore durant les 20 ans suivant la cessation d'activité.⁵⁹⁹ Une vérification de la couverture d'assurance et la conclusion d'un complément à l'assurance s'impose en cas d'élargissement du champ d'activités ou d'engagement de médecins assistants. À noter que les remplaçants intervenant dans le cabinet du médecin assuré (par exemple en cas de vacances ou de maladie) sont en principe couverts par la police de base. Il est nécessaire d'adapter la police d'assurance à l'activité médicale effective, mais la pratique montre que la somme d'assurance est souvent trop basse.⁶⁰⁰

597 Art. 40 let. h LPMéd.

598 Art. 35 du Code de déontologie de la FMH.

599 «Nouveau droit de la prescription», Ursina Pally Hofmann, BMS 2018;99 (51/52), p. 1825.

600 Cf. à ce sujet l'article de Max Giger et Reinhard Kunz «Les polices et les conventions sont-elles adaptées aux exigences actuelles?», BMS 2011; 92:20, p. 741 à 743. En pratique, une couverture de 5 à 10 millions de francs est actuellement recommandée.

L'assurance responsabilité civile joue un double rôle. D'une part, elle couvre les prétentions fondées en dommages-intérêts et en tort moral; d'autre part, elle permet de se défendre contre les prétentions infondées et de les écarter. Dès lors, l'assureur de responsabilité civile doit être informé dès que possible des prétentions en dommages-intérêts que font valoir les patients; le contrat d'assurance prévoit d'ailleurs généralement une obligation de déclaration correspondante qu'il y a lieu de respecter, sous peine de se voir dénier toute couverture.

Droit pénal: la question de la responsabilité personnelle

Une procédure pénale vise à déterminer si le prévenu a commis une infraction réprimée par le Code pénal. Dans le cadre de l'exercice de la médecine, les infractions les plus souvent concernées – et poursuivies d'office – sont l'homicide et les lésions corporelles graves. Les lésions corporelles simples quant à elles sont poursuivies sur plainte du patient, de même que la violation du secret professionnel. Les procédures pénales sont peu utilisées en matière médicale, car l'intérêt qu'elles présentent pour les patients concernés ou les parents survivants est limité. En effet, la procédure pénale est dirigée par le ministère public et les patients n'ont donc qu'une influence restreinte sur son déroulement. Par ailleurs, les patients cherchent en général davantage à obtenir des dommages-intérêts pour le traitement inapproprié que la condamnation du médecin par le juge pénal.

Pour le médecin concerné, la procédure pénale est lourde et il lui est conseillé, afin de sauvegarder ses intérêts, de mandater un avocat. Il en va de même pour le médecin hospitalier, même si l'hôpital fait lui-même appel à un avocat externe. En effet, les intérêts du médecin et ceux de l'hôpital peuvent diverger.

8.3 Le patient mécontent

Parfois, un patient est mécontent du déroulement de son traitement ou estime la facture y afférente trop élevée voire injustifiée. Lui-même et/ou le médecin peuvent alors – en fonction de leurs besoins – s'adresser à différentes organisations, chacune ayant un domaine de compétence spécifique.

Sociétés cantonales de médecine

La plupart des sociétés cantonales de médecine ont un ombudsman jouant le rôle de médiateur lors de difficultés dans la relation entre le médecin et son patient.

Par ailleurs, chacune d'elles, ainsi que l'Association suisse des médecins-assistant(e)s et chef(fe)s de clinique (ASMAC) et l'Association des Médecins Dirigeants d'Hôpitaux de Suisse (AMDHS), disposent d'une commission de déontologie. Le

patient peut s'adresser à cette commission – qui dépend de l'affiliation de base du médecin concerné – quand il présume un manquement au Code de déontologie de la FMH. Il convient toutefois de relever que le patient a uniquement la qualité de dénonciateur et non celle de partie, sauf lorsque l'objet de la procédure est la violation du respect de la dignité humaine ou l'abus d'un état de dépendance lié à l'activité médicale.⁶⁰¹

Autorités sanitaires cantonales

Les patients peuvent également adresser leurs réclamations aux différents services de la direction de la santé publique, notamment au médecin cantonal. Selon les cantons, il existe des commissions spéciales de conciliation ou de surveillance auxquelles la direction de la santé publique renverra les mécontents. Ces instances peuvent infliger des sanctions disciplinaires voire pénales aux médecins qui ont violé la législation sanitaire cantonale.

Autorité pénale

En cas d'infractions graves, par exemple de violation des règles de l'art, de violation grossière du secret médical ou d'abus sexuels, le patient est amené à se demander s'il convient de déposer une plainte pénale. Le patient concerné peut alors se constituer partie civile dans le cadre de cette procédure, mais son influence sur la procédure reste limitée car il est davantage l'objet que le sujet du procès pénal. Les professionnels expérimentés conseillent souvent aux patients d'agir plutôt auprès du tribunal civil, de l'autorité sanitaire cantonale ou de la commission de déontologie.

Autorités de poursuite

Le patient refuse parfois de payer la note d'honoraires du médecin parce qu'il n'est pas satisfait des résultats du traitement ou de son déroulement; il arrive aussi qu'il ne soit pas en mesure de la payer en raison de son insolvabilité. Juridiquement, le médecin n'étant pas tenu à une obligation de résultat, le patient doit payer les honoraires même si le traitement n'atteint pas les résultats escomptés. Il en va de même si des divergences d'opinion opposent le patient à son médecin.

Le médecin est certes habilité à engager une poursuite contre le patient ou à saisir le juge civil à son encontre⁶⁰², auquel cas il devra impérativement se faire délier du secret professionnel auparavant. Néanmoins, si les tentatives de discussion avec le patient demeurent infructueuses, il est préférable de s'adresser dans un premier temps à l'ombudsman de la société cantonale de médecine.

601 Art. 45 CoD.

602 En cas de faillite du patient, le médecin ne bénéficie pas d'un rang de créancier préférentiel. Sa créance apparaîtra donc au troisième rang (Art. 219 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite).

Il peut également arriver que le patient ne paie pas la note d'honoraires, alors même qu'il a été remboursé par son assurance-maladie (système du tiers garant). Dans un tel cas, le médecin ne peut pas prétendre au versement de ses honoraires par l'assurance-maladie car il n'a pas de lien contractuel avec cette dernière. Il se voit alors obligé de poursuivre le patient pour le montant de ses honoraires impayés, toujours en prenant soin de se faire délier du secret professionnel auparavant.



Médecin salarié et médecin employeur

9.1 Le médecin employé par un hôpital ou dans un cabinet

Le médecin qui accepte un emploi auprès d'un hôpital ou dans un cabinet doit s'intégrer au sein de la structure concernée. Il bénéficie, en contrepartie, de la protection sociale dont jouissent les employés et n'a pas à conclure une assurance responsabilité civile professionnelle, pour autant qu'il ne traite pas de patients en son nom propre et pour son propre compte.

Intégration au sein de l'entreprise

En sa qualité d'employeur et de fournisseur de prestations au sens du droit des assurances sociales, l'hôpital est responsable tant vis-à-vis de ses partenaires contractuels⁶⁰³ (patients, fournisseurs, etc.) que vis-à-vis des tiers⁶⁰⁴, et plus particulièrement de la famille du patient. Il répond de l'organisation efficace et sûre de l'entreprise, notamment de la diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance de ses employés. Cela signifie que:

- Quiconque travaille à l'hôpital en tant que médecin-assistant ou chef de clinique doit accepter d'être subordonné, tant sur le plan professionnel que sur le plan organisationnel, à un supérieur hiérarchique. À cet égard, l'employeur a une obligation d'assistance envers l'employé. Les médecins-assistants et les chefs de clinique sont soumis à la Loi sur le travail, notamment en ce qui concerne la durée maximale du temps travail.
- S'il est vrai que le médecin dirigeant et le médecin-chef travaillent sans être liés par des instructions sur le plan professionnel, ils sont en revanche, eux aussi, subordonnés à l'entreprise sur le plan organisationnel.

Responsabilité de l'entreprise du fait de ses employés sous l'angle du droit civil

L'entreprise, c'est-à-dire l'hôpital ou le cabinet de groupe constitués sous la forme juridique de personnes morales, répond au premier chef des dommages-intérêts ou de la réparation du tort moral si les collaborateurs viennent à commettre une erreur thérapeutique. En cas de faute grave et dans certaines circonstances, l'employeur se retournera néanmoins contre le travailleur fautif à hauteur du dom-

603 Art. 101 CO, Responsabilité pour des auxiliaires.

604 Art. 55 CO, Responsabilité de l'employeur.

mage qu'elle a indemnisé. Il est toutefois important que le médecin salarié veille à ce que la direction de l'entreprise traite les cas de responsabilité de manière compétente et constructive. En effet, si des dommages-intérêts sont versés sans motif, la réputation professionnelle du médecin salarié en pâtit inutilement. À l'inverse, si le versement de dommages-intérêts est refusé en dépit d'une faute thérapeutique avérée et du dommage qui en résulte, le médecin s'expose à un retour de manivelle sous forme de plainte pénale déposée par le patient contrarié.

Responsabilité pénale personnelle pour les fautes propres

Le droit pénal est régi par le principe selon lequel chacun répond de ses propres fautes. Dans un tel cas, le médecin salarié doit mandater son propre avocat. La FMH est d'avis que l'hôpital devrait prendre à sa charge une partie au moins des honoraires d'avocat. L'ASMAC offre en outre la possibilité d'adhérer à une assurance collective de protection juridique qui couvre entre autres les frais de défense pénale.

Responsabilité disciplinaire et administrative dans les hôpitaux publics

Les hôpitaux publics font partie de la collectivité. En cas d'irrégularité ou de faute, il peut s'avérer judicieux que le canton ou la commune, en leur qualité de propriétaires, ouvrent une enquête disciplinaire ou administrative contre les collaborateurs et/ou l'établissement afin de déterminer s'il y a eu violation d'une obligation de comportement ou dysfonctionnement.

Responsabilité déontologique de tous les membres de la FMH

Le Code de déontologie de la FMH s'applique également aux médecins salariés (voir chap. 2.4). Il exige que le patient sache à qui il confie le mandat thérapeutique: est-il le patient stationnaire de l'hôpital ou de la polyclinique? Ou conclut-il le mandat thérapeutique avec le médecin dans le cadre de ses consultations de médecin dirigeant? C'est pourquoi, les médecins salariés doivent, eux aussi, surtout s'ils occupent la fonction de médecin-chef, s'employer à ce que les inscriptions dans l'annuaire téléphonique, les panneaux d'information de l'hôpital, les adresses des cliniques et des locaux, ainsi que les indications figurant sur les factures adressées aux patients concordent.

Le Code de déontologie exige par ailleurs que la continuité du traitement soit aussi assurée, dans la mesure du possible, par les médecins salariés.⁶⁰⁵

605 Art. 9 du Code de déontologie de la FMH.

Assurances sociales et impôts

Tout salarié bénéficie automatiquement de la couverture d'une série d'assurances sociales, parmi lesquelles l'assurance-vieillesse et survivants, la prévoyance professionnelle, l'assurance-accidents (professionnelle) et l'assurance-chômage. En outre, le salarié a droit à son salaire pendant une durée déterminée en cas d'incapacité de travail et d'absence pour formation continue, service militaire, etc.

L'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie étant facultative en Suisse, il est judicieux de demander, lors de l'entretien d'embauche, si l'employeur conclut une telle assurance pour ses employés. S'il prend lui-même en charge le risque de continuation du paiement du salaire, ses obligations en la matière ne durent que quelques semaines en droit privé, alors que les assurances d'indemnités journalières prennent en charge l'incapacité de travail pendant une durée plus longue (normalement jusqu'à 720 jours), afin de couvrir le risque financier d'une incapacité de gain jusqu'au versement éventuel d'une rente AI. Dans les hôpitaux publics, les cantons peuvent prévoir que l'hôpital prenne à sa charge une incapacité de travail plus longue même en l'absence d'assurance d'indemnités journalières.

Le salarié dispose d'une marge de manœuvre réduite en matière de planification fiscale: il ne peut en principe déduire ni véhicule d'entreprise ni repas professionnels de ses impôts, s'acquitte de ces derniers à son lieu de domicile, et n'a pas la possibilité de compenser d'une année à l'autre la charge fiscale grevant son revenu avec des investissements professionnels échelonnés et un amortissement bien pensé du goodwill. L'employeur peut toutefois négocier avec l'autorité fiscale des règlements forfaitaires qui accordent une certaine marge de manœuvre, notamment aux cadres. Depuis 2016, les frais de formation postgraduée financés par l'intéressé lui-même sont déductibles. «Au niveau de la Confédération, le montant maximal déductible s'élève à 12 000 francs par période fiscale. Les cantons sont libres de fixer leur propre limite supérieure pour les impôts cantonaux. La nouvelle déduction ne s'applique pas seulement comme jusqu'à présent aux frais de perfectionnement, mais est valable pour tous les frais de formation et de reconversion professionnelle.»⁶⁰⁶

Droit pénal de la corruption dans les hôpitaux ou les maisons de retraite

Dans les établissements publics s'applique le droit pénal de la corruption révisé figurant dans le Code pénal: un fonctionnaire se rend coupable de corruption s'il exige, se fait promettre ou accepte «un avantage indû» en sa faveur ou en la faveur d'un tiers, «pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir

⁶⁰⁶ Communiqué «La modification de la déduction fiscale des frais de formation et de perfectionnement est valable à partir de 2016», www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-52679.html

d'appréciation». ⁶⁰⁷ Enfin, en ce qui concerne les médecins indépendants travaillant en clinique privée, les dispositions de la LCD relatives à la corruption privée peuvent s'avérer pertinentes.

C'est pourquoi, dans les hôpitaux publics et dans les maisons de retraite, les contrats de recherche et le sponsoring par l'industrie de l'organisation et de la participation à des congrès doivent souvent être publiés en interne, voire, selon les règlements, être approuvés par un comité. Les mêmes règles s'appliquent aux médecins indépendants ou aux médecins EMS d'établissements privés lorsqu'ils codirigent la politique d'achat des médicaments de l'établissement. ⁶⁰⁸

Systèmes d'incitation fondés sur le volume de prestations

Depuis l'introduction du nouveau financement hospitalier, la prolifération des systèmes d'incitation fondés sur le volume de prestations a augmenté dans les hôpitaux suisses. La FMH s'oppose à de tels systèmes car ils poussent les médecins à traiter inutilement des patients. ⁶⁰⁹ Selon la FMH, le Serment suisse des médecins, élaboré par différents groupes de médecins, doit protéger les patients contre les mauvaises incitations économiques tels que les bonus dépendant du volume de prestations ou les plafonds budgétaires. En 2017, un groupe d'experts mandatés par le Conseil fédéral a proposé, dans son rapport, que les cantons suppriment les hôpitaux disposant de tels instruments de leurs listes hospitalières. Le projet mis en consultation par le Conseil fédéral le 14 septembre 2018 ⁶¹⁰ n'a pas repris cette proposition. Le Conseil d'État zurichois veut en revanche interdire les bonus fondés sur le volume de prestations dans sa Loi sur les hôpitaux. ⁶¹¹

607 Art. 322^{ter} CP.

608 Art. 4a al. 1 let. b LCD; voir également l'arrêt du Tribunal fédéral (2C_269/2011) du 22 septembre 2011.

609 Beatrix Meyer, Bonus – la position de la FMH, BMS 2013;94: 51/52, p. 1935 à 1937.

610 www.ofsp.admin.ch → Assurances → Assurance-maladie → Projets de révision en cours → 1^{er} volet de mesures visant à maîtriser les coûts.

611 Jan Hudec in NZZ du 22 mars 2019: Le directeur de la santé veut tenir en laisse les hôpitaux zurichois afin de lutter contre l'offre excédentaire. Fixation du nombre d'opérations, interdiction des bonus pour les médecins et amendes plus élevées: le Conseil d'État zurichois veut renforcer drastiquement la Loi sur les hôpitaux.

9.2 Le médecin indépendant: ouverture, reprise et fermeture de cabinet

Une autorisation cantonale de pratiquer (droit de pratique) est indispensable pour ouvrir ou reprendre un cabinet médical et y pratiquer la médecine. Les conditions de reprise doivent être fixées contractuellement entre les médecins, y compris la manière dont les dossiers médicaux (DM) seront traités. Le médecin doit en outre obtenir du canton une admission de pratique (admission à facturer) à charge de l'assurance obligatoire des soins (AOS) s'il veut pouvoir facturer ses prestations à l'assurance de base.

Autorisation de pratiquer

L'exploitation d'un cabinet médical nécessite une autorisation de pratiquer (AP). Cette autorisation de police sanitaire est aussi qualifiée, dans le langage courant, d'«autorisation d'exercer» ou de «droit de pratique». Délivrée par l'autorité sanitaire cantonale, elle habilite le médecin à pratiquer sa profession à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité professionnelle. Les conditions d'obtention de cette autorisation de pratiquer figurent dans la Loi sur les professions médicales (LPMéd)⁶¹², dont l'exécution relève des cantons. Les cantons sont habilités à imposer des conditions additionnelles à celles de la LPMéd, dans la mesure où ces restrictions sont nécessaires pour garantir des soins médicaux fiables et de qualité.⁶¹³ C'est ainsi que le médecin devra obtenir une autorisation de pratiquer pour chaque canton dans lequel il souhaite exercer. Une révision de la LPMéd entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2018⁶¹⁴ a remplacé la notion d'exercice «à titre indépendant» avec celle d'exercice «à titre d'activité économique privée, sous sa propre responsabilité professionnelle». Il en découle qu'un plus grand nombre de médecins, en particulier salariés, sont désormais concernés par l'obligation d'être titulaire d'une autorisation de pratique.⁶¹⁵ La révision de la LPMéd a en outre introduit l'obligation pour les médecins de disposer des connaissances linguistiques nécessaires à l'exercice de la profession (cf. chap. 2.1–2.3), et de s'enregistrer dans le registre des professions médicales MedReg (cf. chap. 2.2).

Traitement de patients à charge de la LAMal, gel des admissions et numéro RCC

L'autorisation de pratiquer décrite ci-dessus, autorisation de police sanitaire visant un but de santé publique, est à distinguer de l'admission de pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins (AOS), qui poursuit quant à elle un but d'économicité (admission à facturer). Sans cette dernière, les médecins peuvent

612 Art. 36 LPMéd.

613 Art. 37 LPMéd.

614 RO 2015 5081, 2017 2703; FF 2013 5583.

615 Voir à ce propos Thomas Gächter / Gregori Werder, *Gesundheitsberufe 2020 – eine stille Revolution?*, Pfliegerrecht 2019 p. 2.

pratiquer leur profession mais ne sont pas habilités à facturer leurs prestations à l'assurance obligatoire des soins (LAMal). En pareil cas, seules les assurances privées, l'assurance-accident, l'assurance-invalidité ou l'assurance-militaire acceptent de couvrir leurs prestations. La nécessité de disposer d'une autorisation de pratiquer à charge de l'AOS découle du gel des admissions, prévu à l'art. 55a LAMal, permettant aux cantons de limiter le nombre de médecins pratiquant à charge de l'AOS sur leur territoire. Ce gel des admissions, souvent appelé «clause du besoin», a été introduit le 1^{er} janvier 2001, abrogé 1^{er} janvier 2012 puis réintroduit le 1^{er} juillet 2013 et prolongé à deux reprises depuis lors, actuellement jusqu'au 30 juin 2021.⁶¹⁶ Comme pour l'autorisation de pratiquer de police sanitaire, le médecin doit obtenir une admission de pratiquer à charge de l'AOS pour chaque canton dans lequel il souhaite exercer⁶¹⁷. Le gel des admissions ne s'applique toutefois pas aux médecins, toutes disciplines confondues, qui ont déjà été autorisés à pratiquer avant le 1^{er} juillet 2019 et ont traité des patients en leur propre nom et sous leur propre responsabilité à charge de l'assurance-maladie ainsi qu'aux médecins, toutes disciplines confondues, qui ont travaillé au moins 3 ans dans un établissement de formation postgraduée suisse reconnu.

Une réglementation définitive est en cours de discussion au Parlement. La FMH soutient la volonté de préciser et de renforcer partiellement les exigences prévues aujourd'hui dans la LPMéd et souhaite une gestion de l'admission transparente reposant sur des critères de qualité.⁶¹⁸

Outre l'admission de pratiquer à charge de l'AOS, le médecin doit également obtenir un numéro RCC (registre des codes-créanciers) conformément à la convention-cadre LAMal conclue entre la FMH et santésuisse⁶¹⁹. Le numéro RCC n'est certes qu'un simple numéro technique facilitant la facturation, mais selon le Tribunal fédéral, lorsqu'elle attribue un numéro RCC santésuisse assume une obligation de droit public des assureurs-maladie de vérifier les conditions auxquelles le médecin peut facturer ses prestations à l'AOS. Pour cette raison, le Tribunal fédéral considère que le tribunal arbitral des assurances est compétent pour statuer sur les litiges opposant santésuisse aux fournisseurs de prestations LAMal

616 LF du 17 juin 2016, RO 2016 2265; FF 2016 3359 et LF du 14 décembre 2018, FF 2018 7871.

617 Le médecin peut ainsi avoir plusieurs RCC s'il travaille dans différents cantons, et a obtenu les admissions correspondantes à facturer à charge de l'AOS.

618 www.fmh.ch → FR → Politique & médias → Dossiers politiques → Gestion des admissions.

619 Sur mandat de santésuisse, SASIS SA (filiale de santésuisse) a la compétence d'attribuer les numéros RCC dans toute la Suisse.

auxquels SantéSuisse a refusé d'attribuer un numéro RCC⁶²⁰. En ce qui concerne l'AI, la centrale de compensation CdC attribue un numéro NIF (numéro d'identification fournisseur). L'adresse de paiement est liée à ce numéro.⁶²¹

Reprise d'un cabinet médical⁶²²

La reprise d'un cabinet médical doit faire l'objet d'un contrat entre le médecin cédant et le médecin reprenneur. Les termes de l'accord doivent être clairement définis par les parties. À cette fin, il leur est conseillé de dresser un inventaire des équipements du cabinet, des instruments et des médicaments repris.

Lors de la détermination du prix d'achat du cabinet, il convient de distinguer l'évaluation de l'inventaire et le goodwill. Alors que l'inventaire peut être évalué sur la base de critères objectifs, il n'existe aucune solution reconnue concernant le goodwill, auquel s'appliquent les lois du marché. Une expertise peut toutefois servir de base de discussion aux parties et faciliter la conclusion du contrat.

Les contrats de travail conclus avec le personnel employé par le cabinet continuent en principe de déployer leurs effets.⁶²³ Si le médecin reprenant le cabinet ne souhaite pas reprendre le personnel, le médecin cédant doit résilier les contrats de travail du personnel avant toute reprise, en respectant les délais de congé contractuels. De même, si le personnel refuse de continuer à travailler pour le médecin reprenneur, le médecin cédant doit résilier les rapports de travail en respectant les délais légaux. Enfin, si le médecin reprenneur reprend le personnel, il sera bien avisé de vérifier que les salaires sont à jour au moment de la reprise, car il répond de leur paiement solidairement avec le médecin cédant⁶²⁴.

Lorsque les locaux occupés par le cabinet sont loués, le transfert du bail nécessite l'accord écrit du bailleur. Celui-ci ne peut cependant refuser son accord que pour des motifs importants.⁶²⁵

620 ATF 132 V 303.

621 www.cdc.admin.ch → FR → Page d'accueil → Partenaires et Institutions → Paiement des prestations individuelles AVS/AI → Information à l'attention des fournisseurs de prestations. L'interaction entre ces numéros et la Loi fédérale du 18 juin 2010 sur le numéro d'identification des entreprises (LIDE) n'est pas claire. Conformément à l'art. 5 LIDE, médecins et hôpitaux devraient aussi pouvoir s'identifier à l'égard des assureurs sociaux en indiquant simplement leur numéro IDE.

622 La FMH met gratuitement à la disposition de ses membres une série de contrats-types relatifs à l'ouverture et à la reprise de cabinets sur la plateforme myFMH.

623 Art. 333 CO.

624 Art. 333 al. 3 CO.

625 Art. 263 CO.

En cas de remise du cabinet médical en raison de cessation d'activité du médecin cédant, les mandats thérapeutiques confiés par les patients à ce dernier prennent fin. Le médecin reprenneur ne peut dès lors avoir accès aux dossiers médicaux que le médecin cédant lui transfère que s'il a conclu une nouvelle relation contractuelle avec les patients. Il ne peut dès lors avoir accès aux dossiers médicaux (DM) que le vendeur lui transfère qu'avec l'accord des patients.⁶²⁶ Dans cette situation, le principe dit «des deux armoires» permet de garantir le respect du secret professionnel et la sécurité. La première armoire renferme les DM des patients ayant consenti, sous une forme ou sous une autre, à la reprise de leur dossier et à un nouveau mandat thérapeutique avec le médecin reprenneur. Ce consentement prend en général la forme d'un rendez-vous que le patient fixe avec le médecin reprenneur. Le médecin cédant peut également faire une mention explicite de l'accord du patient dans le dossier médical, par exemple lors d'une des dernières consultations. La seconde armoire contient les DM des patients qui n'ont pas encore consenti au transfert de leur dossier et de la relation thérapeutique vers le médecin reprenneur. Les mêmes règles s'appliquent en principe à la tenue électronique du DM (cf. chap. 3.7). Le médecin reprenneur doit s'assurer que les données et leurs supports ne soient pas endommagés, et qu'aucune personne n'y ait accès sans y avoir été autorisé pendant la durée de l'obligation légale de conserver les données.

Le cabinet médical en tant que personne morale

L'essor des cabinets de groupe implique des formes d'organisation plus complexes que par le passé, et pose la question de la structuration des cabinets médicaux sous la forme de personnes morales (avant tout sociétés anonymes ou sociétés à responsabilité limitée).

La LAMal a ancré dans le droit fédéral le principe selon lequel les médecins ont le droit d'exploiter des centres HMO et autres institutions de soins ambulatoires dispensés par des médecins.⁶²⁷ En effet, l'art. 36a LAMal est également applicable aux personnes morales qui emploient des médecins sans pour autant être organisées sous forme de centre HMO.⁶²⁸ Bien que la LAMal admette que des personnes morales puissent facturer leurs prestations à la charge de l'AOS,⁶²⁹ il appartient aux cantons de décider si une personne morale peut gérer un cabinet médical.⁶³⁰

626 En reprenant les dossiers médicaux (DM), le nouveau propriétaire du cabinet reprend également l'obligation de les conserver.

627 Art. 36 et 36a LAMal.

628 Arrêt du Tribunal fédéral 9C_701/2008 du 20 avril 2009, cons. 4.3.

629 C'est ainsi l'institution qui aura son propre numéro RCC, les médecins y intervenant ayant généralement un numéro C (numéro de contrôle).

630 Le Tribunal fédéral a autorisé les SA d'études d'avocats pour tous les cantons (arrêt 138 II 440 du 7 septembre 2012). Sur la base de motifs analogues, il est concevable que des cabinets médicaux organisés en SA puissent être admis dans l'ensemble des cantons. Arrêt du Tribunal fédéral 2P231/2006 du 10 janvier 2007, cons. 5.4.

Aujourd'hui, la majorité des cantons autorisent les médecins à organiser leurs cabinets médicaux sous la forme de sociétés de capitaux. En pratique, il convient toutefois d'examiner soigneusement les avantages et les inconvénients des différentes formes juridiques possibles. Divers facteurs jouent un rôle à cet égard: le nombre de médecins participant à la structure, les possibilités et les conditions juridiques (cantonales), les souhaits et les objectifs personnels des médecins, les aspects fiscaux, les assurances, la prévoyance, le fait de vouloir être salarié ou indépendant, etc. À ce propos, le Tribunal fédéral a considéré, dans un cas d'espèce, que l'utilisation de l'infrastructure d'un cabinet par un psychologue peut aller de pair avec une activité à titre dépendant et ce en raison de la qualification juridique du statut AVS.⁶³¹

Chaque structure de cabinet étant différente, FMH Services propose un réseau de conseillers dans les secteurs fiduciaire, financier, juridique et dans le domaine des assurances.

9.3 Administration du cabinet médical

Même si de nombreux médecins ne considèrent pas ce point comme prioritaire dans le cadre de leurs tâches quotidiennes, ils sont également des entrepreneurs au sein de leurs cabinets.

Libre choix du médecin et publicité

Les patients ont en principe le droit de choisir librement leur médecin et peuvent en changer en tout temps. Dérogent à cette règle les modèles d'assurance prévoyant un choix limité de médecins (cf. chap. 3.14).

Afin de se positionner le mieux possible sur le marché, les médecins cherchent de plus en plus à sortir du lot grâce à la publicité (cf. chap. 2.5).

631 Arrêt du 17 mai 2018, 9C_308/2017. Aus Erwägung 6.4: «[Die ... ausgeübte Psychotherapie weist] verschiedene Kriterien auf, die überwiegend zugunsten einer unselbständigen Tätigkeit sprechen. Dies betrifft – unter gänzlicher Ausklammerung des spezifischen Unternehmerrisikos (vgl. dazu E. 6.2.2 hievon) – das Auftreten in «eigenem» Namen nur unter dem Briefkopf des Instituts oder als Mitglied seines Klinischen Teams, die weitgehende betriebswirtschaftliche, persönliche und wissenschaftlich-konzeptuelle Einbindung der Versicherten sowie die Ausgestaltung der diesbezüglichen Kontrolle. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung belegen diese Merkmale ein Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis, weil den gegenläufigen Aspekten des Inkasso- und Delkreder-Risikos, der freien Patientenannahme und Preisgestaltung sowie des Verzichts auf ein Konkurrenzverbot auch vereint deutlich weniger Gewicht beizumessen ist. Jedenfalls vermögen sie das Pendel nicht in Richtung selbstständige Erwerbstätigkeit ausschlagen zu lassen.»

Suppléance⁶³²

Les réglementations cantonales sont en principe déterminantes en ce qui concerne les exigences en matière de suppléance au sein des cabinets médicaux. Celle-ci nécessite généralement une autorisation de la direction cantonale de la santé. Il y a toutefois des différences cantonales s'agissant des conditions auxquelles une suppléance peut s'exercer, ce pourquoi il est vivement conseillé de se renseigner en temps utile auprès des autorités cantonales compétentes.

9.4 Obligations du médecin en sa qualité d'employeur

Si un médecin engage du personnel dans son cabinet, il devient employeur et doit donc répondre à un certain nombre d'obligations envers ses employés.

En règle générale, tous les points importants sont réglés par le contrat de travail écrit.⁶³³ Les contrats de travail conclus oralement sont aussi valables, mais leur interprétation entraîne des difficultés supplémentaires en cas de litige. Le Code des obligations (CO) est applicable dans la mesure où le contrat ne règle pas certains points. Il convient par ailleurs d'observer la Loi sur le travail (LTr). L'exposé qui suit décrit les dispositions du CO.

Salaires à verser en cas de maladie

Si un employé n'est pas à même de travailler pendant une longue période pour cause de maladie ou d'accident et que l'employeur n'a pas conclu d'assurance d'indemnités journalières, ce dernier doit verser le salaire pendant 3 semaines lors de la première année de service, et ensuite pendant une période plus longue fixée équitablement.⁶³⁴ Pour déterminer quelle est la période équitable, les tribunaux de plusieurs cantons ont développé des échelles de calcul. Plusieurs cantons appliquent l'échelle «bernoise»: première année de service: 3 semaines de salaire; deuxième année: 1 mois de salaire; troisième et quatrième années: 2 mois de salaire; etc.

À l'heure actuelle et dans la plupart des cas, une assurance perte de gains est conclue pour l'ensemble du personnel engagé.⁶³⁵ En général, ces assurances versent des indemnités à concurrence de 80 % du salaire pendant 720 ou 730 jours, sous déduction du délai de carence prévu, sur une période totale de 900 jours. Pendant le délai de carence, l'employeur doit en principe payer 80 % du

632 La FMH propose à ses membres un contrat-type à télécharger sur myFMH.

633 La FMH met à la disposition de ses membres un contrat-type pour les assistantes médicales et les assistants médicaux. Son utilisation n'est pas obligatoire, mais la FMH la recommande; www.mpa-schweiz.ch → FR → Informations pour les employeurs → Conditions de travail.

634 Art. 324a al. 1 CO.

635 Art. 324a al. 4 CO.

salaire. Ces indemnités journalières sont exclues de l'obligation de payer des cotisations prévues par les assurances sociales et ne doivent pas être déduites des indemnités journalières. Dans ce cas, l'employé n'a pas à s'acquitter de sa part.

Protection contre les congés en cas de maladie, accident, service militaire et maternité

À l'échéance du temps d'essai, des périodes de protection sont prévues notamment en cas de maladie ou d'accident, pendant que le travailleur accomplit un service militaire ou pendant la grossesse et au cours des 16 semaines qui suivent l'accouchement.⁶³⁶ Pendant une incapacité de travail totale ou partielle suite à une maladie ou à un accident, l'employeur ne peut pas résilier le contrat durant 30 jours au cours de la première année de service, 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service, et 180 jours à partir de la sixième année de service. Il s'agit de jours calendaires et non de jours ouvrables.

Un congé donné pendant la période de protection est nul. Ainsi, lorsque cette période est terminée, l'employeur doit à nouveau résilier le contrat. Par contre, si le congé a été donné avant la période de protection, il est suspendu pendant ce temps et continue à courir seulement après la fin de la période.

Résiliation du contrat de travail

Pendant le temps d'essai, chaque partie peut résilier le contrat de travail à tout moment en respectant un délai de congé de 7 jours. Le premier mois de travail est considéré comme temps d'essai. Le contrat de travail peut toutefois prévoir d'autres conditions mais le temps d'essai ne peut pas dépasser 3 mois.⁶³⁷

Après le temps d'essai, le contrat de travail peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé de 1 mois pendant la première année de service, de 2 mois de la deuxième à la neuvième année, et de 3 mois à partir de la dixième année de service. Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat de travail ou convention collective; des délais inférieurs à 1 mois ne peuvent toutefois être fixés que par convention collective et pour la première année de service.⁶³⁸

Les parties peuvent en tout temps mettre fin au contrat d'un commun accord sans respecter le délai de congé. Dans ce cas, l'employé n'aura plus l'obligation de travailler jusqu'à la fin du délai de congé et l'employeur n'aura pas à payer le salaire pour cette période.

636 Art. 336c CO.

637 Art. 335b CO.

638 Art. 335c CO.

Vacances, jours de congé et jours fériés

Le travailleur a droit, chaque année de service, à 4 semaines de vacances au moins, et à 5 semaines au moins jusqu'à l'âge de 20 ans révolus. 2 semaines au moins doivent être consécutives.⁶³⁹ Le droit aux vacances appartient également aux travailleurs à temps partiel.

Par ailleurs, le travailleur a droit aux jours de congé usuels (p.ex. en cas de déménagement ou de mariage) et aux jours fériés cantonaux.⁶⁴⁰ Néanmoins la loi ne prévoit pas l'obligation de payer le travailleur durant ces jours de congé et ces jours fériés, hormis le jour de la fête nationale. Cela ne joue toutefois aucun rôle dans la pratique, car le salaire mensuel contractuel n'est pas réduit pour autant.

Prévoyance professionnelle

Les travailleurs qui touchent un salaire annuel supérieur à 21 330 francs (dès 2019) sont soumis à l'assurance obligatoire. Il s'agit du seuil d'accès à la prévoyance professionnelle obligatoire. Les risques de mort et d'invalidité doivent être assurés dès 17 ans révolus et le risque vieillesse dès 24 ans révolus. L'assurance porte sur le salaire coordonné. Celui-ci correspond au salaire brut annuel moins la déduction de coordination.⁶⁴¹ Les caisses de pension peuvent proposer des conditions d'assurance et des plans de prévoyance plus avantageux que le minimum légal.

Le médecin en tant que formateur d'assistantes médicales

La FMH s'engage depuis des dizaines d'années en faveur de la formation des assistantes médicales. La profession d'assistante médicale DFMS, à l'origine régie par le droit privé, a été transformée, en 1996, en une profession reconnue au niveau fédéral et dès lors rattachée à l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie⁶⁴². Suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi sur la formation professionnelle, le règlement de formation de 1996 a dû être révisé et transposé dans une ordonnance et un plan de formation. En tant que base légale de la formation, l'Ordonnance de formation du 1^{er} janvier 2010 a été remplacée par la nouvelle Ordonnance de formation révisée, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019. Le plan de formation, qui se fonde sur l'Ordonnance de formation, a lui aussi été révisé et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2019. La nouvelle Ordonnance et le nouveau plan de formation sont valables depuis le début de la formation 2019.

639 Art. 329a ss CO.

640 Art. 329 CO et art. 20a de la Loi sur le travail (LTr).

641 La déduction de coordination s'élève actuellement aux 7/8 de la rente AVS maximale, ce qui correspond à 24 885 francs dès 2019. Ces montants font en général l'objet d'une adaptation annuelle.

642 Aujourd'hui le Secrétariat d'État à la formation, à la recherche et à l'innovation (SEFRI).

L'art. 4 al. 1 de l'Ordonnance 5 relative à la Loi sur le travail du 28 septembre 2007 (OLT 5)⁶⁴³ interdit d'employer des jeunes à des travaux dangereux. Sont réputés tels tous les travaux qui, de par leur nature ou les conditions dans lesquelles ils s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, à la formation, à la sécurité des jeunes ou à leur développement physique et psychique. En dérogation à l'art. 4 al. 1 OLT 5 et aux conditions prévues à l'art. 4 al. 4 OLT 5, les jeunes âgés d'au moins 15 ans en formation peuvent prendre part, en fonction de leur niveau de formation, aux travaux énumérés à l'annexe 2 du plan de formation. Il faut pour cela qu'ils soient formés, instruits et surveillés en adéquation avec ces dangers accrus. L'annexe 2 du plan de formation fixe ces mesures spéciales sous la forme de mesures d'accompagnement en matière de sécurité du travail et de protection de la santé.

Les formateurs doivent en particulier tenir compte du fait que les jeunes en formation de moins de 16 ans ne doivent pas être exposés à des rayonnements.⁶⁴⁴

La formation comprend des cours professionnels et des cours interentreprises, mais s'effectue avant tout au cabinet médical. Le plan de formation indique quelles matières doivent être enseignées dans quels lieux durant la formation de trois ans, étant précisé que la répartition des jours de cours sur les différentes années de formation varie d'un canton à l'autre. Tant les formateurs que les apprenants peuvent se fonder, depuis le début de la formation 2019, sur le «Programme de formation pour les entreprises formatrices d'assistantes médicales/assistants médicaux CFC».⁶⁴⁵

Le médecin qui souhaite former une assistante médicale doit se procurer une autorisation de formation auprès du service cantonal de la formation professionnelle. Ce service est l'autorité de surveillance des entreprises formatrices et a en outre la compétence d'approuver le contrat d'apprentissage qui, dans de nombreux cantons, peut être rempli sur le site Internet du service.⁶⁴⁶

Les assistantes médicales/assistants médicaux CFC disposent par ailleurs d'une voie réglementée pour faire évoluer leur carrière. La coordinatrice et le coordinateur en médecine ambulatoire avec la spécialisation clinique ou gestion, obtient, après avoir réussi un examen professionnel, un brevet fédéral en suivant une formation modulaire certifiée.⁶⁴⁷

643 Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs (OLT 5).

644 Art. 53 al. 1 de l'Ordonnance sur la radioprotection (ORaP).

645 Des informations relatives à la formation sont disponibles sur le site Internet MPA Suisse.

646 Les informations et les formulaires nécessaires à l'obtention d'une autorisation de formation, ainsi que des contrats d'apprentissage online sont disponibles sur les sites Internet des offices cantonaux de la formation professionnelle (dont les adresses se trouvent sur ce site: www.adressen.sdbb.ch).

647 www.odamed.ch

Assistanat au cabinet médical – formation postgraduée au sein du cabinet médical

Certains programmes de formation postgraduée prévoient la possibilité de faire valoir l'activité exercée chez des médecins indépendants dans le cadre de l'obtention du titre de médecin spécialisé. Cela suppose néanmoins que le cabinet en question soit reconnu par l'ISFM au titre d'établissement de formation postgraduée dans le domaine de spécialisation concerné.⁶⁴⁸

Est prise en compte l'activité ininterrompue de 1 mois au moins à 12 mois au plus selon le programme de formation postgraduée. Si, durant cette période, le médecin-assistant est employé comme suppléant, son activité ne peut être prise en compte que dans une mesure limitée et à condition que le programme de formation postgraduée concerné l'autorise. Le candidat doit documenter son logbook électronique durant la période de formation postgraduée. À l'échéance de cette période, le praticien enseignant doit lui remettre un certificat ISFM.

Le programme «Assistanat au cabinet médical», repris en 2009 des mains du Collège de Médecine de Premier Recours par la Fondation pour la promotion de la formation en médecine de famille (Fondation FMF), permet aux médecins en formation postgraduée d'acquérir les compétences spécifiques directement sur place, au cabinet médical, en vue d'exercer ultérieurement l'activité de médecin de famille. À certaines conditions, un cofinancement peut être sollicité auprès de la Fondation FMF. Cela suppose notamment la reconnaissance du cabinet par l'ISFM au titre d'établissement de formation, l'obtention d'un titre de médecin spécialiste de premier recours et le fait d'avoir suivi un cours de praticien enseignant de la FMF. Un contrat spécialement élaboré par la FMF règle les conditions d'engagement.⁶⁴⁹

648 Les informations et le formulaire de demande de reconnaissance d'un cabinet médical sont disponibles sur le site internet de l'ISFM: www.siwf.ch

649 Toutes les informations sur l'assistanat au cabinet médical FMF sont disponibles sur le site Internet: www.whm-fmf.ch

9.5 Protection de la jeunesse et de la maternité⁶⁵⁰

Des dispositions particulières s'appliquent aux employés jeunes et les employées enceintes et ayant accouché, qui bénéficient d'une protection accrue.

Protection de la jeunesse

La Loi sur le travail et ses ordonnances prévoient des dispositions spéciales visant à protéger les jeunes travailleuses et travailleurs. Selon la Loi sur le travail (art. 29 LTr), sont réputés jeunes travailleurs les employé(e)s âgé(e)s de moins de 18 ans. Lorsqu'il embauche un jeune, l'employeur doit exiger une attestation d'âge. L'ordonnance peut en outre prescrire la production d'un certificat médical.⁶⁵¹ L'employeur doit prendre un soin particulier de leur santé, et leur temps de travail quotidien ne doit pas excéder neuf heures.⁶⁵²

L'Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs règle spécifiquement «la protection de la santé et de la sécurité des jeunes travailleurs ainsi que celle de leur développement physique et psychique».⁶⁵³ Le travail de nuit ou du dimanche est en principe interdit et les exceptions nécessitent une autorisation spéciale. Toutefois, le Département fédéral de l'économie a prévu des exceptions systématiques pour certaines professions durant la formation professionnelle.⁶⁵⁴

Ainsi, dans le secteur de la santé par exemple, les jeunes âgés d'au moins 17 ans qui suivent une formation sont autorisés à travailler au maximum 2 nuits par semaine et au maximum 10 nuits par an. Ils sont également autorisés à travailler au maximum un dimanche ou jour férié assimilé à un dimanche par mois, mais au maximum 2 jours fériés autres que des dimanches par an.⁶⁵⁵

Les personnes exposées aux rayonnements dans l'exercice de leur profession doivent être âgées d'au moins 16 ans (cf. chap. 9.4).⁶⁵⁶

Protection de la santé en cas de maternité⁶⁵⁷

La Loi sur le travail et les ordonnances d'exécution y relatives protègent la santé des femmes enceintes, des accouchées et des mères qui allaitent. La loi définit les conditions auxquelles ces femmes peuvent être occupées. L'employeur doit occuper les femmes enceintes et les mères qui allaitent et aménager leurs conditions de travail de manière à ne porter préjudice ni à leur santé, ni à celle de leur enfant.⁶⁵⁸

650 Sur ces deux sujets, voir également les brochures du SECO: www.seco.admin.ch

651 Art. 29 al. 4 LTr.

652 Art. 31 LTr.

653 Art. 1 de l'Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs.

654 Ordonnance du DFE du 21 avril 2011 concernant les dérogations à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche pendant la formation professionnelle initiale.

655 Art. 10 de l'Ordonnance du DFE (voir la note de bas de page précédente).

656 Art. 53 al. 1 de l'Ordonnance sur la radioprotection.

657 www.fmh.ch.

658 Art. 35 al. 1 LTr.

Les femmes enceintes et celles qui allaitent ne peuvent être occupées que si elles y consentent. À leur demande, elles doivent être libérées des travaux pénibles. Il est par ailleurs strictement interdit d'occuper une femme durant les 8 semaines qui suivent l'accouchement; ensuite, et jusqu'à la 16e semaine, elles ne peuvent l'être que si elles y consentent. L'employeur doit accorder aux femmes qui allaitent le temps nécessaire à l'allaitement.⁶⁵⁹

Les femmes enceintes ou qui allaitent ne peuvent accomplir les travaux dangereux ou pénibles que si l'inexistence de toute menace concrète pour la santé de la mère ou celle de l'enfant est établie sur la base d'une analyse de risques ou si des mesures de protection adéquates permettent d'y parer.⁶⁶⁰

Dans un cabinet médical, il s'agit notamment des travaux susceptibles d'exposer les femmes enceintes ou qui allaitent à des radiations, des matières ou des microorganismes nocifs. S'y ajoutent le déplacement de charges lourdes, ainsi que les mouvements et les postures engendrant une fatigue précoce.

La FMH a fait élaborer un dossier exhaustif sur la protection de la maternité à l'intention des cabinets médicaux.⁶⁶¹

Si le risque ne peut être supprimé par des mesures de protection, l'employeur doit proposer à la femme enceinte ou qui allaite un poste de travail équivalent, mais sans danger pour elle. Si un tel transfert n'est pas possible, l'employée a droit à 80 % de son salaire. Il en va de même si, malgré sa demande, aucun travail équivalent de jour ne peut lui être proposé en lieu et place de son travail de nuit. Il est interdit de prolonger la durée ordinaire convenue de la journée de travail des femmes enceintes et qui allaitent; la durée maximale de travail de ces femmes ne doit en aucun cas dépasser neuf heures par jour. Durant les huit semaines qui précèdent l'accouchement, les femmes enceintes ne peuvent être occupées entre 20 h 00 et 6 h 00.⁶⁶²

Le Code des obligations (art. 319 ss CO) protège les femmes enceintes et les accouchées en matière de continuation du versement du salaire et de résiliation. En cas d'absences dues à la maladie durant la grossesse, l'obligation de continuer à verser le salaire est régie au premier chef par le contrat de travail, lequel prévoit éventuellement une assurance non obligatoire d'indemnités journalières de maladie. Le Code des obligations s'applique à défaut de réglementation contractuelle en la matière.

659 Art. 35a LT.

660 Art. 62 OLT 1.

661 mpa-schweiz.fmh.ch → FR → Informations pour les employeurs → Maternité.

662 Art. 35, 35a et 35b LT.

Protection contre la résiliation en cas de maternité

Après la fin du temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail d'une employée pendant sa grossesse et au cours des 16 semaines qui suivent l'accouchement. Un congé donné pendant cette période est nul, c'est-à-dire qu'il est réputé ne pas avoir été valablement donné.⁶⁶³ Il demeure néanmoins possible de résilier le contrat avec effet immédiat pour justes motifs. De son côté, l'employée peut résilier son contrat de travail en tout temps. Elle doit toutefois respecter les délais et les termes de résiliation de la loi, du contrat ou de la convention collective applicable.

Durant la période de protection, l'employeur et l'employée peuvent résilier le contrat de travail ou le modifier (p.ex. réduction du taux d'activité) d'un commun accord. Dans un tel cas, la volonté concordante des parties s'applique en lieu et place des délais. Cependant, pour des raisons de preuve, il est recommandé de passer de tels accords en la forme écrite.

Congé maternité, allocation de maternité et indemnité de vacances

Après l'accouchement, l'employée a droit à un congé maternité d'au moins 14 semaines. Le congé maternité doit être pris en une seule fois. Durant cette période, elle perçoit une allocation maternité sous forme d'indemnités journalières à concurrence de 80% du salaire qu'elle gagnait jusqu'alors. Pour cela, elle doit être employée au moment de la naissance de son enfant. Ce droit s'éteint le 98^e jour à partir du jour où il a été octroyé. Il prend fin avant ce terme si la mère reprend une activité lucrative avant l'échéance des 98 jours.⁶⁶⁴

L'employeur ne peut pas réduire la durée des vacances de l'employée si celle-ci a été empêchée de travailler moins de 2 mois en raison de sa grossesse ou parce qu'elle perçoit une allocation maternité au sens de la Loi sur les allocations pour perte de gain.⁶⁶⁵

663 Art. 336c al. 1 let. c et al. 2 CO.

664 Art. 16b ss LAPG.

665 Art. 329 al. 3 CO.

Appendice

Auteurs

Auteurs de la troisième édition

Hermann Amstad, Dr méd., Bâle
Michael Barnikol, Dr en droit, Berne
Katrín Cramerí, Dr méd., Bâle
Julien Duruz, Mlaw, avocat, Berne
Christoph Hänggeli, avocat, Berne
Caroline Hartmann-Hirsiger, Dr en droit, avocate, Berne
Iris Herzog-Zwitter, Dr en droit, Berne
Ursina Pally Hofmann, Dr en droit, avocate, Berne
Esther Kraft, lic. rer. oec., Berne
Hanspeter Kuhn, avocat, Berne
Gabriela Lang, lic. en droit, avocate, Berne
Barbara Linder, MLaw, Berne
Valérie Rothhardt, lic. en droit, avocate, Berne
Michelle Salathé, lic. en droit, MAE, Berne
Reinhold Sojer, Dr rer. biol. hum., Berne
Anne-Sylvie Thiébaud Nori, MLaw, avocate, Berne

Conseil scientifique

Bernhard Rüttsche, Prof. en droit et Dr en droit, Lucerne
Thomas Gächter, Prof. en droit et Dr en droit, Zurich
Thomas Geiser, Prof. en droit et Dr en droit, Saint-Gall
Michael Gerber, avocat, OFSP, Berne
Brigitte Tag, Prof. en droit et Dr iur. utr., Zurich
Valérie Junod, Prof. en droit et Dr en droit, Lausanne
Philippe Ducor, Prof. en droit, Dr en droit et Dr méd., Genève

Rédaction

Ursina Pally Hofmann, Dr en droit, avocate, secrétaire générale /
cheffe de la division Service juridique de la FMH, Berne
Michelle Salathé, lic. en droit, secrétaire générale adjointe de l'ASSM, Berne
Anne-Sylvie Thiébaud Nori, MLaw, avocate, Berne

Auteurs de la deuxième édition

Matthis Bürgin, lic. en droit, biologiste, Bâle
Jürg Gassmann, lic. en droit, avocat, Zurich
Simone Grumbach, lic. en droit, avocate, Berne
Christoph Hänggeli, avocat, Berne
Hanspeter Kuhn, avocat, Berne
Gabriela Lang, lic. en droit, avocate, Berne
Barbara Linder, MLaw, Berne
Lucia Rabia, avocate, Berne
Valérie Rothhardt, lic. en droit, avocate, Berne
David Rüetschi, Prof. en droit, Zurich
Michelle Salathé, lic. en droit, MAE, Berne
Simon Stettler, lic. en droit, avocat, Berne
Anne-Sylvie Thiébaud, MLaw, avocate, Berne
Judith C. Wagner, Dr sc. hum., Berne

Auteurs de la première édition

Dr Georg Bosshard, p.-d., MAE, Zurich
Michael Gerber, avocat, Berne
Bruno Gravier, Prof. méd., Prilly
Christoph Hänggeli, avocat, Berne
Dania Ischi-Ceppi, lic. en droit, Berne
Stephan Kaufmann, lic. en droit, Bâle
Hanspeter Kuhn, avocat, Berne
Peter Lack, lic. en théologie, Bâle
Michael Mund, Dr méd. et méd. dent., Zurich
Lucia Rabia, avocate, Berne
Valérie Rothhardt, avocate, Berne
David Rüetschi, Dr en droit, Zurich
Michelle Salathé, lic. en droit, MAE, Bâle
Simon Stettler, lic. en droit, avocat, Berne

Index des mots-clés

A

Abus de stupéfiants 142

Abus sexuels 178

Accident – cf. assurance-accidents

Accord 42

Accords bilatéraux Suisse-UE 18

Accréditation 122

Administration du cabinet médical 189

Admission à pratiquer 20

ADN, profil d' 96

Advance Care Planning (ACP) 56

Aide au décès 107

Analyses génétiques 96

Anonymisation 125

Appréciation des preuves 144, **166**

Armée, membres de l' – cf. assurance militaire

Assistanat au cabinet médical 194

Assistance au suicide 107, **109**

Assistante médicale 192

Assurance-accidents 87

Assurance complémentaire – cf. assurances privées

Assurance-invalidité 87, **92**

Assurance-maladie 46

Assurance militaire 87, **90**

Assurance obligatoire 46, **71**, 75, 80

Assurance obligatoire des soins – cf. assurance-maladie

Assurance-qualité 68

Assurances d'indemnités journalières – cf. indemnités journalières

Assurances privées 27, **29**, 151, 186

Assurances sociales **27**, 183

Assurance-vie 160

Atteinte à la santé **73**, 148, 150, 151, 159, 164

Attestation de formation complémentaire 70

Autodétermination 33, 38, 44, 49, 50, **55**, 96, 111, 171

Autopsie 142

Autorisation de pratiquer 20, **185**

Autorisation d'exercer – cf. Autorisation de pratiquer

Autorisation d'exercer et admission à pratiquer à la charge des caisses 20

Autorité de protection de l'adulte – cf. autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA)

Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) 49, **54**, 96

Autorité de surveillance 19, 23, **54**

Avantages, répercussion des 62

B

Bureau d'expertises de la FMH 175

C

Cabinet médical 32, **185**, 187, 188, 194

Caisse de pension 160, **192**

Capacité de discernement **31**, 42, 44, 49, 99, 110

Carte d'assuré 50, **130**, 154

Carte de dons d'organes 48, **101**

Carte européenne d'assurance-maladie 78

Case manager 151

Causalité **167**, 172

Centrale de compensation CdC 187

Certificat de décès 141

Certification **18**, 121

Certificat médical **143**, 147, 149, 151, 158, 160, 161

Check-list 123

Chiens, Accidents impliquant des 137

Clause du besoin 186

Codage 87, 124

Code de déontologie **11**, 23, 178, 182

Commission de déontologie 177, 178

Commission des professions médicales (MEBEKO) 26

Commission d'éthique 126, 130, 138

Commission fédérale des médicaments 63

Commission paritaire de confiance 86

Commission paritaire d'interprétation 86

Commission paritaire pour la valeur intrinsèque 86

Compassionate use **66**, 81

Congé maternité, allocation de maternité et indemnité de vacances 197

Connaissances linguistiques 20

Consentement 32, 34, 38, **42**, 44, 56, 174

Consentement éclairé – cf. consentement

Consentement hypothétique – cf. consentement

Consentement libre – cf. consentement

Conservation de gamètes et d'ovules 98

Constatation du décès 101

Constitution fédérale 10

Consultation manquée 157

Contrat de soins 31, 46

Contrat de travail 190, 191

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH) 10

Convention relative au for judiciaire et à l'élection de droit 79

Convention tarifaire 84

Corruption 183

CPC 86

CPI 86

Critères du décès 101

Critères EAE 91

Critical Incident Reporting System (CIRS) 121

Curatelle 31, 50, **52**

D

Décès extraordinaire 141

Décisions médicales relatives à la fin de la vie 106

Défaut d'aptitude à conduire 142

Délai de conservation 58

Délai de prescription **37**, 58, **176**

Délais de résiliation – cf. Résiliation du contrat de travail

Démence 105

Détection précoce 93, 100, 158

Devoir d'annoncer **137**, 139, 140

Devoir de prêter assistance 24

Devoirs professionnels 23

Diagnosis Related Groups 14, **155**

Diagnostic préimplantatoire 98

Diplôme de médecin 19, 22, 26

Directives anticipées du patient 55

Directives cliniques 12

Dispositifs médicaux **61**, 65, 119

Documentation 34, 38, **57**

Domaine du sauvetage – cf. sauvetage

Don d'organe **101**, 139

Données anonymisées 125

Données personnelles liées à la santé 118

Dons d'ovules et d'embryons 98

Dopage 102

Dossier médical 33, 41, **57**, 61, 170

Dossier médical électronique 59

DRG – cf. Diagnosis Related Groups

Droit d'annoncer 143

Droit du patient de consulter et de copier son dossier médical 170

Droit médical 9, 11, 15

E

Effets indésirables 82

Employeur 147, **181**

Entrave à la liberté 111

Essais cliniques 119

Essai thérapeutique – cf. thérapie non établie

Évaluation des médecins sur Internet 136

Examen d'entrée 147

Examen du cadavre 141

Examens radiologiques 69

Exécution de la peine 113

Expertise **164**, 166, 167, **175**

F

Facturation 129, 134, 152

Facture 83, 85, **154**

Faute de traitement 165

Faute personnelle de l'assuré 72

Fécondation in vitro 98

Fermeture de cabinet 185

Fin de la vie 106

Formateur 192

Formation approfondie 18

Formation continue 19

Formation postgraduée **17**, 18, 122, 194

Formule magistrale 63

Fournisseurs de prestations et libre choix dans la LAMal 75

Franchise 88, 91, 158, 159, 160

G

Garantie de paiement préalable 93

Génériques 82

Gestionnaire de cas – cf. case manager

Goodwill 183, **187**

H

Hôpital public 34

I

Impôts 183

Incapacité de discernement **31**, **43**, 49, 50, 52

Incapacité de gain 28, **159**, 165, 183

Incapacité de travail **148**, 149, 159, 165, 183, 191

Indemnités journalières 73, 147, **151**

Industrie 19, 66, **127**, 184

Information du patient 38

Insémination artificielle 98

Institution commune LAMal 78

Institut suisse pour la formation médicale postgraduée et continue (ISFM) 17, **18**, 26

Intégrité scientifique 118, **126**

Interruption de grossesse 99

Intervention tarifaire 84

Invalidité – cf. assurance-invalidité

IT – cf. incapacité de travail

L

Laboratoire 70

LAGH – cf. analyses génétiques

LAMal – cf. assurance-maladie

Lésion corporelle 38

Liberté de contracter 27, **29**, 160

Libre choix du médecin **33**, **36**, 85, 105

Libre circulation des personnes **18**, 71

Liste des médicaments avec tarif (LMT) 80

Liste des moyens et appareils (LiMA) 80

Liste des spécialités (LS) 80

Listes de médecins généralistes 78

Litiges **83**, 90, 92, 94, 186

Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (LRH) 118

Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH) 96

Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) **28**, 71

Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) 98

Loi fédérale sur la protection des données (LPD) 133, 170

Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules 101

Loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP) 61

Loi relative à la recherche sur les cellules souches 13, 119

Loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH) – cf. recherche sur l'être humain

Loi sur l'assurance-maladie – cf. assurance-maladie

Loi sur la tuberculose 13

Loi sur le contrat d'assurance (LCA) 29

Loi sur l'enregistrement des maladies oncologiques 139

Loi sur les denrées alimentaires 13

Loi sur les épidémies 14, **100**

Loi sur les produits thérapeutiques 13, 66, 121

Loi sur les professions de la santé (LPSan) 21

Loi sur les professions médicales 17, **20, 23**

Loi sur l'exercice des professions médicales 13

LPTH – cf. loi sur les produits thérapeutiques

M

Maladie professionnelle 88

Maladies transmissibles 100

Managed Care 14, 72, **77**, 115

Mandat pour cause d'inaptitude **49**, 50, 55

Matériel biologique d'origine humaine (biomatériel) 118

Maternité de substitution 98

Matière d'information 96, 171

Mauvais traitements 115

MEBEKO 18, 26

Médecin agréé 35

Médecin-conseil 131, 149, 152, **153**

Médecine du sport 102

Médecin employé par un hôpital ou dans un cabinet 181

Médecins et industrie – cf. Industrie

Médecin spécialiste 194

Médias sociaux 11

Médicaments en co-marketing 82

Mention de titres 26

Mesures de contrainte 111

Mesures de réadaptation 91, 93, 159

Meurtre à la demande 107

Mineurs 44

Mise en danger de soi ou d'autrui 111

Moyens et appareils – cf. liste des moyens et appareils

N

Numéro d'identification 155, **187**

Numéro RCC 70, **185**

O

Off-label use 66

Ombudsman 127, **177**, 178

Ordonnance de formation 192

Ordonnances 11

Ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal) 71

Ordonnance sur les essais cliniques de produits thérapeutiques (OClin) – cf. essais cliniques

Ouverture, reprise et fermeture de cabinet 185

P

PaKoDig (Paritätische Kommission Dignität) – cf. Commission paritaire pour la valeur intrinsèque

Patient mécontent 177

Placement à des fins d'assistance 53

Plan de formation 192

Poursuites 157

Préjudices causés à la suite d'une vaccination 100

Prescription, délais de – cf. délai de prescription

Prestation obligatoire 73

Prestations en nature 28, 73, 88, 91

Prestation supplémentaire 85

Prévoyance professionnelle 160

Principe de prise en charge des coûts 73

Principe des deux armoires 188

Principe des « quatre piliers » 64

Prise en charge par l'assurance obligatoire 80

Procédure pénale 131, **177**

Procréation médicalement assistée 98, 126

Propharmacie 63

Protection contre les congés en cas de maladie, accident, service militaire et maternité 191

Protection de l'adulte 49

Protection de la jeunesse 195

Protection de la maternité 196

Protection de la santé en cas de maternité 195

Protection des données 125, 129, **133**

Protection des marques 26

Protection tarifaire 78, 85

Protocole d'Istanbul 161

Publicité 23, **26**

R

Radioprotection 69

Réadaptation 83

Recherche 118

Recherche sur l'être humain 118

Reconnaissance des unités fonctionnelles 86

Reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles 18

Registre des professions médicales 20

Registres 118

Réglementation de la quote-part 82

Règlement général de l'UE sur la protection des données 135

Remise de médicaments 62

Renoncement volontaire à l'alimentation et à l'hydratation (RVAH; jeûne ante mortem) 108

Renseignements au parent qui n'a pas l'autorité parentale de l'enfant 143

Rente – cf. incapacité de gain

Renvoi ou d'expulsion d'étrangers **140**, 161

Répercussion des avantages 83

Représentant dans le domaine médical 52

Requérants d'asile 115

Résiliation du contrat de travail 191

Responsabilité civile 24, 37, 39, 121, **172**

Responsabilité de l'entreprise 181

Responsabilité déontologique 182

Responsabilité disciplinaire et administrative dans les hôpitaux publics 182

Responsabilité pénale 182

S

Sans-papiers 115

Sauvetage 25

Secret du patient – cf. secret médical

Secret médical 59, **129**, 149, 172, 178

Secret professionnel 129

Sédation palliative 108

Service de garde et d'urgence 23

Service médical régional 159

Service militaire 137, **191**

Service tarifaire de la FMH 86

Sociétés de capitaux 189

Soft law 11

Solution des délais 99

Sphère privée, droit à la 10, **129**

Stérilisation 99

ST Reha 83

Structure tarifaire 84, 155

Stupéfiants 142

Substances psychotropes 64
Suicide – cf. assistance au suicide
SwissDRG 83, 87
Swissmedic **62**, 65, 119, 138
Systèmes d'incitation fondés sur le volume de prestations 184

T

TARMED 19, **83**, 84, 89
TARPSY 83, **155**
Tenue électronique du dossier médical (DM) 59
Thérapie non établie 68, 119
Touristes **72**, 79
Traitement imposé indirectement par le juge pénal ou l'assureur 113
Traitement obligatoire – cf. mesures de contrainte
Transfert d'embryons 98
Transplantation d'organes 101

U

Unlicensed use **66**, 80

V

Vacances 150, **192**, 197
Valeur intrinsèque 86
Valeur probante 166

