

# Bases juridiques pour le quotidien du médecin

Un guide pratique

2<sup>e</sup> édition, révisée et complétée par un chapitre consacré au droit de la protection de l'adulte

Editée par l'Académie Suisse des Sciences Médicales et la Fédération des médecins suisses (FMH)

**Editeur**

Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM)  
Petersplatz 13, CH-4051 Bâle  
T +41 61 2699030, mail@samw.ch, www.samw.ch

Fédération des médecins suisses (FMH)

Elfenstr. 18, CH-3000 Berne 15  
T +41 31 359 11 11, lex@fmh.ch, www.fmh.ch

**Mise en page**

Howald Fosco, Bâle

**Photos**

Howald Fosco, Bâle  
sauf p. 135: © Dmitry Pistrov – Fotolia.com

**Impression**

Schwabe Druckerei, Muttenz

2<sup>e</sup> édition, révisée 2013

D'autres exemplaires de cette brochure peuvent être  
obtenus gratuitement auprès de l'ASSM.

© ASSM/FMH 2013

# Bases juridiques pour le quotidien du médecin

Un guide pratique

---

2<sup>e</sup> édition, révisée et complétée par un chapitre consacré au droit de la protection de l'adulte

Éditée par l'Académie Suisse des Sciences Médicales et la Fédération des médecins suisses (FMH)



<b>0. PRÉAMBULE</b>	7
<b>1. FONDEMENTS DU DROIT</b>	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	12
1.4. Tendances pour l'avenir	13
<b>2. CONDITIONS GÉNÉRALES DE L'ACTIVITÉ MÉDICALE</b>	16
2.1. Formation prégraduée, postgraduée et continue	16
2.2. Le registre des professions médicales	19
2.3. Autorisation d'exercer et admission à pratiquer à la charge des caisses	20
2.4. Devoirs professionnels	20
2.5. Publicité et mention de titres	23
2.6. Assurances sociales et assurances privées	24
<b>3. DROIT DE LA PROTECTION DE L'ADULTE</b>	27
3.1. Mesures personnelles de prévoyance	27
3.2. Mesures appliquées de plein droit aux personnes incapables de discernement	28
3.3. Séjour en home et en établissement médico-social	29
3.4. Mesures prises par l'autorité	29
3.5. Les autorités de protection de l'adulte	31
3.6. Procédure	32
<b>4. FONDEMENTS JURIDIQUES DU TRAITEMENT DES PATIENTES ET DES PATIENTS</b>	34
4.1. Le contrat de soins conclu entre le médecin et son patient	34
4.2. Information du patient	39
4.3. Consentement	43
4.4. Directives anticipées du patient	45
4.5. La tenue du dossier médical	46
4.6. Médicaments, stupéfiants et dispositifs médicaux	48
4.7. «Off label use» et «unlicensed use»	51
4.8. Thérapies non établies administrées à certains patients	52
4.9. Examens radiologiques et laboratoire	52

4.10. Principes fondamentaux de l'assurance-maladie obligatoire	54
4.11. Fournisseurs de prestations et libre choix dans la LAMal	56
4.12. Managed Care	59
4.13. Assurance qualité, registres clinique et épidémiologique, accréditation et certification	60
4.14. Prise en charge par l'assurance obligatoire des soins des médicaments, moyens et appareils dans la LAMal	63
4.15. Droit des tarifs et procédure en cas de litiges dans la LAMal	66
4.16. Le traitement des patients dans l'assurance-accidents, l'assurance militaire et l'assurance-invalidité	69
<b>5. SITUATIONS PARTICULIÈRES LORS DE LA PRISE EN CHARGE DES PATIENTES ET DES PATIENTS</b>	76
5.1. Analyses génétiques	76
5.2. Procréation médicalement assistée	78
5.3. Interruption de grossesse non punissable	79
5.4. Stérilisation	79
5.5. Médecine de la transplantation	80
5.6. Prise en charge médicale des sportifs; dopage	81
5.7. Traitement et prise en charge médicale de personnes âgées en situation de dépendance	82
5.8. Décisions médicales relatives à la fin de la vie	83
5.9. Assistance au suicide	86
5.10. Mesures de contrainte en médecine	88
5.11. Prise en charge médicale de patients en cours d'exécution de peine	91
5.12. Prise en charge médicale des sans-papiers et des requérants d'asile	93
<b>6. RECHERCHE</b>	95
6.1. Recherche sur l'être humain	95
6.2. Recherche sur les cellules souches	96
6.3. Intégrité scientifique	97

<b>7. LE MÉDECIN RÉDACTEUR DE RAPPORTS: DU SECRET PROFESSIONNEL À LA FACTURATION</b>	100
7.1. Secret médical (secret professionnel, secret du patient)	100
7.2. Protection des données	104
7.3. Droits et devoirs d'annoncer	106
7.4. Généralités concernant le certificat médical et le rapport médical	110
7.5. Rapports aux médecins cotraitants	110
7.6. Certificats et rapports aux employeurs et aux assureurs d'indemnités journalières	111
7.7. Rapports et facturation dans l'assurance-maladie	113
7.8. Rapports et factures dans la LAA, la LAM et la LAI	119
7.9. Certificats et rapports médicaux aux caisses de pension et aux assurances-vie	121
7.10. Certificats et rapports médicaux dans les procédures d'asile	2
<b>8. LE MÉDECIN EN TANT QU'EXPERT</b>	125
8.1. Généralités concernant l'expertise médicale	125
8.2. Expertises médicales pour l'assurance sociale	127
<b>9. OBLIGATION DU MÉDECIN DE RENDRE COMPTE ET RESPONSABILITÉ DU MÉDECIN</b>	129
9.1. Obligation de rendre compte	129
9.2. Droit du patient de consulter et de copier son dossier médical	130
9.3. Responsabilité du médecin en droit civil et en droit pénal	132
9.4. Le patient mécontent	136
<b>10. MÉDECIN SALARIÉ ET MÉDECIN EMPLOYEUR</b>	139
10.1. Le médecin employé par un hôpital ou dans un cabinet	139
10.2. Le médecin indépendant: ouverture, reprise et fermeture de cabinet	142
10.3. Administration du cabinet médical	145
10.4. Obligations du médecin en sa qualité d'employeur	146
10.5. Protection de la jeunesse et de la maternité	150
<b>APPENDICE</b>	154



# Préambule

## à la seconde version remaniée

De nombreuses dispositions légales 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 de l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, qui remplace désormais le droit de la tutelle, pour présenter une deuxième 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 fin 2012.

Les textes sont à dessein rédigés de manière succincte, pour offrir une première approche sur les 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 groupe d'accompagnement scientifique de leur relecture attentive du manuscrit. Sans eux, cette brochure n'aurait pas pu être réalisée.

Dr Jürg Schlup  
Président de la FMH

Prof. Peter Meier-Abt  
Président de l'ASSM

\* [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → Services → Droit.



# 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 coexistence 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 d'une grande importance ne peuvent et ne doivent être prises exclusivement ni par les intéressés eux-mêmes, ni par les professions médicales concernées.

A 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, l'assistance au décès, la médication forcée); par ailleurs, 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 règles concrètes destinées aux cas particuliers. Le législateur se borne en principe à édicter des normes générales et compte sur le fait que les autorités et les citoyens les appliqueront de manière appropriée. 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.

Dans de nombreux cas, les pronostics sur l'appréciation juridique d'un comportement sont impossibles ou, du moins, ambigus; c'est ainsi que, parfois, il n'est possible de définir qu'après coup un comportement conforme au droit. Sous un tel angle, le droit ne se limite pas à une directive régissant le cadre de l'activité pratique du médecin et lui permettant de prévoir les conséquences de son propre comportement, mais apparaît également comme une épée de Damoclès sur la tête des protagonistes. Ceux-ci doivent alors constamment se demander comment le juge saisi se prononcerait ultérieurement sur leur comportement. Les normes applicables doivent en revanche, au moins dans le droit pénal, être définies de manière à ce que les conséquences d'un comportement soient aussi prévisibles que possible.

## 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 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. 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 dans la Convention européenne des droits de l'homme. 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. Ce droit garanti par ailleurs l'intégrité psychique et la liberté de mouvement, qui peut être touchée en cas d'internement dans un établissement.

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

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 contagieuses 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 font l'objet de lois fédérales spéciales.

Les traités internationaux, et notamment les conventions bilatérales avec l'UE, occupent eux aussi un rang égal à celui de la constitution.

### **Lois et ordonnances**

Au niveau inférieur suivant, celui des lois, figure une série de lois spéciales. Toutefois, il n'y a eu pendant longtemps que des réglementations isolées conçues spécialement pour l'activité médicale. Il s'agissait à cet égard de domaines de la vie dont l'importance était considérée telle qu'il ne pouvait être renoncé à légiférer, 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 qui revêt un intérêt dans le quotidien du médecin. Cette loi a fait l'objet, en 2007, d'une importante révision qui a introduit un nouveau système de financement hospitalier sous forme de forfaits par cas (DRG) et de rémunération fixe des mandats de prestations par les cantons et les assureurs. La révision est entrée en vigueur en 2009; elle est actuellement mise en œuvre par les cantons.

Ces dernières années, la Confédération a édicté une série de lois spéciales qui s'adressent spécifiquement aux professions médicales. C'est ainsi que sont entrées en vigueur la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (2002), la Loi sur la stérilisation (2005), la Loi sur la transplantation (2007), ainsi que la Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (2007). Le droit relatif à la recherche sur l'être humain a, lui aussi, fait l'objet d'une refonte complète. En 2010, le peuple et les cantons ont adopté un nouvel article constitutionnel relatif à la recherche sur l'être humain. Cet article est matérialisé par la Loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH), qui a été adoptée par le Parlement fin 2011 et entrera vraisemblablement en vigueur à l'automne 2013. En revanche, dans le domaine de l'assistance au décès, malgré plusieurs interventions parlementaires, le Conseil fédéral a renoncé à toute réglementation expresse de droit pénal, notamment de l'assistance organisée au suicide. Sont en outre pertinentes pour la pratique médicale de nombreuses dispositions légales qui ont un champ d'application général. Il convient de citer notamment:

- les dispositions du nouveau droit de la protection de l'adulte, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013, qui régit notamment les directives anticipées, la représentation dans le domaine médical et le placement à des fins d'assistance;
- les dispositions du code des obligations sur le mandat, applicables au contrat de traitement médical;
- les règles générales du droit de la responsabilité civile, qui déterminent les conditions et l'étendue des droits à des dommages-intérêts à l'encontre des professionnels de la santé;

- les dispositions pénales, notamment en matière de délits contre la vie et l'intégrité corporelle (p.ex. les lésions corporelles, l'homicide ou l'assistance au suicide) et en matière d'infractions aux devoirs professionnels (avant tout la violation du secret professionnel);
- la Loi fédérale contre la concurrence déloyale.

La Loi sur les produits thérapeutiques (2002), la Loi sur les épidémies et la Loi sur les professions médicales (2007) tiennent elles aussi un rôle essentiel en droit médical. Par ailleurs, de nombreuses lois cantonales contiennent des dispositions s'adressant spécifiquement aux médecins, notamment les lois en matière de pharmacie, de protection des données, les lois sur l'organisation des hôpitaux, les lois sur la santé publique ou les lois sur l'admission de professions médicales non-universitaires. Celles-ci diffèrent d'un canton à l'autre.

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 un Code de déontologie qui régit de nombreux principes de l'activité médicale, même si c'est le plus souvent en termes généraux (cf. chap. 2.4.).

#### **Directives médico-éthiques de l'ASSM**

Les Directives médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM) 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 presque tous les sujets de la discussion 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'Etat. 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 pratiquement 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 de dispositions internes à la profession, et donc de dispositions statutaires, pour la majorité des médecins. Par ailleurs, divers cantons ont conféré, par voie légale, une force contraignante à l'une ou l'autre de ces directives; celles-ci sont ainsi élevées au rang de lois formelles. Elles acquièrent donc le même caractère impératif que toute autre loi du canton concerné.

### **Directives cliniques**

Appartiennent également à la réglementation privée les directives cliniques formulées pour certaines indications. Elles décrivent en effet 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 actuels de la science. Les directives cliniques n'étaient jusqu'ici pas déterminantes en matière de responsabilité civile mais elles revêtent en revanche de l'importance dans le droit des assurances sociales dans lequel la sécurité du droit exige un certain schématisme.

## **1.4. Tendances pour l'avenir**

Ces dernières années ont été édictées toute une série de lois régissant les développements récents de la médecine. D'autres projets de lois ayant une influence directe sur le quotidien du médecin sont actuellement en cours d'élaboration.

Pendant longtemps, le législateur a semblé se tenir délibérément à distance des thèmes du droit médical. Il a ignoré dans une large mesure de nombreux développements récents de la médecine, bien que les instruments traditionnels de l'ordre juridique existant n'aient plus permis de répondre de manière satisfaisante aux questions qui se posaient désormais. C'est pourquoi, même en l'absence de légitimation étatique, les directives de l'ASSM ont constitué pendant longtemps l'unique référence des médecins.

Ce n'est que depuis quelques années que le législateur tient un rôle plus actif et assume à nouveau sa mission de pourvoir à la sécurité du droit. En effet, ces dernières années ont notamment été élaborées des lois visant à régler spécifiquement l'analyse génétique humaine, la procréation médicalement assistée, la transplantation, la stérilisation ou la recherche sur l'être humain. La Loi relative à la recherche sur l'être humain entrera vraisemblablement en vigueur en 2014, en même temps que les ordonnances en la matière, alors que la Loi sur la transplantation fait déjà l'objet d'une première révision partielle.

La Loi sur les professions médicales universitaires et la Loi sur les épidémies sont également en cours de révision. La révision de la Loi sur les professions médicales universitaires vise essentiellement à davantage concrétiser la médecine de premier recours et à intégrer les médecines complémentaires dans la formation universitaire et postgraduée. La révision totale de la Loi sur les épidémies permettra de dépister, surveiller, prévenir et combattre les maladies transmissibles. Dans le domaine du droit relatif à l'assurance-maladie, c'est avant tout l'actuelle mise en œuvre du nouveau financement hospitalier<sup>1</sup> qui revêt une importance pour la pratique médicale. Le projet dit de Managed Care a été largement rejeté en juin 2012 (voir les conséquences de ce rejet au chap. 4.12.). Deux autres projets de lois revêtent une importance dans le cadre du quotidien du médecin: le projet de loi sur la prévention vise à améliorer le pilotage, la coordination et l'efficacité des mesures de prévention, de promotion de la santé et de détection précoce. Dans le cadre de sa «Stratégie Cybersanté (eHealth) Suisse», le Conseil fédéral a élaboré un avant-projet de loi sur le dossier électronique du patient destiné à optimiser l'efficacité, la qualité et les processus de traitement et à augmenter la sécurité des services électroniques dans le domaine de la santé. En outre, le Conseil fédéral envisage d'aménager une base légale uniforme pour toute la Suisse destinée à répertorier les cancers et les autres maladies très répandues ou particulièrement dangereuses. Actuellement, le Parlement traite également l'initiative populaire «Oui à la médecine de famille», qui réclame un article constitutionnel destiné à promouvoir une telle médecine en même temps que la réintroduction de la clause du besoin pour les spécialistes.

En dépit du grand nombre de nouvelles lois, les directives de l'ASSM et le Code de déontologie de la FMH 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.

1 La FMH et H+ examinent les éventuelles conséquences de l'introduction de Swiss DRG sur le corps médical dans le cadre d'études concomitantes. Les résultats actuels de ces études peuvent être consultés sur le site: [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → Tarifs hospitaliers → Recherche concomitante.



# 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. Elle régit aussi l'exercice de la profession de médecin en Suisse et la tenue du registre des professions médicales (MedReg). En vigueur depuis septembre 2007, la LPMéd fait actuellement l'objet d'une première révision.

### 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 six ans dans l'une des cinq facultés de médecine de Bâle, Berne, Genève, Lausanne et Zurich. Il est possible d'accomplir le Bachelor of Medicine (BMed) à Fribourg, et la première année d'études à Neuchâtel. Plusieurs facultés font passer un test d'aptitude aux candidats (numerus clausus). Quiconque termine son Master of Medicine (MMed) avec succès et réussit son examen fédéral obtient le diplôme fédéral de médecin. Ce diplôme autorise à exercer uniquement de manière non indépendante dans un hôpital ou un cabinet privé.

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 à titre indépendant, et donc pour ouvrir un cabinet médical (cf. chap. 10.2.).

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 44 programmes de formation postgraduée accrédités par le Département fédéral de l'intérieur.<sup>2</sup> 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 (liste des opérations). La plupart des programmes exigent la participation à des sessions de formation postgraduée et continue théoriques, parfois aussi l'attestation de publications scientifiques.

2 L'aide-mémoire figurant sur le site internet de l'Institut suisse pour la formation médicale postgraduée et continue (ISFM) propose un aperçu rapide de toutes les questions importantes relatives à la formation, la formation postgraduée et la formation continue ([www.siwf.ch](http://www.siwf.ch) → FR).

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.<sup>3</sup> La formation postgraduée de spécialiste s'effectue essentiellement dans des hôpitaux et cliniques reconnus à cet effet et intégrés dans un système de certification. Les listes des instituts de formation postgraduée reconnus et le logbook électronique joueront vraisemblablement, dès 2013, un rôle déterminant pour le financement de la formation postgraduée structurée par les cantons.

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 que tous les candidats à un titre de spécialiste en médecine de premier recours puissent avoir accès à un assistantat en cabinet médical.

Outre les titres de spécialiste fédéraux précités, l'ISFM délivre des attestations de formation complémentaire et de formation approfondie 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. A 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 réalisé. 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

3 [www.siwf.ch](http://www.siwf.ch) → FR → Formation postgraduée médecins-assistants → e-logbook.

acquises en dehors de l'UE ne sont pas reconnues directement, et ne peuvent être reconnues qu'indirectement par le biais d'un Etat membre de l'UE, à des conditions clairement définies.<sup>4</sup>

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.

Tous les médecins possédant un titre fédéral de formation postgraduée, ou un titre postgrade étranger reconnu, sont répertoriés sur la liste des médecins de la FMH, accessible au public, et dans le registre des professions médicales de la Confédération.<sup>5</sup>

### **Formation continue**

La LPMéd exige de toute personne possédant un titre de formation postgraduée 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 par sondages si cette formation est accomplie de manière appropriée. 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 44 sociétés de discipline, 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 plateforme 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, [www.doctorfmh.ch](http://www.doctorfmh.ch), 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 la FMH 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.<sup>6</sup>

4 Les bases légales et des références supplémentaires sont disponibles sur le site internet de l'ISFM: [www.siwf.ch](http://www.siwf.ch) → FR → Relations internationales.

5 [www.doctorfmh.ch](http://www.doctorfmh.ch) et [www.medreg.admin.ch](http://www.medreg.admin.ch).

6 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](http://www.siwf.ch) → FR → Formation continue.

L'industrie a le droit de financer les manifestations et les congrès de formation continue. L'ordonnance sur la publicité pour les médicaments exige en revanche que l'hospitalité offerte dans le cadre de congrès scientifiques ou de manifestations promotionnelles conserve «des proportions raisonnables» et reste «accessible par rapport à l'objectif principal de la réunion».

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 par les sociétés de discipline: 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.

## 2.2. Le registre des professions médicales

Le registre des professions médicales (MedReg) ne recense à ce jour que les membres des professions médicales (médecins, pharmaciens, dentistes, vétérinaires) qui sont soit titulaires d'un diplôme suisse de médecin ou d'un titre suisse de formation postgraduée, soit titulaires d'un diplôme étranger de médecin formellement reconnu par la Confédération ou d'un titre étranger de formation postgraduée formellement reconnu.<sup>7</sup> La FMH est d'avis que le registre MedReg devrait recenser toutes les personnes exerçant la profession de médecin et traitant des patients en Suisse, y compris celles qui ne sont pas en possession d'un diplôme formellement reconnu. En effet, la protection des patients exige que ce registre permette de prendre d'éventuelles mesures disciplinaires à l'encontre de l'ensemble des médecins et qu'il serve de fondement aux droits d'accès au futur dossier électronique du patient liés à la fonction «médecin» et prévus par la LDEP.

7 «Le registre des professions médicales contient des données concernant les titulaires de diplômes et de titres postgrades selon la LPMéd», art. 2 de l'Ordonnance concernant le registre LPMéd.

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

Bien que l'autorisation d'exercer soit réglée dans la LPMéd pour tout le territoire suisse, la compétence de délivrer cette autorisation et d'en surveiller l'application revient aux cantons. Toute personne qui possède un diplôme de médecin suisse ou reconnu et un titre de formation postgraduée suisse ou reconnu, qui a bonne réputation et est en bonne santé, est habilitée à demander une autorisation cantonale d'exercer. Les cantons n'ont pas le droit d'exiger d'autres qualifications professionnelles (cf. chap. 10.2.). Un gel des admissions à pratiquer à charge de l'assurance-maladie sera probablement réintroduit à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2013 pour les spécialistes ainsi que pour les médecins de premier recours titulaires d'un titre de spécialiste supplémentaire; il sera par conséquent nécessaire, en plus de l'autorisation cantonale d'exercer, d'obtenir une admission à pratiquer à charge de l'assurance-maladie pour adhérer aux conventions tarifaires LAMal et pouvoir traiter les patients remboursés par les caisses-maladie (cf. chap. 10.2. concernant les révisions de la LAMal).

Les lois cantonales arrêtent les conditions liées à l'exercice d'une activité indépendante.

## 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 Loi sur les professions médicales (LPMéd) règle à son art. 40 quelques-uns des principaux devoirs professionnels des médecins libres praticiens: elle stipule qu'ils doivent exercer leur activité avec soin et conscience professionnelle, 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 appropriée ou veiller à conclure d'autres assurances équivalentes. La direction cantonale de la santé vérifie que ces devoirs professionnels sont respectés.

Le Code de déontologie de la FMH<sup>8</sup> s'applique à tous les membres de la FMH, indépendamment de leur position professionnelle. Il explicite les principaux

8 Voir [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → FR → Bases juridiques → Code de déontologie.

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 ou la gestion des dossiers de patients. De même, la plupart des directives médico-éthiques de l'ASSM sont devenues partie intégrante de la déontologie médicale par leur inclusion dans le Code de déontologie.

Le Code de déontologie contient en outre des dispositions sur la collaboration entre médecins, lesquels sont tenus d'échanger des informations sur les constats et traitements relatifs à un patient pris en charge conjointement, pour autant que celui-ci ait donné son accord. Les critiques, lorsqu'indispensables, doivent être exprimées de manière objective.

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, de l'ASMAC ou de l'AMDHS.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

### **Devoir de prêter assistance**

«Celui qui n'a pas prêté secours à une personne en danger de mort imminent, alors que l'on pouvait raisonnablement l'exiger de lui», se rend punissable.<sup>11</sup> Quiconque, en montagne, croise un blessé sur le bord du chemin, doit lui porter secours. Le degré de ce qu'on peut exiger du sauveteur dépend notamment de ses connaissances et capacités en la matière, si bien que le devoir des médecins de prêter assistance est plus étendu que celui des profanes. Il est général et ne dépend pas de la question de savoir si le médecin est «en service» ou non. L'autorisation d'exercer ou non n'entre pas non plus en ligne de compte. Les premiers secours doivent bien entendu être eux aussi prodigués soigneusement. Toutefois, en Suisse, personne ne devait craindre jusqu'à présent des demandes d'indemnisation suite au reproche d'avoir fourni une aide erronée. Comme il s'agit d'un devoir civil général, il incomberait ici à l'assurance-responsabilité civile privée

9 Est compétente celle de ces organisations de base dont le médecin est membre.

10 Le 15 mai 2007, le Tribunal administratif du canton de Vaud a ainsi prononcé l'acquiescement 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.

11 Art. 128 CP, Omission de prêter secours: «Celui qui n'aura pas prêté secours à une personne qu'il a blessée ou à une personne en danger de mort imminent, alors que l'on pouvait raisonnablement l'exiger de lui, étant donné les circonstances, celui qui aura empêché un tiers de prêter secours ou l'aura entravé dans l'accomplissement de ce devoir, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.»

de prendre en charge une faute de traitement. Les médecins n'ont donc pas besoin de conclure une assurance-responsabilité civile professionnelle pour ce qui est du devoir de prêter secours.

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 posé qu'un danger de mort imminent est donné lorsqu'une personne risque de mourir quelques heures après avoir consommé une surdose d'héroïne. L'obligation de prêter secours incombe à quiconque se trouve dans l'appartement de la personne en danger; dans les circonstances en question, il aurait suffi, selon le TF, de demander une assistance médicale par téléphone (ATF 121 IV 18). On connaît d'autre part l'acquittement d'un spécialiste en exercice qui avait continué à traiter son patient au cabinet alors qu'une personne gisait sur le trottoir en situation de détresse, près de son cabinet. Le juge avait justifié l'acquittement par la présence d'un service médical de garde et d'urgence dans la localité.

### **Service des urgences**

Les médecins praticiens sont tenus de collaborer au service des urgences organisé. La LPMéd et les lois cantonales sur la santé publique les y obligent. Les cantons ont délégué l'organisation d'un service des urgences à la société cantonale de médecine concernée. Celle-ci peut exempter certains médecins du devoir de collaborer. Selon le Tribunal fédéral, le service des urgences est un service public dont l'organisation est régie par le droit public. C'est pourquoi les critères relatifs à la taxe de compensation, notamment, doivent être fixés dans une loi formelle.<sup>12</sup> En revanche, les cantons organisent eux-mêmes les services de secours et de sauvetage, p.ex. par ambulance et par hélicoptère, ou en délèguent l'organisation à des organismes tiers (Rega, etc.). Selon le tarif TARMED en vigueur, les interventions effectuées – consultation d'urgence, visite d'urgence – sont remboursées par l'assurance sociale. Dans l'optique d'une promotion de la médecine de famille, il existe des possibilités d'amélioration en matière de financement de l'organisation des services d'urgences, des centrales téléphoniques et des services de garde.

### **Sauvetage**

Le «Forum du sauvetage» de la FMH a défini les objectifs et les critères du service médical d'urgence en 2001 et édicté des Lignes directrices pour le domaine du sauvetage en Suisse en 2010.<sup>13</sup> 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.

12 Arrêt du Tribunal fédéral du 25 octobre 2011, 2C\_807/2010.

13 [www.fmh.ch/files/pdf4/Lignes\\_directrices.pdf](http://www.fmh.ch/files/pdf4/Lignes_directrices.pdf).

## 2.5. Publicité et mention de titres

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 Loi sur les professions médicales (LPMéd) et le Code de déontologie autorisent la publicité et l'information pour autant qu'elles soient objectives, correspondent aux besoins du public et ne soient ni trompeuses, ni excessives.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.

La mention de titres académiques, de qualifications professionnelles, de prestations de service ou d'affiliations sur le courrier, dans l'annuaire, etc., relève de la publicité. 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. La FMH et l'ISFM sont en train d'élaborer 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. Il sera publié dans le cours de l'année 2013.

### Inscriptions dans le registre – «Arnaque à l'annuaire»

Les cabinets médicaux sont, eux aussi, sollicités plus souvent qu'auparavant par des offres d'inscriptions dans les registres les plus divers, et notamment des registres électroniques, impliquant souvent des frais élevés et une utilisation discutable.

La Confédération a révisé la Loi sur la concurrence déloyale (LCD) et défini de nouveaux éléments constitutifs de la déloyauté à l'art. 3 al. 1 let. p et q. D'autres informations, notamment sur la marche à suivre en cas de conclusion involontaire d'un contrat avec un exploitant d'annuaire, sont consultables sur le site de la FMH ainsi que sur celui du SECO.<sup>16</sup>

14 Art. 40 let. d LPMéd.

15 Annexe 2 du Code de déontologie de la FMH. Un médecin n'est, par exemple, pas autorisé à faire de la publicité en se servant des témoignages de patients reconnaissants.

16 [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → FR → Services → Droit → Conseils pratiques ou [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) → Français → Thèmes spéciaux → Concurrence déloyale → Conseils pour le consommateur.

## 2.6. Assurances sociales et assurances privées

Les assurances sociales sont obligatoires; 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

Onze assurances sociales différentes ont vu le jour au cours des quatre-vingt dernières années. 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 – pour autant qu'elle soit encore appliquée – l'assurance d'indemnités journalières selon la LAMal jouent également un rôle pour les médecins qui rédigent des rapports.

Les principes suivants sont applicables aux assurances sociales:

- toute personne habitant en Suisse doit s'assurer;<sup>17</sup>
- l'assureur social n'a pas le droit de sélectionner les risques et doit assurer tout le monde;<sup>18</sup>
- les prestations sont définies sur le plan légal et sont versées selon des règles forfaitaires;
- 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; il en va de même à l'égard des prestataires;<sup>19</sup>
- les primes ne sont pas fixées selon le risque individuel. Le principe de réciprocité s'applique, ce qui signifie que les assurés constituent une communauté solidaire donnant à chacun un accès payant à la sécurité sociale;
- l'assureur social dispose d'un droit légal à l'information; cependant, il ne peut avoir accès qu'aux renseignements nécessaires pour accomplir la tâche que lui confère la loi.

La surveillance en la matière relève de la compétence de l'OFAS ou de l'OFSP (en ce qui concerne la LAMal et la LAA).

17 A l'exception de l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie selon la LAMal, art. 69 ss LAMal.

18 A nouveau à l'exception de l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie selon la LAMal, art. 69 ss 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. Il en va de même dans les cas de libre passage de la LPP surobligatoire, qui, sur la base de la Loi sur le libre passage de 1993, présente tant les caractéristiques d'une assurance privée que celles d'une assurance sociale.

19 Voir notamment Ueli Kieser, Tina Schleich, Vom ärztlichen Recht auf Verträge, Managed Care 4/04 p. 10 ss.

Depuis 2003, les assurances sociales sont partiellement coordonnées dans le cadre de la Loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales (LPGA), laquelle définit entre autres les notions juridiques de maladie, d'accident, d'incapacité de travail, de perte de gain et d'invalidité; elle règle aussi les litiges entre assurés et assurances sociales (cf. chap. 4.10., 4.15. et 4.16.).

### **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 n'a pas l'obligation d'assurer tout un chacun. Il a le droit de déterminer l'état de santé du requérant et de refuser de l'assurer en cas de mauvais risques, de prononcer des réserves ou d'exiger des primes plus élevées. La personne qui contrevient à l'obligation de déclarer en donnant de fausses indications sur son état de santé, perd sa protection d'assurance.<sup>20</sup>
- Les prestations assurées sont définies dans le contrat d'assurance (et non dans la loi).
- La surveillance en la matière incombe à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), l'accent étant mis sur la santé financière de l'institution.

L'assureur privé et l'assuré sont juridiquement placés sur un pied d'égalité. L'assureur n'émet ni décision passible d'opposition, ni décision sur opposition. En cas de litige, l'assuré doit saisir le juge civil.

<sup>20</sup> Art. 6 al.1 LCA.



# Droit de la protection de l'adulte

A l'issue de longs travaux préparatoires, le droit de la protection de l'adulte (art. 360 à 456 CC<sup>21</sup>) a été adopté par les Chambres fédérales le 19 décembre 2008, et son entrée en vigueur fixée par le Conseil fédéral au 1<sup>er</sup> janvier 2013. Ce nouveau droit vise à protéger les personnes affectées d'un état de faiblesse (dû p.ex. à la démence ou à un trouble psychique) et ayant besoin de protection et d'assistance, et propose des instruments adaptés à cette fin. Le mandat pour cause d'inaptitude permet à une personne capable de discernement de régler la question de l'assistance et de sa représentation juridique au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Dans les directives anticipées, une personne capable de discernement détermine les soins médicaux qu'elle accepte ou qu'elle refuse au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Grâce à ces instruments, une personne peut faire perdurer son droit à l'autodétermination au-delà de sa propre incapacité de discernement. Si une personne incapable de discernement n'a pas pris de telles mesures, le nouveau droit de la protection de l'adulte accorde certains droits de représentation aux membres de sa famille ou à ses proches. Enfin, si les mesures prises par la personne concernée ou l'aide des proches s'avèrent insuffisantes, des mesures adaptées prises par l'autorité (curatelles et placement à des fins d'assistance) préservent, à titre d'ultima ratio, le bien-être et les intérêts des personnes affectées d'un état de faiblesse et ayant besoin de protection et d'assistance.

## 3.1. Mesures personnelles de prévoyance

Le droit de la protection de l'adulte propose deux instruments afin de faire perdurer le droit à l'autodétermination d'une personne au-delà de son incapacité de discernement.

Le mandat pour cause d'inaptitude permet à une personne capable de discernement de charger une personne physique ou morale (p.ex. Pro Senectute ou une banque) d'agir pour elle au cas où elle deviendrait incapable de discernement (art. 360 ss CC). Les tâches des mandataires peuvent concerner l'assistance personnelle, la gestion du patrimoine et/ou les rapports juridiques avec les tiers. L'assistance personnelle inclut également les instructions relatives à d'éventuels soins médicaux.

21 Code civil suisse (RS 210).

La personne concernée doit avoir l'exercice des droits civils, à savoir être majeure et capable de discernement, au moment où elle confère le mandat pour cause d'incapacité. En raison de sa portée, le mandat pour cause d'incapacité est soumis à des conditions de forme strictes. Il doit être constitué soit en la forme authentique, soit en la forme olographe.

Les directives anticipées (voir également chap. 4.4.) 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 (art. 370 ss CC). Le médecin est compétent au premier chef pour juger de la validité des 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.

### 3.2. Mesures appliquées de plein droit aux personnes incapables de discernement

Le nouveau droit de la protection de l'adulte accorde certains droits de représentation aux membres de la famille et aux proches d'une personne incapable de discernement. Les mesures prises par l'autorité et prévues par le droit de la protection de l'adulte ne sont ordonnées que si les mesures personnelles de prévoyance et l'assistance fournie par les proches s'avèrent insuffisantes.

Selon le nouveau droit de la protection de l'adulte, le conjoint ou le partenaire enregistré d'une personne incapable de discernement dispose du pouvoir légal de la représenter dans certains domaines (pouvoir légal de représentation, art. 374 CC). Il est autorisé notamment à procéder à tous les actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne incapable de discernement. L'autorité de protection des adultes n'intervient pas à cet égard. Cette réglementation élargit ainsi les pouvoirs de représentation déjà conférés au conjoint par le droit matrimonial<sup>22</sup> et au partenaire enregistré par la Loi sur le partenariat<sup>23</sup>.

Si une personne incapable de discernement n'a pas laissé d'instructions concernant d'éventuels soins médicaux, le nouveau droit de la protection de l'adulte détermine qui est habilité à la représenter et à consentir ou non à de tels traitements (pouvoir de représentation dans le domaine médical, art. 378 CC). Est habilité au premier chef la personne désignée par les directives anticipées ou le mandat pour cause d'incapacité. 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

<sup>22</sup> Voir art. 166 CC.

<sup>23</sup> Voir art. 15 LPart (Loi sur le partenariat; RS 211.231).

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 du 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. Si le médecin peut, à certaines conditions, s'écarter des instructions contenues dans les directives anticipées au sujet d'un traitement médical, il est en principe lié par la décision du représentant. Si toutefois les intérêts de la personne incapable de discernement sont menacés ou ne sont plus sauvegardés, l'autorité de protection de l'adulte désigne un autre représentant sur requête du médecin ou d'un autre proche, ou de sa propre initiative.

Lorsqu'il traite une personne incapable de discernement, le médecin est tenu d'établir un traitement et de l'adapter à l'évolution de la médecine et à l'état de la personne concernée (art. 377 CC). Il discute le traitement avec le représentant et le lui explique, de sorte que celui-ci soit en mesure de donner son consentement éclairé au traitement. Dans la mesure du possible, la personne incapable de discernement doit être associée au processus de décision.

### 3.3. Séjour en home et en établissement médico-social

Afin d'assurer la protection des personnes incapables de discernement résidant pendant une période prolongée dans un home ou un établissement médico-social, le nouveau droit impose la conclusion d'un contrat d'assistance écrit (art. 382 ss CC). Ce contrat établit les prestations à fournir par l'institution. Il ne porte pas sur les prestations médicales. La personne habilitée à conclure un tel contrat est le représentant dans le domaine médical.

### 3.4. Mesures prises par l'autorité

Les mesures prises par l'autorité liées à la protection de l'adulte doivent garantir le bien-être et les intérêts des personnes ayant besoin de protection et d'assistance. 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. La loi distingue les mesures liées à l'exercice d'un mandat officiel (curatelles) de celles qui ne sont pas liées à un tel mandat (actes de l'autorité de protection de l'adulte et privation de liberté à des fins d'assistance).

La curatelle est la seule mesure liée à l'exercice d'un mandat officiel prévue par le nouveau droit de la protection de l'adulte. 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 régler ses propres affaires 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'accompagnement, (2) la curatelle de coopération, (3) la curatelle de représentation et (4) la curatelle de portée générale. Il incombe à l'autorité de protection de l'adulte d'instituer une 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<sup>24</sup> à accomplir du curateur (art. 391 CC). Ces tâches concernent tant l'assistance personnelle que la gestion du patrimoine.

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.

Conformément aux art. 426 ss CC, 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 (cf. chap. 5.10.). Un tel placement vise à rendre son autonomie à la personne concernée et à la responsabiliser.

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 (art. 428 CC). Les cantons peuvent toutefois désigner des médecins qui sont habilités à ordonner le placement d'une personne en institution pour une durée de six semaines au plus (art. 429 CC). Une personne placée en institution a le droit de faire appel à une personne de confiance qui l'assistera pendant la durée de son séjour et jusqu'au terme des procédures en rapport avec celui-ci (art. 432 CC). La personne

24 Le texte allemand parle de « domaine de tâches » (Aufgabenbereiche).

de confiance a notamment pour tâche d'expliquer à la personne concernée les droits dont elle dispose et de l'aider à les exercer. Par ailleurs, elle collabore à l'élaboration du plan de traitement (art. 433 CC). Le placement à des fins d'assistance restreint la liberté de mouvement de la personne concernée, mais n'a pas, contrairement à la curatelle de portée générale, d'effets sur l'exercice des droits civils.

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 avec elle ou avec la personne de confiance un plan de traitement écrit, conformément aux art. 433 ss CC. Ce plan doit être soumis au consentement de la personne concernée avant le début du traitement. Si elle le refuse ou si elle ne peut y consentir 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 consentement de l'intéressé si certaines conditions restrictives sont réalisées.

### 3.5. Les autorités de protection de l'adulte

Le nouveau 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. En outre, le droit de la protection de l'adulte définit certaines fonctions, notamment celle du curateur. Enfin, il attribue certaines tâches aux tribunaux.

L'autorité de protection de l'adulte est une autorité interdisciplinaire désignée par les cantons (art. 440 CC). Elle se compose de trois membres au moins et prend en général ses décisions en tant qu'autorité collégiale. Dans le cadre de l'application du droit de la protection de l'adulte, cette autorité occupe une position clé. Elle examine si une curatelle doit être instituée pour protéger une personne ayant besoin d'aide, détermine le type de curatelle, nomme un curateur et définit ses tâches. Elle exerce une surveillance sur le curateur et intervient si les intérêts de la personne sous curatelle sont menacés. Mais l'autorité de protection de l'adulte assume également des tâches importantes qui ne sont pas liées aux mesures prises par l'autorité. Elle doit notamment vérifier la validité du mandat pour cause d'incapacité, l'interpréter et le cas échéant le compléter, ou encore, sur requête, examiner si les directives anticipées du patient sont respectées.

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 (art. 441 CC). Elle intervient d'office si elle a connaissance d'un manquement ou d'une omission de l'autorité de protection de l'adulte. Dans le cadre d'une surveillance générale, 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.

Si une personne a besoin d'assistance parce qu'elle se trouve dans un état de faiblesse, l'autorité de protection de l'adulte institue une curatelle. Le curateur assume les tâches qui lui sont assignées de cas en cas par l'autorité de protection de l'adulte et subvient aux besoins d'assistance et de protection de la personne concernée. Le nouveau droit de la protection de l'adulte prévoit quatre types différents de curatelle qui se distinguent clairement les uns des autres en fonction de l'intensité de l'atteinte qu'ils portent à la situation juridique de la personne concernée.<sup>25</sup> Le nouveau droit n'utilise plus la notion de «tutelle».

Les décisions de l'autorité de protection de l'adulte peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge cantonal compétent (art. 450 CC).

### 3.6. Procédure

L'autorité de protection de l'adulte du lieu de domicile de la personne concernée est compétente pour ordonner et annuler des mesures prises par l'autorité (art. 442 CC). La procédure est en principe régie par le droit cantonal, les cantons étant toutefois tenus d'observer certains principes de droit fédéral (art. 443 à 450e CC). L'autorité de protection de l'adulte intervient d'office ou après avoir été avisée qu'une personne a besoin d'aide (art. 443 CC). Cela signifie que toute personne peut informer l'autorité de protection de l'adulte qu'une personne semble avoir besoin d'aide. Avant d'ordonner une mesure, l'autorité examine les besoins d'assistance de la personne concernée et entend cette dernière (art. 444 CC).

Dans le cadre de sa fonction d'autorité de surveillance, l'autorité de protection de l'adulte agit en qualité d'instance de recours. Il est donc possible d'en appeler à l'autorité de protection de l'adulte contre tout acte ou toute omission du curateur (art. 419 CC).

Les décisions de l'autorité de protection de l'adulte peuvent faire l'objet d'un recours de la personne concernée ou de ses proches devant le juge compétent. Celui-ci dispose d'un plein pouvoir d'examen de la cause en fait et en droit et rend une nouvelle décision (450a). La voie du recours en matière civile devant le Tribunal fédéral est ouverte une fois que la voie de recours cantonale est épuisée.

Il est en outre possible de recourir devant l'autorité de surveillance de l'autorité de protection de l'adulte contre les actes ou les omissions de cette dernière. Contrairement à l'autorité de recours judiciaire, l'autorité de surveillance n'a toutefois pas la compétence d'annuler une décision de l'autorité de protection de l'adulte. Elle peut seulement inviter l'autorité de protection de l'adulte à appliquer le droit de manière correcte et uniforme.

<sup>25</sup> Voir ci-dessus les différents types de curatelle.



# Fondements juridiques du traitement des patientes et des patients

## 4.1. Le contrat de soins conclu entre le médecin et son patient

Le type de contrat conclu entre le médecin et son patient a une influence sur les modalités de la relation qui les lie. Il est donc important pour le médecin d'être au clair sur l'identité des parties au contrat de soins et de s'assurer que le patient l'est aussi.

Le contrat de soins se conclut en général par le simple fait qu'un patient sollicite une consultation. Pour qu'un tel contrat soit valablement conclu, le patient doit avoir l'exercice des droits civils, c'est-à-dire qu'il doit être majeur et capable de discernement.

Conformément au Code civil, l'incapacité de discernement d'une patiente ou d'un patient peut reposer sur les motifs suivants: le jeune âge, la maladie mentale, la faiblesse d'esprit, l'ivresse ou d'autres causes semblables qui la ou le privent de la faculté d'agir raisonnablement.<sup>26</sup> En ce qui concerne les enfants en bas âge, ce sont les parents qui concluent le contrat de soins en leur qualité de titulaires de l'autorité parentale.<sup>27</sup> Les personnes majeures incapables de discernement sont en principe représentées par un curateur ou toute autre personne habilitée à les représenter.<sup>28</sup> En cas d'incapacité de discernement passagère, et à défaut de représentant légal, il est procédé au traitement au titre de gestion d'affaires sans mandat.

Les patients capables de discernement mais mineurs ou faisant l'objet d'une curatelle de portée générale peuvent exercer, sans le consentement de leur représentant légal, «les droits qui ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité»<sup>29</sup>. Or, la conclusion d'un contrat de soins constitue un tel droit. 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 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

26 Art. 16 CC.

27 Art. 304 al. 1 CC.

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

29 Art. 19c al. 2 CC.

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. 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 par un médecin agréé;
- les soins prodigués dans une clinique privée par des médecins salariés;
- les soins prodigués dans un hôpital public;
- les soins prodigués dans un établissement médico-social.

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

### **Les soins prodigués en cabinet médical**

Les rapports liant un médecin libre praticien à ses patients sont en principe régis par les dispositions du Code des obligations (CO) sur le mandat simple.<sup>30</sup> Un tel mandat est en général conclu (sans qu'il ne soit nécessaire d'observer une forme quelconque) 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 obligation de soins, qu'en cas d'urgence ou si le droit cantonal le prescrit exceptionnellement. Le libre choix du médecin par le patient a donc en principe pour pendant le libre choix du patient par le médecin.<sup>31</sup>

En sa qualité de mandataire, le médecin doit en principe exécuter lui-même le traitement médical. Il va de soi que cela ne signifie pas pour autant qu'il ne puisse pas se faire assister par du personnel médical dans son cabinet. Il est cependant tenu de donner à ses auxiliaires des instructions adéquates, de tenir compte de leurs capacités lorsqu'il leur confie des tâches et de les surveiller.

Le médecin n'est pas tenu envers son patient par une obligation de résultat. Il a en revanche l'obligation d'agir avec diligence, en son âme et conscience et selon les règles de l'art médical (cf. chap. 9.3.). 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. Ce faisant, le médecin n'est pas lié uniquement par les instructions et les souhaits de ses patients. En effet, on ne doit accéder à la volonté du patient ou de ses représentants de bénéficiaire d'un traitement et d'une prise en charge spécifique que si ces soins correspondent aux règles communément reconnues.

30 Art. 394 à 406 CO.

31 Art. 4 al. 3 et art. 5 du Code de déontologie de la FMH. Toutefois, le médecin ne peut pas refuser des patients pour des motifs discriminatoires (couleur de peau, religion, etc.).

Le mandat du médecin porte sur l'anamnèse, l'examen, le diagnostic, le conseil et le traitement. Le médecin doit informer le patient (cf. chap. 4.2.). Ce n'est que de cette manière qu'ils peuvent convenir ensemble de la façon de procéder et planifier ainsi le traitement. Le patient ne peut déterminer librement s'il souhaite être soigné et de quelle manière que si son médecin l'a correctement renseigné.

En sa qualité de mandataire, le médecin est tenu de rendre en tout temps des comptes à son patient (cf. chap. 9.1.). Il s'ensuit notamment que le médecin a une obligation de tenir un dossier médical du patient (cf. chap. 4.5.). Le devoir de prendre des notes et de documenter le dossier résulte également du Code de déontologie de la FMH et des lois cantonales sur la santé. Ces textes 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.<sup>32</sup>

### **Les soins prodigués dans un hôpital public**

L'autorité responsable des hôpitaux publics est une collectivité publique. Les rapports entre médecins salariés et hôpitaux publics sont en principe régis par les prescriptions du droit cantonal de la santé. Il en va de même des relations juridiques entre hôpitaux publics et patients. Les rapports relatifs aux soins sont de nature publique et envisagés 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 activité officielle (sous réserve, le cas échéant, des consultations données par le médecin-chef). La responsabilité des médecins de l'hôpital public est dès lors régie au premier chef par le droit cantonal de la responsabilité de l'Etat. Il appartient donc à l'hôpital, respectivement à son assureur responsabilité civile,

32 Le médecin indépendant doit en outre observer ses obligations professionnelles au sens de l'art. 40 LPMéd.

de mener avec le patient d'éventuelles négociations concernant le versement de dommages-intérêts. Toutefois, dans la plupart des cantons, l'hôpital peut se retourner en interne contre le médecin si celui-ci a commis une faute grave.

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 et du Code de déontologie de la FMH. Alors que les prescriptions cantonales peuvent prévoir des règles différentes pour les employés des hôpitaux publics et les médecins libres praticiens, 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. Elle va en règle générale au-delà de la simple obligation de porter assistance. Un hôpital public étant soumis au droit public, les patients ont en principe droit en outre à l'égalité de traitement. Cependant, si un hôpital atteint les limites de ses capacités, il faut procéder à un triage. Les motifs médicaux sont alors décisifs en la matière.

### **Les soins prodigués dans un hôpital par un médecin agréé**

Dans un hôpital où exercent des médecins agréés, tant l'hôpital que le praticien 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. C'est pourquoi on parle 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. A juste titre, le médecin et l'hôpital concluent une assurance responsabilité civile auprès du même assureur afin d'éviter les problèmes de collisions d'intérêts. Le médecin agréé a en principe la même obligation de prodiguer des soins que le médecin libre praticien (voir ci-dessus). Est réservé toutefois un éventuel contrat conclu par l'hôpital et le canton (contrat de prestations).<sup>33</sup>

### **Les soins prodigués dans une clinique privée par des médecins salariés**

Si, du côté du prestataire de services, c'est la clinique privée et non le médecin à titre personnel qui conclut un contrat avec le patient en ce qui concerne le séjour hospitalier de ce dernier, on parle alors de «contrat global de soins». Comme dans le cas du médecin libre praticien, 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

<sup>33</sup> La révision de la LAMal de décembre 2007, relative au financement hospitalier, prévoit à l'art. 41a que les hôpitaux ont une obligation d'admission «dans les limites de leurs mandats de prestations et de leurs capacités».

contrat global de soins, elle répond également en première ligne des soins médicaux. Néanmoins, en cas de faute médicale, le médecin fautif peut également être poursuivi conjointement avec la clinique pour acte illicite. Dans un tel cas, la clinique doit toutefois libérer ses employés de l'obligation de verser des dommages-intérêts (cf. chap. 9.3.).

S'agissant de l'obligation de soins, les principes sont les mêmes que pour le médecin libre praticien (voir ci-dessus). Outre le droit cantonal, demeure toutefois réservé un éventuel contrat 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<sup>34</sup>. 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 prévues soit par leur contrat de travail, soit par un contrat de médecin d'EMS. Le statut des médecins agréés est régi par les mêmes règles du droit du mandat que les médecins libres praticiens.

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.<sup>35</sup> 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 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, le prestataire de services comme 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

34 Conformément à l'art. 382 al. 1 CC, un contrat d'assistance écrit doit être conclu pour les personnes incapables de discernement.

35 Art. 386 al. 3 CC.

au médecin les renseignements nécessaires sur lui et sur les maladies dont il est atteint.<sup>36</sup> 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.

### **Délais de prescription**

Les créances d'honoraires de droit privé se prescrivent par cinq ans.<sup>37</sup> Le patient doit cependant remettre dans les deux ans les factures relevant des assurances complémentaires. Le médecin doit donc facturer ses prestations avant l'échéance du délai de prescription, à défaut de quoi il risque de perdre son droit aux honoraires pour les prestations complémentaires. 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 dix ans.<sup>38</sup> 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 dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit.<sup>39</sup> Dans le secteur public, les prétentions en responsabilité civile se prescrivent le plus souvent dans des délais plus courts (fixés par le droit cantonal); certains cantons prévoient un délai de prescription plus court qui commence à courir dès la connaissance de la faute (sur la responsabilité civile, cf. également chap. 9.3. ci-dessous).

## **4.2. Information du patient**

Afin que le patient puisse consentir valablement à un traitement, il doit avoir été suffisamment informé. En cas de litige, le médecin ou l'hôpital doivent pouvoir apporter la preuve du caractère suffisant de l'information.

Tout traitement nécessite une information convenable du patient. Il s'agit en effet d'une condition de l'exécution du contrat de soins qui permet en outre de renforcer la confiance entre médecin et patient.

Lors d'opérations et d'autres traitements invasifs – incision, piqûre, radiothérapie, administration de médicaments –, l'information correcte du patient constitue par ailleurs un élément central sous l'angle du droit pénal: en effet, en droit

36 Les incombances sont des devoirs dont l'inexécution ne peut pas faire directement l'objet d'une action en justice. Un patient qui contrevient à une incombance ne doit pas verser de dommages-intérêts de ce fait, mais peut perdre en partie ou en totalité sa prétention en dommages-intérêts à l'encontre du médecin lorsqu'il ne lui a pas communiqué une information importante.

37 Art. 128 ch. 3 CO.

38 Art. 127 CO.

39 Art. 127 CO.

pénal, le consentement éclairé est le fait justificatif légitimant l'intervention qui, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, réalise les éléments constitutifs objectifs d'une lésion corporelle. Le médecin ne peut être recherché pénalement en cas d'existence d'une telle justification. En matière de protection de la personnalité et des droits fondamentaux, le consentement vaut également justification. Dès lors que l'intervention est autorisée, les prétentions à des dommages-intérêts et/ou à des indemnités pour tort moral ne sont plus recevables, pour autant que le médecin ait procédé avec diligence.

Le médecin qui opère et l'anesthésiste peuvent bien entendu déléguer l'obligation d'informer, par exemple au médecin-assistant ou au médecin ayant adressé le patient. Néanmoins, comme ce sont eux qui procèdent à l'intervention, ils assument les conséquences d'une information insuffisante. Dans un tel cas en effet, le consentement du patient n'est pas valable sur le plan juridique et l'intervention invasive est dès lors illicite.

Il n'existe pas, en Suisse, de pourcentage seuil fixe au-delà duquel le patient doit être informé des risques.<sup>40</sup> La formule standard du Tribunal fédéral à cet égard est la suivante: «Le patient doit être suffisamment renseigné sur l'intervention ou le traitement considéré pour pouvoir y consentir en connaissance de cause. L'information qui lui est donnée ne doit cependant pas susciter en lui un état d'appréhension préjudiciable à sa santé».<sup>41</sup> La médecine se voit en fait confier un mandat d'optimisation: afin que les patients comprennent et «digèrent» l'information dans le cadre d'interventions médicales nécessaires, le service juridique de la FMH considère qu'il est recommandé de leur expliquer environ cinq des risques les plus fréquents ou les plus graves; ces explications doivent être données même si le patient ne les demande pas particulièrement. On ne saurait toutefois dégager de la jurisprudence suisse fixant les exigences posées à une information suffisante, une conclusion générale à propos des risques sur lesquels il conviendrait d'informer. Les jugements rendus jusqu'ici et portant sur des cas particuliers ne permettent pas de dégager une recette pour l'information relative aux risques. Cela signifie pour le médecin qu'il doit évaluer pour chaque patient quels sont les risques susceptibles de retentir gravement sur sa vie au point qu'une information se justifie. Si le médecin omet d'informer sur le risque et que celui-ci se réalise par la suite, il peut encourir une responsabilité civile et pénale, même si le traitement a été effectué avec diligence. En revanche, 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 tous les risques au patient.

40 Il est vrai qu'en 1991, le Tribunal fédéral a considéré que le patient devait être informé des chances et des risques d'une intervention moyennant l'indication d'un «pourcentage approximatif» (ATF 117 la 197). Cet arrêt ne permet toutefois pas de fixer un pourcentage seuil général, car, dans le cas d'espèce, le risque de paralysie avoisinait les 35%.

41 ATF 117 lb 197.

Si le patient fait comprendre au médecin qu'il aimerait des informations plus ou moins exhaustives, ce dernier doit respecter un tel vœu; si le patient renonce à être informé dans la mesure habituelle, le médecin doit l'indiquer dans son dossier médical.

Outre les aspects juridiques évoqués ci-dessus, l'information du patient revêt également une grande importance pour une bonne pratique médicale. 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.

### **Contenu de l'information**

La capacité de concentration et d'assimilation du patient est souvent limitée en raison de sa maladie. Le médecin doit donner au patient une information sur le traitement «en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible»<sup>42</sup>. Conformément au Code civil, il doit renseigner le patient «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»<sup>43</sup>. Il convient également de fournir une information lorsqu'il s'agit d'un traitement non établi. Le médecin doit aussi informer son patient de l'existence de traitements alternatifs, pour autant qu'ils existent. En cas d'alternative, le patient doit décider du traitement à effectuer. Le choix de la méthode opératoire relève cependant de l'appréciation du médecin.

En 1999, le Tribunal fédéral a précisé, au sujet des traitements alternatifs, que: «L'information est un échange entre médecin et patient. Elle exige une coopération des deux parties. Un patient qui, selon son expérience, a des doutes quant à un mode de traitement déterminé, peut s'informer plus avant sur des alternatives. S'il ne le fait pas ou avec insuffisamment d'insistance, il porte au moins une part de responsabilité au déficit d'information».<sup>44</sup>

Le patient doit également observer les consignes de comportement nécessaires. Lui est-il recommandé de ne pas conduire? Doit-il impérativement renoncer à l'automédication? C'est ainsi que, 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.

42 ATF 119 II 456.

43 ATF 124 IV 258 consid. 2; ATF 117 Ib 197 consid. 2a; Art. 7 et 10 al. 2 Cst; Art. 28 CC; Art. 377 al. 2 CC; Art. 398 CO; Art. 122 ss CPS; Art. 5 de la Convention européenne sur les droits de l'Homme et la biomédecine; Art. 10 du Code de déontologie.

44 Arrêt non publié du Tribunal fédéral du 8 avril 1999.

Le patient doit également être informé des aspects financiers et savoir avant tout si la totalité ou une partie des coûts du traitement seront à sa charge. Ce point concerne en particulier les soins en division privée ou semi-privée, ou la prescription de médicaments originaux lorsqu'un générique aurait aussi été adapté (cf. chap. 4.14.). Les traitements dont les coûts sont pris en charge par l'assurance-maladie obligatoire doivent être efficaces, appropriés et économiques. S'il est probable que le patient doive payer lui-même un traitement efficace, mais pas économique, le médecin doit le renseigner sur cette option.

### **Protocoles d'information spécifiques aux opérations**

Il n'est pas toujours aisé de déterminer si un patient comprend le contenu d'un entretien destiné à l'informer. Il est donc recommandé, dans le cadre d'informations relatives à une opération et d'autres traitements relativement compliqués, d'établir un protocole d'information assorti d'un croquis, à compléter lors de l'entretien avec le patient. Ce dernier reçoit ensuite une copie du procès-verbal à l'issue de la discussion. Des études montrent que les patients à qui 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. 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. Du point de vue de la FMH, les protocoles d'information spécifiques aux opérations, qui contiennent un texte complet et méticuleusement prérédigé pour l'opération concernée, constituent la meilleure documentation et le meilleur outil de travail en matière d'information du patient.

### **Moment de l'information**

Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé clairement sur le moment auquel l'information doit être donnée. En tout état, en cas d'interventions lourdes mais non urgentes, le patient doit disposer d'un temps de réflexion suffisant. Conformément aux Lignes directrices de la FMCH en matière d'informations au patient, le moment où l'on délivre l'information est déterminé par l'urgence de l'intervention et l'ampleur des risques auxquels il faut s'attendre. Plus l'intervention est urgente, plus l'information peut être fournie tardivement. Plus les risques sont élevés, plus il faut informer le patient à l'avance. Ce principe est régi par les règles générales suivantes: en cas d'intervention peu risquée en clinique (intervention de routine), le patient doit être informé lors de la planification de l'intervention, mais au plus tard l'après-midi du jour précédant l'intervention. En cas d'intervention risquée en clinique, le patient doit être informé au minimum trois jours avant l'intervention.<sup>45</sup>

45 Lignes directrices de la FMCH du 5 avril 2008 en matière d'information au patient (avec le soutien de l'Organisation suisse des patients).

## Fardeau de la preuve et documentation

L'hôpital ou le médecin qui procède à l'intervention supportent le fardeau de la preuve de l'information correcte en ce qui concerne les risques liés aux opérations et aux autres interventions invasives. C'est pourquoi la documentation occupe un rôle central: en effet, en cas de litige, il doit être raisonnablement possible de reconstituer, même des années plus tard, les informations données au patient. S'il n'est pas possible de prouver que les risques ont été suffisamment expliqués, l'hôpital et/ou le médecin répondent des complications de l'intervention même en l'absence de toute faute thérapeutique.

### 4.3. Consentement

La volonté du patient doit être respectée. C'est la condition de tout traitement et de toute prise en charge thérapeutique. Sous réserve de rares exceptions, il est illicite d'agir contre la volonté déclarée d'un patient capable de discernement. Il en est ainsi même si la volonté du patient semble aller à l'encontre de ses propres intérêts. Il ne faut toutefois accéder au vœu du patient de se soumettre à un traitement ou à une prise en charge déterminés que si cela s'avère indiqué du point de vue médical.

On parle de consentement éclairé (informed consent) lorsque les conditions suivantes sont réalisées:

- Le patient est capable de discernement.
- Il a reçu des informations suffisantes (voir chap. 4.2.).
- Il est en mesure de comprendre la portée de son consentement.
- Il peut exprimer son choix sans être sous l'emprise d'une contrainte ou d'une manipulation.
- Dans un cas donné, la capacité de discernement doit exister par rapport à une action déterminée (consentement). En général, le médecin peut partir de l'idée qu'un patient majeur et conscient est capable de discernement. Toutefois, en cas de doute, les critères énumérés ci-dessous permettent d'apprécier la capacité de discernement:
  - la capacité de comprendre les informations concernant la décision à prendre;
  - la capacité d'évaluer correctement la situation et les conséquences que pourraient avoir les différentes options envisageables;
  - la capacité d'évaluer des informations de manière rationnelle dans le contexte d'un système de valeurs cohérent et
  - la capacité d'exprimer librement ses propres choix.

Les mineurs et les personnes faisant l'objet d'une curatelle de portée générale peuvent eux aussi être capables de discernement lorsqu'il s'agit de consentir à un traitement. En ce qui concerne les patients dont la tranche d'âge est comprise entre 12 et 16 ans, cela dépend de l'adolescent concerné et de la nature de l'intervention; la capacité de discernement devra être appréciée de cas en cas. En revanche, dès l'âge de 16 ans, la capacité de discernement est présumée si l'intervention envisagée n'est pas inhabituelle ni d'une portée majeure. La capacité de discernement doit toutefois être évaluée de cas en cas. In concreto, il convient d'examiner si la maturité intellectuelle du jeune patient lui permet d'apprécier correctement la portée de sa décision, d'exprimer sa volonté et d'agir en conséquence. Si tel est le cas, c'est à lui seul qu'il appartient de consentir à une intervention. Une partie de la doctrine considère qu'il peut aussi conclure un contrat de soins sans l'accord de son représentant légal s'il s'agit d'un traitement usuel et non coûteux, ou dont les coûts sont pris en charge par une assurance-maladie (cf. chap. 4.1.). Afin d'éviter au médecin tout risque de voir sa responsabilité civile engagée, il lui est toutefois conseillé d'exercer son obligation d'information tant à l'égard de l'adolescent présumé capable de discernement qu'à l'égard de son représentant légal et d'obtenir le consentement de l'un comme de l'autre, ce d'autant plus en cas de traitement onéreux ou d'intervention sortant du cadre des traitements habituels et nécessaires (p.ex. les interventions esthétiques).<sup>46</sup>

### **Consentement par substitution en cas d'incapacité de discernement**

Il appartient aux parents, en leur qualité de titulaires de l'autorité parentale ou à un tuteur, de se prononcer sur un traitement ou une prise en charge médicale de leurs enfants incapables de discernement. En cas d'autorité parentale conjointe, les parents doivent tous deux consentir au traitement, étant précisé que l'un peut habiliter l'autre à décider. En tout état, la décision du représentant légal doit tenir compte du bien de l'enfant.

En ce qui concerne les adultes incapables de discernement, il convient d'abord d'examiner s'ils ne se sont pas prononcés sur d'éventuels traitements médicaux dans des directives anticipées. Les instructions prévues par des directives anticipées valables lient en principe le médecin (voir ci-dessous). A défaut de directives anticipées, le médecin doit planifier le traitement nécessaire avec le concours du représentant dans le domaine médical. La loi prévoit une hiérarchie claire des représentants sur sept niveaux (voir à ce sujet chap. 3.). Si, en cas d'urgence, il n'est pas possible d'obtenir une décision du représentant à temps, le médecin administre les soins médicaux conformément à la volonté présumée et aux intérêts de la personne incapable de discernement.<sup>47</sup>

46 Walter Fellmann, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, in Moritz Kuhn et Tomas Poledna (éd.), *Praxis des Arztrechts*, Schulthess 2007, p. 115.

47 Voir à ce sujet les dispositions concernant la représentation dans le domaine médical, art. 377 à 381 CC.

#### 4.4. Directives anticipées du patient

Le Code civil règle désormais la portée juridique des directives anticipées.<sup>48</sup> Les instructions prévues par l'auteur d'un tel document déploient les effets contraignants d'une déclaration de volonté du patient.<sup>49</sup> L'opinion naguère soutenue par certains selon laquelle les directives anticipées ne constituaient qu'un indice de la volonté présumée du patient est ainsi battue en brèche. 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. En particulier, les mineurs capables de discernement et les personnes faisant l'objet d'une curatelle de portée générale disposent elles aussi d'un tel droit.

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 prérédigés.<sup>50</sup> 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 (voir à ce sujet chap. 3.). Il incombe à leur auteur d'informer le destinataire potentiel de l'existence de directives anticipées. Le législateur a prévu la possibilité d'indiquer sur la carte d'assuré l'existence et le lieu de dépôt des directives anticipées; néanmoins, les cartes d'assurés de la première génération ne respectant pas des standards techniques uniformes, elles ne sont pas, à ce jour, compatibles avec les Health Professional Cards (HPC).

Les directives anticipées ont pour objet l'autorisation ou le refus de traitements médicaux déterminés au cas où leur auteur devient incapable de discernement. Elles permettent également de désigner une personne de confiance qui discute des traitements avec le médecin et décide, en son nom, des mesures à prendre ou non.

Il incombe au médecin de statuer sur l'efficacité des directives anticipées. Celui-ci détermine notamment si le patient est incapable de discernement et si la situation que celui-ci a envisagée est réalisée. En cas d'autorisation donnée par le biais de directives anticipées, le médecin n'est pas tenu par une obligation d'informer. Il peut sans autre présumer que leur auteur disposait des informations nécessaires au moment de la formation de sa volonté et qu'il renonce à tout renseignement complémentaire. Si la volonté de la personne concernée est suffisamment claire, elle lie le médecin et est censée représenter la volonté réelle du patient au moment de l'intervention. Le médecin respecte les directives anticipées de la personne concernée «sauf si elles violent des dispositions légales, ou si des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont pas la libre expression de sa volonté ou qu'elles

48 Art. 370 à 373 CC.

49 En cas de placement à des fins d'assistance, les directives anticipées du patient doivent être «prises en considération» (cf. chap. 5.10).

50 Des modèles de directives anticipées sont disponibles sur le site internet: [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → Services → Directives anticipées du patient.

ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée»<sup>51</sup>. Serait notamment illicite l'instruction de procéder à une intervention qui n'est pas indiquée ou à un traitement présentant des risques élevés si une intervention moins risquée proposant les mêmes bénéfices thérapeutiques est possible.

En 2011, la FMH et l'ASSM ont rédigé conjointement deux textes de directives anticipées qui peuvent être téléchargés gratuitement sur leurs sites internet respectifs.<sup>52</sup>

#### 4.5. La tenue du 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 dans les règles de l'art. Ce dossier doit faire état des examens, des traitements et des réflexions du médecin.

Les lois ne règlent pas dans le détail la manière de tenir un dossier médical (DM) dans les règles de l'art;<sup>53</sup> une telle réglementation serait d'ailleurs dépourvue de sens, car le DM tenu par un orthopédiste n'est pas le même que celui que tient un psychiatre. La manière correcte de tenir un DM est donc avant tout une question d'ordre médical liée à la spécialisation.

La tenue du DM poursuit deux objectifs: la sécurité du patient et la transparence. Afin d'assurer la sécurité du patient, le DM doit être lisible. Tant le médecin traitant qu'un éventuel remplaçant ou successeur doivent être en mesure de poursuivre le traitement de manière fiable. La transparence est assurée lorsque le DM contient tous les résultats d'analyses médicales et toutes les réflexions du médecin. Cela permet, en cas de discussion relative à une erreur thérapeutique, de comprendre l'historique du traitement. La transparence implique aussi que le médecin date et signe de ses initiales les corrections qu'il apporte au DM. En effet, il doit être possible de retrouver ultérieurement la date à laquelle des résultats d'analyse ou un diagnostic incorrect ont été modifiés.

Un DM inutilisable ou un rapport opératoire inexact peuvent avoir une influence négative sur une discussion relative à une faute thérapeutique et, en fin de compte, aboutir au renversement du fardeau de la preuve.

51 Art.372 al. 2 CC

52 Lucia Rabia, Michelle Salathé, Jacqueline Wettstein, Connaître la volonté du patient, Bulletin des médecins suisses 2011;92: 23/24 p. 875; [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → Services → Directives anticipées du patient; [www.samw.ch](http://www.samw.ch) → Ethique → Directives anticipées.

53 Certaines lois fédérales spéciales récentes contiennent des règles spécifiques applicables à la tenue du DM (cf. chap. 5.1. à 5.5.).

L'exercice de la médecine est surveillé en dernier ressort par la direction de la santé publique cantonale; c'est pourquoi le DM doit, si nécessaire, permettre au médecin cantonal ou à un expert médical mandaté par ce dernier d'analyser les traitements de manière critique.

### **Tenue électronique du DM**

La tenue électronique du DM est autorisée. A cet égard, la documentation électronique doit garantir la possibilité de déterminer en tout temps qui a procédé à quelles inscriptions et à quel moment (fonctions d'identification; absence de comptes de groupe). Il en va de même des modifications. Pour les diagnostics et les rapports, il est dès lors important de recourir à des logiciels permettant de déterminer quelle version était applicable à un moment donné (rapport provisoire ou définitif). Dans le cadre de l'historique également, il convient de s'assurer que les nouvelles inscriptions «n'écrasent» pas les anciennes. Il est important d'avoir la possibilité de reconstituer l'état de la documentation à une date donnée, faute de quoi la force probante du DM s'avère faible en cas de discussion relative à une faute thérapeutique.

### **Sécurité et délais de conservation**

Que le DM soit tenu sur papier ou sous forme électronique, le médecin doit veiller à ce qu'il soit sûr. En pratique, cela implique notamment que:

Le personnel du cabinet médical et le personnel hospitalier sont également soumis au secret médical. Le médecin doit demander à ses auxiliaires de s'y engager par écrit.<sup>54</sup> Cette précision est intégrée dans le contrat-type pour les assistantes médicales – mais elle est également judicieuse en ce qui concerne le personnel de nettoyage et le comptable. En ce qui concerne les personnes en charge de l'informatique du cabinet, il est fortement recommandé de leur faire signer également un tel engagement. En effet, il y a eu récemment en Allemagne plusieurs cas dans lesquels des informaticiens mandatés par des cabinets médicaux ont copié des dossiers médicaux pour vendre ces informations à l'industrie pharmaceutique.

Les DM doivent 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 DM doivent être conservés au cabinet médical pendant au moins dix ans à compter de la date de la dernière inscription. Certains cantons prévoient des délais plus longs pour les hôpitaux publics. Lorsque l'assureur risque d'être amené à fournir des prestations de longue durée, il peut être utile au patient que le médecin conserve son dossier plus longtemps, et ce même s'il n'y est pas tenu par la loi. Concrètement, on peut imaginer les cas suivants:

<sup>54</sup> Art. 11 al. 2 du Code de déontologie de la FMH.

- symptômes ou maux susceptibles d’être considérés ultérieurement comme un accident professionnel ou une maladie professionnelle au sens de la LAA;<sup>55</sup>
- symptômes ou maux susceptibles d’être liés au service militaire.

Les mêmes règles s’appliquent aux données électroniques: il convient d’en faire systématiquement, ou du moins régulièrement, des copies de sécurité conservées ailleurs, ou du moins 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, pc), 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»), il convient impérativement de prendre les mêmes mesures.

## 4.6. Médicaments, stupéfiants et dispositifs médicaux

La Loi sur les produits thérapeutiques règle l’utilisation des médicaments et dispositifs médicaux.

La Loi sur les produits thérapeutiques (LPTh) «vise à garantir la mise sur le marché de produits thérapeutiques de qualité, sûrs et efficaces». Parallèlement, la Confédération doit toutefois 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»<sup>56</sup>. De temps à autre, cette double visée place la Confédération dans un conflit d’intérêts, car celle-ci fixe le prix des médicaments, tout en étant tenue de veiller à un approvisionnement économique selon la Loi sur l’assurance-maladie.

### 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 trai-

55 L’assurance-accidents de l’ancien employeur demeure compétente en cas de séquelles tardives d’un accident professionnel. Il en va ainsi de l’ensemble des prestations LAA, à savoir tant des traitements complémentaires que du versement d’indemnités journalières ou de rentes. La chronologie est également importante en cas de maladie professionnelle, voir à ce sujet la thématique connue de l’amiante: on serait heureux de disposer aujourd’hui de tous les documents médicaux. Il existe donc un consensus international selon lequel les médecins du travail doivent respecter un délai de conservation de 40 ans. Voir l’Annexe 4 du Code de déontologie de la FMH.

56 Art. 1 al. 1 LPTh. Par la notion de «produits thérapeutiques», la LPTh entend aussi bien les médicaments que les dispositifs médicaux.

ter des maladies, des blessures et des handicaps; le sang et les produits sanguins sont considérés comme des médicaments». <sup>57</sup> 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 spécialistes de la santé, notamment dans le Compendium des médicaments, ainsi que les informations destinées aux patients et figurant dans les emballages des médicaments.

La LPTh règlemente aussi les médicaments fabriqués selon les formules magistrales. <sup>58</sup> Cette notion désigne les médicaments qui sont préparés par le pharmacien sur ordonnance médicale pour un patient déterminé. Contrairement aux autres médicaments, les formules magistrales ne sont pas fabriquées en série, mais répondent à un besoin précis: il est interdit de les stocker. Une telle préparation peut par exemple s'avérer nécessaire lorsqu'il n'existe pas sur le marché de produit analogue autorisé par Swissmedic.

L'autorisation d'un médicament 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). Alors que Swissmedic examine la sécurité et l'efficacité des médicaments, l'OFSP se prononce donc sur leur rapport coûts-utilité (cf. chap. 4.14.).

Le médecin prescrivant ou remettant <sup>59</sup> un médicament (propharmacie) doit respecter les «règles reconnues des sciences pharmaceutiques et médicales lors de la prescription et de la remise de médicaments» <sup>60</sup> et connaître l'état de santé du patient. <sup>61</sup> 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. Les médecins-assistants ont eux aussi le droit de prescrire des médicaments sur les ordonnances de leur employeur (hôpital ou médecin libre praticien), 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, un titre de formation postgraduée et une autorisation d'exercer.

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

58 Art. 9 LPTh.

59 Remise par le médecin autorisé à faire de la propharmacie conformément au droit cantonal en matière de santé publique, ou par un médecin non habilité à la propharmacie en cas de traitement urgent voire, selon les cantons, en cas de remise initiale de médicaments au début de la prise en charge.

60 Art. 26 al. 1 LPTh.

61 Art. 26 al. 2 LPTh.

## Stupéfiants

Les stupéfiants destinés à un usage médical sont soumis à des contrôles spéciaux. Il faut justifier le but principal visé par un tel usage (par exemple, le traitement de douleurs), et tenir compte du risque spécifique de dépendance. De tels produits ne peuvent être prescrits que pour une durée limitée (en général pendant un mois, exceptionnellement jusqu'à trois mois au maximum par ordonnance).

Les psychotropes (benzodiazépine et produits similaires) sont également soumis à la Loi sur les stupéfiants. De tels produits ne peuvent être prescrits que pour une durée limitée (en général pendant un mois, exceptionnellement jusqu'à six mois au maximum par ordonnance).

La prescription limitée dans le temps de stupéfiants et de substances psychotropes 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.

Les stupéfiants des tableaux a et d de l'OTStup-DFI doivent être prescrits sur les formulaires-DFI officiels d'ordonnance, étant précisé que trois stupéfiants au maximum par ordonnance peuvent y figurer. Une autorisation cantonale est requise pour la prescription, la remise et l'administration de stupéfiants (concerne tous les tableaux, et donc aussi les benzodiazépines) à des personnes dépendantes de telles substances.

Le médecin qui remet ou prescrit des stupéfiants autorisés en tant que médicaments pour une indication autre que celle qui est admise, doit le notifier aux autorités cantonales compétentes. A la demande de ces dernières, la remise ou la prescription doit être motivée.

## 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»<sup>62</sup> doivent obéir à certaines normes qualitatives. 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 établir que ceux-ci satisfont aux exigences et présentent l'efficacité et les performances requises. Les organismes accrédités et désignés pour évaluer la conformité des dispositifs médicaux délivrent les certificats correspondants.

A 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 (cf. chap. 4.14.).

62 Art. 4 al. 1 let. b LPTH.

#### 4.7. «Off label use» et «unlicensed use»

Les utilisations du type «off label use» ou «unlicensed 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.

Lorsqu'un médicament est admis en Suisse, mais que l'utilisation prescrite par le médecin déroge à l'information professionnelle approuvée, on parle d'utilisation hors étiquette («off label use»). La plupart du temps, la prescription porte sur une autre indication ou un autre dosage que ceux prévus. L'utilisation hors indication est pratiquement la règle dans de nombreuses disciplines médicales (notamment en pédiatrie, gynécologie, oncologie et gériatrie) parce que de nombreux médicaments n'ont pas fait l'objet de recherches pour les groupes de patients concernés et qu'ils n'ont pas été autorisés expressément à leur intention. L'utilisation «off label» est également fréquente parce que l'industrie pharmaceutique ne peut ou ne veut pas toujours faire enregistrer les nouvelles applications attestées, que ce soit dû à l'absence de données cliniques dénuées de toute ambiguïté, à un marché potentiel trop restreint, par peur de procédures en responsabilité, en raison des risques liés à leur image,<sup>63</sup> ou pour éviter que l'OFSP ne baisse le prix du médicament en raison de l'élargissement des indications.

Faisant partie de la liberté thérapeutique médicale, l'utilisation «off label» est donc admise même si elle n'est pas mentionnée dans la LPTh. Néanmoins, le médecin porte la responsabilité pour la déviation d'usage: 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. 4.14.).

Il y a «unlicensed use» lorsqu'un médicament n'est pas admis en Suisse alors qu'il devrait en principe être soumis à autorisation. Un tel «unlicensed use» est exceptionnellement admis (art. 20 LPTh en lien avec l'art. 36 de l'ordonnance sur les autorisations dans le domaine des médicaments, OAMéd). En général, un tel usage est soumis à l'autorisation de Swissmedic. Une autorisation particulière n'est pas nécessaire, pour autant que le médicament ait été admis par un pays dont l'autorisation est reconnue comme équivalente à celles délivrée en Suisse (p.ex. Etats membres de l'UE ou USA).

63 Ainsi, par exemple, le fabricant du RU486 n'a pendant longtemps pas enregistré ce médicament dans de nombreux pays pour des raisons d'image.

## 4.8. Thérapies non établies administrées à certains patients

On parle de thérapie non établie notamment lorsque les bénéfices d'un médicament n'ont pas encore été évalués au quotidien. Le but de l'intervention joue un rôle central dans la délimitation entre recherche et traitement. Si l'on aspire à des connaissances généralisables qui vont au-delà de la décision individuelle d'administrer ici et maintenant un traitement à un patient déterminé, il s'agit de recherche. 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. C'est pourquoi l'ASSM élabore actuellement des directives médico-éthiques destinées à concrétiser le devoir de diligence dans cette situation particulière.

## 4.9. Examens radiologiques et laboratoire

Les examens radiologiques exigent une formation spécifique. Pour avoir leur propre laboratoire de cabinet, les médecins doivent attester une garantie de la qualité par le biais de contrôles externes.

### **Radiologie**

En cas d'usage médical, la Loi sur la radioprotection distingue entre qualité d'expert et qualifications techniques:

- La qualité d'expert constitue la condition pour être autorisé à exploiter une installation radiologique. Une telle expertise s'acquiert en suivant un cours de radioprotection reconnu par l'OFSP. Toutefois, dans un cabinet de groupe ou dans un hôpital, il suffit qu'une personne bénéficie d'une telle expertise; il peut s'agir de l'un des médecins associés, mais aussi, par exemple, d'une assistante médico-technique qualifiée en radiologie (AMTR).

- Le diplôme fédéral de médecin habilite exclusivement à l'examen radiologique des extrémités et du thorax. Les examens radiologiques à fortes doses nécessitent une formation postgraduée supplémentaire, à savoir la qualification technique. Dans un cabinet de groupe, chaque médecin doit pouvoir justifier d'une telle qualification technique s'il veut procéder à des examens radiologiques, contrairement à ce qui se passe en matière de qualité d'expert. En tout état, la condition requise pour acquérir la qualification technique est d'avoir suivi le cours de radioprotection de l'OFSP et de pouvoir ainsi attester d'une telle qualité. Dans certains domaines de spécialisation, la qualification technique est acquise en même temps que le titre de spécialiste; à défaut, il est possible d'acquérir cette qualification sous forme d'attestation autonome.<sup>64</sup>

Les assistantes médicales (AM) titulaires d'un certificat fédéral de capacité sont habilitées à effectuer des examens radiologiques des extrémités et du thorax. Les examens radiologiques à fortes doses nécessitent une formation complémentaire reconnue par l'OFSP.

Conformément à l'Ordonnance sur la radioprotection, le titulaire d'une autorisation d'exploitation doit annoncer toutes les personnes travaillant dans son entreprise et exposées aux rayonnements à un service de dosimétrie individuelle qui calcule à intervalles réguliers l'exposition aux rayonnements des différents employés. Le titulaire ne doit pas employer des personnes âgées de moins de seize ans en qualité de personnes exposées aux rayonnements dans l'exercice de leur profession.<sup>65</sup>

### **Laboratoire**

Le médecin qui souhaite exploiter un laboratoire de cabinet médical doit attester une garantie de la qualité par des contrôles de qualité internes et externes. La nécessité d'exiger en outre à cette fin une formation postgraduée spécifique et ainsi l'obtention du certificat de capacité correspondant, déjà proposé par le Collège de Médecine de Premier Recours (CMPR), fait actuellement l'objet de discussions.<sup>66</sup> Des dispositions complémentaires régissent l'autorisation d'exploiter un grand laboratoire.

64 Une révision de la formation postgraduée en radioprotection est actuellement en cours de discussion. Les dispositions en vigueur à l'heure actuelle sont présentées et expliquées sur le site de l'ISFM: [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → ISFM → Formation postgraduée → Radiologie.

65 Ordonnance sur la radioprotection: [www.admin.ch/ch/f/rs/c814\\_501.html](http://www.admin.ch/ch/f/rs/c814_501.html).

66 En 2011, l'Assemblée des délégués de la FMH s'est prononcée en faveur d'une telle obligation. Les dispositions en vigueur à l'heure actuelle peuvent être consultées sur le site de l'ISFM: [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → ISFM → Formation postgraduée → Programmes de formation postgraduée et complémentaire → Programmes de formations complémentaires.

## 4.10. Principes fondamentaux de l'assurance-maladie obligatoire

L'ensemble de la population résidant en Suisse est assurée dans le cadre de l'assurance-maladie obligatoire. Contrairement à ce que prévoit notamment l'assurance-accident, les causes de la maladie ne sont pas pertinentes dans le cadre de l'assurance-maladie obligatoire. En revanche, l'assurance-maladie n'entre en ligne de compte que lorsqu'aucune autre assurance sociale n'est compétente.

### 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 trois mois suivant la prise de résidence ou la naissance. Dès lors, l'assurance est aussi obligatoire pour les étrangers et les saisonniers; les frontaliers peuvent s'assurer conformément à la LAMal, mais n'y sont pas tenus. Les requérants d'asile ont également l'obligation de s'assurer durant la procédure relative à leur demande (ATF 129 V 77<sup>67</sup>), le Parlement délibère toutefois sur un éventuel durcissement de la Loi sur l'asile.<sup>68</sup> Désormais, les résidents illégaux («sans-papiers»)<sup>69</sup> et les requérants d'asile dont la demande a été rejetée ou a fait l'objet d'une non-entrée en matière (NEM) ne sont plus assurés de manière obligatoire auprès d'une caisse-maladie.

Tant l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'UE<sup>70</sup> que la Convention instituant l'AELE<sup>71</sup> règlent les soins prodigués aux personnes séjournant en Suisse (p.ex. les touristes): s'ils présentent la carte européenne d'assurance-maladie (CEAM) ou le certificat provisoire de remplacement, ils doivent être traités au même titre que des assurés suisses et ont donc droit à la protection tarifaire.

67 Cons. 5.2: «Les personnes soumises à l'obligation d'assurance sans autorisation de séjour mais domiciliées en Suisse paient également des primes aux caisses-maladie et voient aussi leurs revenus soumis à l'impôt, de sorte qu'elles cofinancent, dans la mesure de leurs revenus, la part subventionnée de l'assurance obligatoire des soins.»

68 Voir [www.parlament.ch/f/suche/pages/ratsunterlagen.aspx?gesch\\_nr=20100052](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/ratsunterlagen.aspx?gesch_nr=20100052) et [www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4904/384306/f\\_n\\_4904\\_384306\\_384317.htm](http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4904/384306/f_n_4904_384306_384317.htm). (Le passage de l'aide sociale à l'aide d'urgence pendant la durée de la procédure d'asile fait actuellement l'objet d'une discussion. Cela ne devrait pas concerner les personnes devant particulièrement être protégées, telles les familles avec enfants.)

69 Décisions de non-entrée en matière.

70 Les nouveaux règlements CE n° 883/2004 et n° 987/2009 sont applicables aux relations entre la Suisse et les Etats de l'UE depuis le 1<sup>er</sup> avril 2012. Le même jour est entrée en vigueur l'Annexe II révisée de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP). Ces règlements remplacent les règlements n°1408/71 et n° 574/72.

71 Dans les relations entre la Suisse et les Etats de l'AELE (Islande, Liechtenstein, Norvège), les règlements n°1408/71 et n° 574/72 demeurent applicables.

Selon le Tribunal fédéral, l'automédication à laquelle procède le médecin n'est pas remboursée par les caisses, et les médicaments qu'il se prescrit à lui-même ne sont pas pris en charge par l'assurance-maladie. Par contre, si un médecin soigne des membres de sa famille, un tel traitement est pris en charge par les caisses.<sup>72</sup>

Conformément à la Loi sur l'assurance-maladie (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 (AA, AM, AI) n'est compétente. A cet égard, les traitements consécutifs à un accident sont également remboursés par l'assureur-maladie selon les règles de la LAMal<sup>73</sup> si le patient n'est pas couvert par une assurance-accident au sens de la LAA.

En relation avec les autres assurances sociales, l'AOS est tenue d'avancer les prestations: si l'obligation de fournir des prestations au sens de la LAA, de la LAM ou de la LAI est contestée, la caisse-maladie s'en acquitte selon les règles de la LAMal jusqu'à éclaircissement du cas.<sup>74</sup>

### **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. C'est donc le principe de la prise en charge des coûts qui s'applique. La mise en œuvre du traitement et la responsabilité qui en découle incombent donc au médecin traitant et non à l'assureur.

Ce principe connaît toutefois des exceptions: le Conseil fédéral peut notamment exiger «l'accord du médecin-conseil avant l'exécution de certaines mesures diagnostiques ou thérapeutiques, notamment celles qui sont particulièrement coûteuses»<sup>75</sup>. Le Conseil fédéral fait d'ailleurs un usage de plus en plus fréquent d'une telle possibilité.

### **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»<sup>76</sup>. L'élément décisif pour déterminer si un traitement est pris en charge par l'assurance-maladie est donc en

72 ATF 125 V 430.

73 C'est-à-dire au tarif de la caisse, sous déduction de la franchise et de la quote-part.

74 Art. 70 LPGA ([www.admin.ch/ch/f/rs/c830\\_1.html](http://www.admin.ch/ch/f/rs/c830_1.html)).

75 Art. 58 LAMal.

76 Art. 3 LPGA.

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.<sup>77</sup>

Tous les examens et traitements pratiqués par le médecin sont présumés être obligatoirement pris en charge. Dans l'Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (OPAS) et son annexe 1, le Département de l'intérieur a défini de manière plus détaillée, après consultation de la Commission fédérale des prestations générales et des principes (CFPP), diverses prestations médicales remboursées. L'OPAS n'est donc une liste ni positive ni négative, mais une simple énumération de décisions relatives à des prestations controversées.

Selon ce que prescrit la LAMal à son article 33, 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»<sup>78</sup>. Sont réputées efficaces les mesures dont l'efficacité est prouvée selon l'état actuel des connaissances médicales. Pour être adéquat, l'examen ou le traitement doit être adapté au cas concret et laisser entrevoir des chances de guérison. Le caractère économique signifie que s'il existe deux traitements aussi adéquats l'un que l'autre, il convient de choisir la variante la plus avantageuse sur le plan financier; en revanche, s'il n'existe pas de véritable alternative, seule une disproportion manifeste entre les coûts et l'utilité du traitement peut justifier un refus de prendre en charge la prestation.<sup>79</sup>

#### 4.11. 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.

La loi désigne ainsi 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 dentistes, les chiropraticiens et les sages-femmes;
- les hôpitaux, les maisons de naissance, les établissements médico-sociaux et les établissements de cure balnéaire;

77 Il en va différemment dans la LAA, la LAM, la LAI et l'assurance d'indemnités journalières, tant en ce qui concerne la naissance du droit à la prestation qu'en ce qui concerne les prestations d'indemnités journalières ou de rentes.

78 Art. 56 al. 1 LAMal.

79 Brigitte Pfiffner Rauber, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege, Schulthess Zurich 2003, p. 142.

- les personnes fournissant des prestations sur prescription médicale (professions paramédicales) ou les organisations employant ces personnes: les physiothérapeutes, les ergothérapeutes et les organisations d’ergothérapie, les professionnels du domaine des soins infirmiers, les logopédistes, les diététiciens, les conseillers en diabétologie, les organisations de soins à domicile (Spitex);
- les centres de remise de moyens et appareils, les organisations de transport et de sauvetage ainsi que les laboratoires.

Quiconque satisfait aux conditions d’admission a droit à un code RCC de SASIS SA.<sup>80</sup>

### **Choix du fournisseur de prestations et prise en charge des frais dans le domaine ambulatoire**

Les assurés choisissent librement parmi les fournisseurs de prestations autorisés et habilités à les traiter.<sup>81</sup> L’assureur-maladie prend en charge les frais au maximum à concurrence du tarif applicable au lieu de domicile ou de travail ou dans la région de l’assuré. Si le patient choisit, sans qu’un motif d’ordre médical ne le justifie,<sup>82</sup> 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. Pour établir, en ce qui concerne l’ambulatoire, si le lieu du traitement est trop éloigné, il convient de se référer non pas à la frontière cantonale, mais à une notion particulière de la proximité. La proximité ainsi déterminée est plus ou moins étendue en fonction du nombre de fournisseurs de prestations ambulatoires dans le domaine spécialisé concerné. Si, en revanche, un motif d’ordre médical justifie de faire appel à un fournisseur de prestations plus éloigné, les frais sont pris en charge conformément au tarif applicable à ce fournisseur.<sup>83</sup>

80 [www.sasis.ch](http://www.sasis.ch): le Tribunal fédéral a confirmé l’existence d’un droit à l’attribution d’un numéro RCC en se fondant sur l’obligation contractuelle de facturer sur la base d’un tel numéro (ATF 132 V 303 du 27 mars 2006, K 139/04).

81 Art. 41 al. 1 LAMal.

82 Sont réputées raisons médicales le cas d’urgence et le cas où les prestations nécessaires ne peuvent pas être fournies au lieu de résidence ou de travail de l’assuré ou dans les environs, s’il s’agit d’un traitement ambulatoire (art. 41 al. 3bis let. a LAMal).

83 Art. 41 al. 2 LAMal.

## **Choix du fournisseur de prestations et prise en charge des frais dans le domaine hospitalier**

A l'hôpital, le patient assuré en assurance de base n'a, il est vrai, pas le libre choix du médecin. Toutefois, depuis l'introduction du nouveau financement hospitalier,<sup>84</sup> les assurés peuvent choisir librement parmi les hôpitaux inscrits sur la liste hospitalière de leur canton de domicile ou du canton de situation de l'hôpital (hôpitaux répertoriés)<sup>85</sup> lors du traitement hospitalier de maladies aiguës (somatique ou psychiatrie) ou de la mise en œuvre hospitalière de mesures de réadaptation médicale. Il en va de même, par analogie, pour les maisons de naissance. Les hôpitaux répertoriés sont présumés pouvoir exercer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (AOS). Les assureurs et le canton de domicile prennent en charge leur part respective de la rémunération du traitement dans un hôpital répertorié;<sup>86</sup> ils ne le font toutefois, sauf impératif médical,<sup>87</sup> qu'à concurrence du tarif applicable au lieu de résidence pour le traitement concerné dans un hôpital répertorié (tarif de référence).<sup>88</sup>

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 leur part respective de la rémunération de ce traitement. Si un tel traitement est facturé au tarif de l'hôpital traitant, une autorisation du canton de domicile est alors nécessaire, sauf cas d'urgence.<sup>89</sup>

En sus des hôpitaux répertoriés, l'assurance de base couvre en outre la catégorie des hôpitaux conventionnés. Si ceux-ci voient leurs prestations remboursées conformément à la LAMal, ils ne sont toutefois inscrits ni sur la liste hospitalière du canton de résidence de l'assuré, ni sur celle de son canton de situation. En ce qui concerne les hôpitaux conventionnés, la rémunération s'effectue sur la base d'une convention entre assureurs et hôpitaux, étant précisé que la part de l'assurance de base versée par les assureurs ne peut pas être plus importante que celle pour les hôpitaux répertoriés. L'assurance complémentaire ou le patient lui-même prennent en charge le surplus des coûts du traitement. Le canton n'y participe pas.

84 Révision de la loi en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, introduite le 1<sup>er</sup> janvier 2012.

85 Art. 41 al. 1bis LAMal.

86 Art. 41 al. 1bis LAMal en relation avec l'art. 49a al. 1 et 2 LAMal; la part du canton s'élève à au moins 55%.

87 Sont réputées raisons médicales le cas d'urgence et le cas où les prestations nécessaires ne peuvent pas être fournies dans un hôpital répertorié du canton de résidence de l'assuré, s'il s'agit d'un traitement hospitalier (art. 41 al. 3bis let. b LAMal).

88 Thomas Plattner et al., Des enjeux importants pour les patients – aussi après le 1<sup>er</sup> janvier 2012, Bulletin des médecins suisses 2011; 92: 41, p. 1585 à 1587.

89 Art. 41 al. 3 LAMal.

## 4.12. Managed Care

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 doivent être assurés selon le modèle du Managed Care.

En prévoyant la possibilité du Managed Care dans la LAMal de 1994, le législateur visait à faire baisser les coûts. La Loi sur l'assurance-maladie (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.»<sup>90</sup>

De l'avis de la FMH, le Managed Care se fonde sur des contrats de collaboration entre réseaux et assureurs, qui règlent «notamment la coopération, l'échange de données, l'assurance qualité et la rémunération des prestations».<sup>91</sup>

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 franchises plus basses pour les patients appartenant aux réseaux, ainsi qu'une amélioration de la compensation des risques. Comme sous l'empire de la LAMal actuellement en vigueur, les assureurs auraient eu la possibilité de proposer, en complément aux réseaux, des modèles de listes définis unilatéralement. Au moment où la rédaction du présent guide s'achève, l'évolution dans ce domaine demeure incertaine; un consensus semble toutefois se dégager sur l'amélioration de la compensation des risques.<sup>92</sup>

90 Art. 41 al. 4 LAMal.

91 Thèses de la FMH concernant le Managed Care, 2006 (BMS 36/2006, p. 1535 ss).

92 En octobre 2012, la Commission consultative du Conseil national a clairement approuvé deux initiatives parlementaires (11.473n et 12.446 n) destinées à améliorer la compensation des risques.

## 4.13. Assurance qualité, registres clinique et épidémiologique, accréditation et certification

La Loi sur l'assurance-maladie oblige les médecins à prendre des mesures destinées à garantir la qualité. Les registres constituent un instrument important en matière d'assurance qualité et de recherche. La certification et l'accréditation permettent à l'Etat de déléguer à des tiers certains contrôles qualitatifs et certaines autorisations.

La LAMal exige une garantie de la qualité.<sup>93</sup> 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, un nouvel article 22a LAMal est en vigueur, lequel oblige les fournisseurs à «communiquer aux autorités fédérales compétentes les données qui sont nécessaires pour surveiller l'application des dispositions de la présente loi relatives au caractère économique et à la qualité des prestations».

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.

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

93 Art. 43 al. 2 let. d et art. 58 LAMal. Pour les autres assurances sociales, une base légale expresse en matière d'AQ fait défaut. Le message concernant la révision de la LAMal (FF 1991 p. 129) précise que: «La garantie de la qualité contribue à juguler l'avancée des coûts dans la mesure où elle élimine des prestations les mesures qui ne sont ni nécessaires ni efficaces ni appropriées. La notion de qualité se conçoit au sens large du terme, de telle sorte que la garantie de la qualité englobe aussi bien le résultat du traitement que la mise en œuvre appropriée des prestations et la satisfaction du patient (voir art. 50).»

Un élément important de la garantie de la qualité réside dans le fait que les milieux compétents en la matière discutent ouvertement les cas et les problèmes qui se présentent dans les cercles de qualité. L'un des autres 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 concentre sur la réduction du nombre d'actes aléatoires. Les mesures organisationnelles et techniques sont essentielles à cet égard. Pour des motifs liés à la protection des données, l'annonce de «Critical Incidents» se fait de manière anonyme lors de cette évaluation, et l'annonce originale doit être détruite.<sup>94</sup>

### **Registres cliniques et épidémiologiques**

Un registre clinique recense, selon la typologie, les patients traités dans une institution ou dans un petit nombre d'institutions. Les questions typiques en matière d'évaluation portent sur les facteurs ayant 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 se fondent en général sur 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.

La Confédération travaille à un projet de loi sur un registre des cancers à l'échelon fédéral. Cette loi devrait servir de loi-cadre aussi bien pour des registres épidémiologiques que cliniques et règlementer également un registre des maladies non cancéreuses.

94 Voir à ce sujet Hanspeter Kuhn et Georg von Below, «Pas de déclaration d'accidents aériens sur ce formulaire!», BMS 42/2003, p. 2201 à 2209, et les références bibliographiques citées.

### **Délimitation entre garantie de la qualité et recherche**

La distinction entre garantie de la qualité et recherche revêt de l'importance, car les programmes d'assurance qualité au sens de la LAMal sont à financer 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.<sup>95</sup> Selon le message sur 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».

### **Accréditation dans le domaine académique – certification d'hôpitaux ou de cabinets médicaux**

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 LPMéd; voir aussi chap. 7.3.).

Par ailleurs, certains hôpitaux, mais également divers cabinets médicaux, se sont volontairement soumis à une certification de qualité; il s'agit d'une garantie de qualité qui porte en général sur la qualité des infrastructures et des processus. La base légale correspondante figure dans la Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC). Les certifications font office aussi bien d'instruments qualitatifs que d'arguments publicitaires. La LETC définit l'accréditation comme l'autorisation délivrée par un certificateur.<sup>96</sup>

95 Arrêt du Tribunal fédéral 2A.522/2004 du 18 août 2005. A son article 3 let. a, la loi relative à la recherche sur l'être humain de 2011 définit la recherche comme «la recherche méthodologique en vue d'obtenir des connaissances généralisables».

96 Art. 3 let. o LETC: «Accréditation: la reconnaissance formelle de la compétence d'un organisme pour procéder à des essais ou à des évaluations de la conformité».

## 4.14. 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 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.<sup>97</sup>

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.<sup>98</sup>

L'Office fédéral édicte

- la liste spéciale (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.<sup>99</sup>

Les médicaments, les moyens et les dispositifs médicaux sont pris obligatoirement 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.<sup>100</sup>

97 Art. 25 al. 1 et 2 LAMal.

98 Art. 24 al. 1 et 2 OPAS.

99 Art. 52 al. 1 LAMal.

100 ATF 136 V 395 p. 399; 130 V 532, p. 538 et 540.

### «Off label use» et «unlicensed use»

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»<sup>101</sup> 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 de l'art. 9 al. 1 LPTh.<sup>102</sup>

Les art. 71a et 71b OAMal reprennent plus ou moins la pratique développée par le Tribunal fédéral en ce qui concerne le «off label use»; l'OAMal révisée est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2011.

A certaines conditions, 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. Aux mêmes conditions, elle prend en charge les coûts d'un médicament prêt à l'emploi et autorisé par l'Institut, 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 termes de l'art. 71a, al. 1, let. a ou b 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 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.

Il est désormais nécessaire d'obtenir au préalable une garantie de remboursement de l'assureur après avoir consulté son médecin de confiance. «Le rapport entre la somme à rembourser et le bénéfice thérapeutique du médicament doit être adéquat. L'assureur fixe le montant du remboursement».<sup>103</sup>

En cas d'utilisation d'un médicament non autorisé par l'Institut mais pouvant être importé selon la loi sur les produits thérapeutiques, 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 Etat ayant institué un système équivalent d'autorisation de mise sur le marché reconnu par l'Institut.<sup>104</sup>

101 ATF 130 V 532; 134 IV 175.

102 [www.swissmedic.ch](http://www.swissmedic.ch) → Swissmedic → Publications → Autres publications.

103 Art. 71a al. 2 et 3 OAMal.

104 Art. 71b OAMal.

## Génériques et médicaments en co-marketing

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.<sup>105</sup> 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).<sup>106</sup> 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.<sup>107</sup>

Si la liste des spécialités comprend au moins un générique susceptible de remplacer la préparation originale, le médecin en informe le patient.<sup>108</sup>

L'assureur-maladie prélève une quote-part de 20% lorsque le médecin prescrit une préparation originale et qu'il existe un générique interchangeable figurant sur la liste des spécialités dont le prix maximal est inférieur de 20% au moins par rapport au prix de la préparation originale. Les médicaments originaux faisant l'objet d'une telle quote-part figurent dans une liste actualisée de l'Office fédéral de la santé publique.<sup>109</sup> Si, pour des raisons médicales, le médecin prescrit expressément une préparation originale malgré l'existence d'un générique meilleur marché, la quote-part ne s'élève alors qu'à 10%.<sup>110</sup>

Les pharmaciens peuvent remplacer les médicaments originaux de la liste des spécialités par des génériques meilleur marché 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.<sup>111</sup> 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.<sup>112</sup>

105 Art. 64a al. 2 OAMal.

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

107 Art. 64a al. 3 OAMal.

108 Art. 38a al. 6 OAMal.

109 [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch) → Thèmes → Assurance-maladie → Tarifs et prix → Liste des spécialités.

110 [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch) → Thèmes → Assurance-maladie → FAQ → Participation aux coûts.

111 Art. 52a LAMal.

112 Commentaires de l'Office fédéral de la santé publique relatifs aux modifications d'ordonnances OAMal, OCoR, ORPMCE et OPAS des 9 novembre et 12 décembre 2005.

## **Principe de la répercussion des avantages – principe de la politique d’achat ciblée**

En matière de médicaments, l’OFSP fixe uniquement le prix d’usine et le prix maximal pour le patient. En revanche, les lois du marché s’appliquent entre fabricants, grossistes et détaillants.

Conformément à l’art. 33 LPTH, les rabais ne doivent (devraient) pas influencer le choix des médicaments prescrits ou délivrés, bien qu’un achat ciblé permette au médecin, au réseau médical et à l’hôpital de réaliser des économies dans le domaine de la santé. La LAMal, au contraire, vise un approvisionnement en médicaments avantageux et de bonne qualité.<sup>113</sup> L’art. 56 al. 3 LAMal permet tout à fait au fournisseur de prestations de faire dépendre son achat du prix; il est seulement tenu de répercuter le rabais consenti sur les patients, respectivement les assureurs-maladie. Les règles de l’art. 33 LPTH et de l’art. 56 LAMal sont donc encore en conflit sur ce point. La LPTH est en cours de révision. Le Conseil fédéral propose dans l’actuelle révision de la LPTH que les rabais soient dorénavant aussi autorisés pour autant qu’ils soient consentis de manière transparente et répercutés sur les consommateurs ou les assureurs.<sup>114</sup>

## **4.15. Droit des tarifs et procédure en cas de litiges dans la LAMal**

Assureurs et fournisseurs négocient contractuellement les tarifs des prestations. Ces contrats doivent ensuite être approuvés par les autorités. La LAMal définit la procédure à suivre en cas de litiges relatifs aux tarifs.

Les tarifs à la prestation reposent sur une structure tarifaire uniforme pour toute la Suisse (TARMED).<sup>115</sup> Depuis janvier 2012, les hôpitaux de soins aigus doivent également facturer les traitements stationnaires selon des forfaits par cas (Swiss-DRG) applicables dans toute la Suisse.<sup>116</sup>

Si les assureurs et les fournisseurs de prestations ou leurs associations respectives ont convenu un contrat tarifaire, celui-ci doit être approuvé par l’autorité (le Conseil fédéral ou le gouvernement cantonal, selon la région tarifaire) avant d’entrer en vigueur.<sup>117</sup> Il en va de même des contrats de Managed Care.<sup>118</sup> Le Conseil fédéral a cependant déjà renoncé parfois, à titre exceptionnel, à l’exigence d’une telle approbation afin de ne pas provoquer ultérieurement une situation chaotique, comme dans le cas des screenings mammographiques à Genève.

113 Art. 43 LAMal.

114 Art. 57b du projet de révision de la LPTH du 7 novembre 2012.

115 Art. 43 al. 5 LAMal.

116 Art. 49 al. 1 LAMal.

117 Art. 46 al. 4 et 49 al. 2 LAMal.

118 Le projet de Managed Care rejeté en juin 2012 aurait supprimé l’obligation d’autorisation à laquelle sont soumis les contrats en la matière.

Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur un contrat tarifaire, l'autorité qui donne son approbation doit édicter un tarif de remplacement. Lorsqu'un contrat tarifaire s'appliquant aux médecins vient à échéance, un tarif-cadre s'applique durant une année; l'autorité peut ensuite édicter un nouveau tarif. Depuis l'acceptation de l'initiative parlementaire TARMED, le Conseil fédéral est légitimé à titre subsidiaire pour compléter le tarif.<sup>119</sup>

Les prestations au sens de la LAMal doivent être facturées selon les conventions tarifaires ou les tarifs édictés par les autorités en cas d'absence d'accord (protection tarifaire).<sup>120</sup> Les factures complémentaires sont cependant admises en cas de prestations supplémentaires avérées; fait notamment partie de telles prestations le traitement, à l'hôpital, par un médecin expérimenté.<sup>121</sup>

### **Litiges entre patients et assureurs**

L'assureur-maladie doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'assuré n'est pas d'accord avec indication des motifs et indication des voies de recours.<sup>122</sup> L'assuré peut former opposition contre une telle décision dans les 30 jours auprès de l'assureur concerné. L'instance suivante est le tribunal cantonal des assurances qui doit se prononcer «rapidement et sans frais pour les parties». Lorsque les circonstances le justifient, les honoraires d'avocat sont pris en charge par l'Etat. La dernière instance est le Tribunal fédéral à Lucerne.

### **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.<sup>123</sup> Dans le domaine ambulatoire, pratiquement tous les contrats tarifaires<sup>124</sup> prévoient une procédure de conciliation devant une commission paritaire (CPC) avant que le tribunal arbitral ne soit saisi. Dans le domaine hospitalier, 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 du TARMED relèvent au premier chef de la Commission paritaire d'interprétation (CPI) composée des représentants des quatre partenaires contractuels

119 Art 43 al. 5bis LAMal.

120 Art. 44 al. 1 LAMal.

121 ATF 130 I 306, 9C\_725/2008 du 9 novembre 2009.

122 Art. 49 LPGa: L'assureur social n'est pas tenu de rendre de décision à l'égard du fournisseur de prestations, qui, sur le plan juridique, traite d'égal à égal avec lui.

123 Art. 89 al. 1 LAMal.

124 Dans le secteur ambulatoire et le secteur ambulatoire des hôpitaux.

et chargée de présenter une proposition de conciliation. Les cas concrets doivent être adressés à TARMED Suisse, étant précisé qu'une discussion préalable avec le Service tarifaire de la FMH peut s'avérer judicieuse.

Les questions relatives à la valeur intrinsèque<sup>125</sup> ou à la reconnaissance des unités fonctionnelles relèvent au premier chef de la Commission paritaire pour la valeur intrinsèque (CoPaDig); c'est à elle qu'il convient de transmettre les cas concrets par le biais du Service tarifaire de la FMH.

Toutes les autres questions litigieuses relèvent de la compétence de la Commission paritaire cantonale CPC (LAMal). La procédure est régie par le règlement cantonal de la CPC. Quelques cantons ont exclu certains domaines du champ de compétence de la CPC. Les médecins peuvent se renseigner à ce sujet auprès de leur société cantonale de médecine.

Les compléments tarifaires sont élaborés par la Commission paritaire tarifaire (CPT); ils doivent ensuite être ratifiés par les quatre partenaires de TARMED Suisse (FMH, H+, santésuisse et la CTM) et approuvés par le Conseil fédéral. Dans le domaine des SwissDRG, les partenaires de SwissDRG SA<sup>126</sup> présentent des propositions relatives à la différenciation de prestations existantes ou à l'intégration de nouvelles prestations. SwissDRG SA procède au calcul sur la base de ces prestations et des données des hôpitaux relatives aux coûts. Les compléments et les modifications de la structure tarifaire SwissDRG 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 trente 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.

125 La valeur intrinsèque qualitative indique quelles qualifications professionnelles sont nécessaires selon la Réglementation pour la formation postgraduée pour pouvoir facturer une prestation déterminée aux assurances sociales (titres de spécialiste, formations approfondies, attestations de formation complémentaire). Les valeurs intrinsèques qualitatives sont indiquées pour chacune des prestations de la structure TARMED.

126 H+, la FMH, santésuisse, la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) et les assureurs selon la Loi fédérale sur l'assurance-accidents, l'assurance-invalidité et l'assurance militaire (CTM).

## 4.16. Le 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, la Confédération assume la responsabilité des atteintes à la santé qui se manifestent durant le service obligatoire. Quiconque verse des cotisations AVS est simultanément assuré auprès de l'AI. L'assurance-invalidité a pour objectif de prévenir l'invalidité grâce à des mesures de réadaptation 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. Les indépendants peuvent s'assurer à titre facultatif conformément à la LAA. Quiconque 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 heures de travail. Une personne qui n'est pas assurée selon la LAA et subit un accident est couverte par sa caisse-maladie conformément à la LAMal. Dans ce cas, le médecin doit facturer ses prestations selon les valeurs de points applicables aux patients affiliés à une caisse-maladie.

Contrairement à la LAMal, l'assurance-accidents obligatoire est une assurance causale: l'assurance-accidents ne prend à sa charge un traitement adéquat que si les critères légaux d'un accident, d'une lésion corporelle assimilée à un accident ou d'une maladie professionnelle sont réalisés.

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».<sup>127</sup>

«Pour autant qu'elles ne soient pas manifestement imputables à une maladie ou à des phénomènes dégénératifs, les lésions corporelles suivantes, dont la liste est exhaustive, 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.»<sup>128</sup> Ces lésions sont donc assorties des mêmes conséquences juridiques qu'un accident.

<sup>127</sup> Art. 4 LPGa.

<sup>128</sup> Art. 9 de l'Ordonnance sur l'assurance-accidents (OLAA). Cette disposition deviendra vraisemblablement l'art. 6 al. 2 LAA lors de la révision, actuellement en cours, de la LAA (Message du 29 mai 2008).

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. Le Conseil fédéral établit la liste de ces substances ainsi que celle de ces travaux et des affections qu'ils provoquent. [...] Sont aussi réputées maladies professionnelles 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.»<sup>129</sup>

La LAA prévoit que 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. Cela signifie que, du point de vue juridique, la gestion du traitement relève de l'assureur LAA et non du médecin traitant, bien qu'en réalité, il soit rare que l'assureur-accidents intervienne dans le cadre du traitement.

Contrairement à ce qui se passe dans le cadre de la LAMal, aucune ordonnance ne définit dans le détail les prestations obligatoires. La loi se contente de prévoir que l'assuré a droit au traitement médical approprié des lésions résultant d'un accident. 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 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.

L'assurance au sens de la LAA prévoit également le versement d'indemnités journalières et de rentes. En cas de faute de l'assuré, ces prestations d'assurance peuvent être réduites, contrairement aux frais de traitement.

Les personnes assurées au sens de la LAA peuvent choisir librement leur médecin, leur dentiste, leur chiropraticien, leur pharmacie et leur établissement hospitalier.<sup>130</sup> La collaboration entre fournisseurs de prestations et assureurs doit, conformément à la LAA, être réglée contractuellement,<sup>131</sup> et ce dans toute la Suisse pour les professions médicales. Le législateur n'a pas prévu expressément d'obligation de faire approuver les tarifs. Une autorisation d'exercer suffit pour pouvoir traiter des patients assurés au sens de la LAA. Le TARMED est applicable aux prestations médicales ambulatoires (contrat tarifaire AA-AM-AI conclu entre la FMH et la CTM), tandis que la structure tarifaire SwissDRG s'applique aux prestations en milieu hospitalier.

129 Art. 9 al. 1 et 2 LAA.

130 Art. 10 al. 2 LAA; pour pouvoir traiter des patients à la charge de la LAA, il suffit de disposer d'une autorisation d'exercer. Au moment où la rédaction du présent guide s'achève, il en va de même des traitements à la charge de la LAMal, mais ce régime est susceptible de changer (cf. chap. 10.2.).

131 Art. 56 al. 1 LAA.

Tant les litiges entre patients et assureurs LAA que les litiges entre fournisseurs de prestations et assureurs LAA sont régis par les mêmes règles que celles qui s'appliquent dans le cadre de l'assurance-maladie (voir chap. 4.15). L'unique différence réside dans le fait que la Commission paritaire CPC n'est pas cantonale, mais organisée de manière à se prononcer sur les cas AA, AM et AI de la Suisse entière.

### **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 (bâtons 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. Une fois à la retraite, les militaires professionnels peuvent s'assurer à titre facultatif.

Conformément à la Loi sur l'assurance militaire (LAM), l'assurance militaire actuellement gérée par la Suva couvre «toute affection qui se manifeste et qui est annoncée ou constatée de toute autre façon pendant le service».<sup>132</sup> Peu importe à cet égard que l'affection concernée ait été provoquée par un accident, par la maladie ou par une tentative de suicide.

Une affection apparaissant durant le service est présumée, de par la loi, avoir été causée par le service. Cela signifie qu'en cas de doute, l'assurance militaire (AM) doit prouver que l'atteinte existait déjà avant le service ou que la situation ne s'est pas améliorée durant ce dernier.

En revanche, l'assurance militaire couvre une affection annoncée après la fin du service, ainsi que les conséquences tardives d'une affection ou les rechutes constatées postérieurement à ce dernier, s'il apparaît hautement probable que la lésion est apparue ou s'est aggravée pendant le service. Dans ce cas, le fardeau de la preuve incombe à l'assuré.

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

<sup>132</sup> Art. 5 al. 1 LAM.

A l'instar de ce que prévoit la LAA, le principe de la prestation en nature s'applique également ici: «L'assurance militaire pourvoit au traitement. Elle en ordonne la reprise si celui-ci est médicalement indiqué ou s'il y a lieu d'en attendre une amélioration importante de la capacité de gain de l'assuré.»<sup>133</sup> L'assurance militaire prend les traitements à sa charge selon le système du «tiers payant», sans franchise ni quote-part. Le TARMED est applicable (contrat tarifaire AA-AM-AI).

La LAM est, elle aussi, régie par les critères EAE (efficacité, adéquation, économicité). Les traitements ne sont toutefois pas strictement limités au catalogue des prestations prises en charge par les caisses-maladie. A cela s'ajoute que les frais de voyage, de transport, de recherche et de sauvetage sont également pris en charge. 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.

Les personnes couvertes par l'assurance militaire jouissent, à certaines conditions, du droit de choisir librement leur médecin et leur hôpital: elles ont certes cette liberté, mais doivent alors prendre à leur charge l'éventuelle différence de tarif si elles n'arrêtent par leur choix, sauf cas d'urgence, sur l'établissement ou le médecin adaptés les plus proches,<sup>134</sup> ou si elles souhaitent être soignées en division privée ou semi-privée.

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. 4.15.). 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).

### **Assurance-invalidité**

Depuis la 5<sup>e</sup> révision de la Loi sur l'assurance-invalidité (LAI<sup>135</sup>), les assurés n'ont droit que jusqu'à l'accomplissement de leur 20<sup>e</sup> année à des mesures médicales qui ne concernent pas en soi le traitement de la maladie, mais visent directement la réadaptation à la vie et au domaine d'activités professionnels. Dans tous les cas, le traitement médicalement nécessaire à la charge de la caisse-maladie ou de l'assurance-accidents doit être terminé.

Les traitements médicaux au sens de la LAI nécessitent une garantie de paiement préalable. Comme dans le cadre de la LAA, les critères EAE s'appliquent et les traitements ne se limitent pas formellement au catalogue des prestations obligatoires de la LAMal. Les assurés peuvent choisir librement parmi le personnel médical compétent. Le TARMED est applicable (contrat tarifaire AA-AM-AI).

133 Art. 16 al. 4 LAM.

134 Art. 17 LAM.

135 Sur la 5<sup>e</sup> révision de l'AI, voir les articles de Stefan Ritler et Hanspeter Kuhn in BMS 8/2008, p. 310 à 316.

Les caisses-maladie ou l'assurance-accidents doivent désormais assumer les frais des mesures médicales dont bénéficient les personnes âgées de plus de 20 ans. Quiconque devient invalide à la suite d'une maladie doit désormais prendre à sa charge une franchise et une quote-part pour pouvoir bénéficier de mesures de réadaptation. L'AI couvre par ailleurs, et ce même pour l'assuré d'âge adulte, les moyens auxiliaires «dont il a besoin pour exercer une activité lucrative ou accomplir ses travaux habituels, pour maintenir ou améliorer sa capacité de gain, pour étudier, apprendre un métier ou se perfectionner, ou à des fins d'accoutumance fonctionnelle».<sup>136</sup>

Le premier volet de la 6<sup>e</sup> révision de l'AI (paquet de mesures 6a) est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012. L'un des éléments essentiels de cette révision porte sur une révision de la rente axée sur la réinsertion, selon le principe «la réadaptation prime la rente». Des mesures de réinsertion peuvent être prises en tout temps en vue de renforcer la capacité de gain des rentiers. En sus des mesures existantes, la loi prévoit désormais le conseil et l'accompagnement des assurés et de leurs employeurs. Elle vise ainsi à maintenir les emplois. En outre, les rentes octroyées en raison d'un syndrome sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique seront réexaminées dans un délai de trois ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012<sup>137</sup>. Concrètement, il s'agit de déterminer si une activité professionnelle est objectivement envisageable malgré les troubles existants. Ne font pas l'objet d'un tel réexamen les personnes qui ont 55 ans et plus, ainsi que celles qui touchent une rente depuis plus de 15 ans. Ces deux catégories de rentiers bénéficient d'une protection de la situation acquise.

La révision a également introduit une contribution d'assistance en faveur des personnes handicapées. Cette contribution complète l'allocation pour impotent, le supplément pour soins intenses et les prestations de soins à domicile dans le domaine des soins de base, ainsi que les prestations de services fournies par des tiers en remplacement de moyens auxiliaires. Ont en principe droit à une contribution d'assistance les personnes majeures ayant l'exercice des droits civils qui perçoivent une allocation pour impotent et vivent chez elles ou souhaiteraient le faire. Par ailleurs, le versement de cette contribution nécessite la conclusion d'un contrat de travail avec une personne assistante, qui doit obligatoirement être une personne physique et ne peut être apparentée en ligne directe avec l'assuré. Ont également droit à une contribution d'assistance les personnes mineures ou majeures dont la capacité d'exercice des droits civils est restreinte.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> Art. 21 LAI.

<sup>137</sup> Dispositions finales de la révision du 18 mars 2011 (6<sup>e</sup> révision de l'AI, premier paquet de mesures).

<sup>138</sup> Art. 42quater LAI, art. 39a et 39b RAI.

Depuis juillet 2006, la LAI prévoit à nouveau une procédure de préavis: au moyen d'un préavis, l'office AI communique à l'assuré toute décision finale qu'il entend prendre au sujet d'une demande de prestations ou au sujet de la suppression ou de la réduction d'une prestation déjà allouée. 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.

L'assuré ne peut exiger de décision qu'une fois en possession du préavis. S'il s'oppose à la décision, il a la possibilité de recourir contre elle auprès du tribunal cantonal des assurances, voire du Tribunal fédéral (TF). Sitôt que le tribunal cantonal des assurances est saisi, les mêmes dispositions que celles que prévoit la LAMal (cf. chap. 4.15.) sont applicables. Les procédures prévues par la LAI ne sont toutefois plus gratuites. 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.



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

## 5.1. Analyses génétiques

Depuis 2007, les analyses génétiques sont régies par une loi spéciale. Celle-ci protège les droits des personnes concernées, mais vise également à assurer la qualité des analyses.<sup>139</sup>

La Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH) 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 réglementation légale est applicable indépendamment de la méthode choisie, de sorte qu'elle couvre également, notamment, l'imagerie diagnostique médicale destinée au dépistage prénatal pour autant qu'elle vise le but précité. En revanche, les analyses génétiques effectuées à des fins de recherche sont exclues du champ d'application de la loi.

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.

139 Voir notamment Peter Miny, Siv Fokstuen, Conséquences pratiques pour les prestataires, les médecins et les patients, BMS 13/2007, p. 580 à 582; Cristina Benedetti, OFSP: Une loi pour réglementer les analyses génétiques humaines à compter du 1<sup>er</sup> avril 2007, BMS 13/2007, p. 583 à 585, ainsi que Peter Suter, Association Suisse d'Assurances (ASA), La loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH) doit être envisagée sous un aspect critique, BMS 13/2007, p. 586 ss; ASSM, La génétique dans la médecine au quotidien: Guide pratique, 2<sup>e</sup> éd. (2011).

Outre les analyses médicales, la loi régit également, 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 comme suit les droits des assureurs:

Les assureurs ne sont pas autorisés à faire procéder à des analyses génétiques. Les assureurs n'ont en outre pas non plus le droit de demander des résultats d'analyses antérieures dans les cas suivants:

- les assureurs sociaux (les caisses de pension ne peuvent pas poser des questions sur des résultats d'éventuels tests génétiques déjà effectués, même pour le domaine supraobligatoire);
- les assureurs d'indemnités journalières;
- les assureurs-vie lorsque la somme assurée n'excède pas 400 000 francs;
- les assurances-invalidité facultatives prévoyant une rente annuelle d'un maximum 40 000 francs.

Il est admissible pour un assureur de rechercher les résultats d'analyses génétiques antérieures que 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 40 000 francs) et
- si, d'autre part, l'analyse en question délivre des résultats fiables sur les plans de la technique et de la pratique médicale 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) et dans celui du travail: sauf rares exceptions, aucune recherche génétique en lien avec le travail n'a le droit d'être pratiquée.

## 5.2. 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.

Conformément à la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, les méthodes telles que l'insémination artificielle ou la fécondation in vitro avec transfert d'embryons sont réservées aux couples hétérosexuels et visent uniquement à remédier à la stérilité ou à éviter le risque de transmission d'une maladie grave et incurable aux descendants. Il est interdit d'influer sur le sexe ou d'autres caractéristiques de l'enfant, excepté lorsque le risque de transmission d'une maladie grave et incurable ne peut être écarté d'une autre manière. Le diagnostic pré-implantatoire est (encore) interdit.

Alors que l'utilisation de sperme provenant de dons est admise, les dons d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution font l'objet d'une interdiction générale. Les gamètes et les ovules imprégnés<sup>140</sup> peuvent être conservés pendant cinq ans au maximum, contrairement aux embryons<sup>141</sup>. Aux termes de la loi, ne peuvent être développés jusqu'au stade d'embryon que le nombre d'ovules imprégnés nécessaire pour induire une grossesse durant un cycle, mais au maximum trois.

Il va de soi que 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 telles méthodes, la conservation de gamètes et d'ovules imprégnés, ainsi que la cession de sperme nécessitent une autorisation délivrée par le canton concerné.<sup>142</sup>

La Loi sur la procréation médicalement assistée est actuellement en cours de révision. Pour l'essentiel, l'interdiction du diagnostic préimplantatoire sera remplacée par une autorisation à des conditions strictes. La modification de la loi n'entrera pas en vigueur avant 2015.

140 Un ovule est imprégné lorsqu'il a été pénétré par un spermatozoïde, mais que la fusion des noyaux n'a pas encore eu lieu.

141 La loi définit l'embryon comme le fruit de la fusion des noyaux jusqu'à la fin de l'organogenèse.

142 L'insémination artificielle avec le sperme du partenaire ne nécessite pas d'autorisation.

### 5.3. Interruption de grossesse non punissable

L'interruption de grossesse n'est pas punissable si elle a lieu durant les douze premières semaines de grossesse ou sur indication médicale.

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 douze 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»<sup>143</sup>. Une interruption de grossesse après l'échéance d'un tel délai n'est pas non plus punissable si elle est indiquée médicalement. A cet égard, «le danger [pour la femme] devra être d'autant plus grave que la grossesse est avancée».

Une adolescente enceinte et capable de discernement peut conclure le contrat de traitement sans l'accord de ses parents.<sup>144</sup>

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. A des fins statistiques, le médecin doit annoncer toute interruption de grossesse à l'autorité de santé publique compétente du canton (voir chap. 7.3). Une telle annonce est anonyme.

### 5.4. Stérilisation

Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2005, une loi fédérale régit la stérilisation. La stérilisation consiste à supprimer de manière permanente les facultés reproductrices d'une personne. Ne sont en revanche pas considérées comme une stérilisation les interventions thérapeutiques qui ont pour effet secondaire inévitable de supprimer les facultés reproductrices.

La stérilisation de personnes majeures capables de discernement est autorisée si celles-ci ont reçu des informations exhaustives sur l'intervention et y ont librement consenti par écrit. «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».<sup>145</sup>

143 Art. 119 CP.

144 Voir le chapitre 4.1.: le traitement est pris en charge par les caisses-maladie, c'est pourquoi le consentement des parents n'est pas nécessaire.

145 Art. 5 de la Loi sur la stérilisation.

La stérilisation de personnes faisant l'objet d'une curatelle de portée générale et capables de discernement nécessite également une information exhaustive et un consentement libre et écrit donné par la personne elle-même; dans un tel cas, le représentant légal et l'autorité de protection de l'adulte doivent également donner leur consentement. 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 stérilisation d'une personne âgée de moins de 18 ans est en principe exclue. Une exception n'est possible qu'à de strictes conditions pour les personnes de plus de 16 ans et durablement incapables de discernement. La personne concernée, l'un de ses proches ou son curateur peuvent par ailleurs recourir dans les 30 jours contre la décision de l'autorité de protection de l'adulte.

## 5.5. Médecine de la transplantation

La Loi sur la transplantation 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 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.

Le prélèvement d'organes sur une personne décédée est autorisé si celle-ci y a consenti avant son décès et si la mort a été constatée conformément aux directives de l'ASSM en la matière. En l'absence de tout document laissé par la personne décédée (p.ex. carte de dons d'organes, directives anticipées) et si la volonté de cette dernière à cet égard n'est pas connue, les parents les plus proches peuvent consentir à un tel prélèvement. 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.

La loi contient une réglementation tout aussi libérale sur les dons de personnes vivantes, majeures et capables de discernement: celles-ci doivent avoir donné leur consentement libre et éclairé par écrit et il ne doit pas exister de risque sérieux pour leur vie ou leur santé. Par ailleurs, le receveur ne doit pas pouvoir être traité par une autre méthode thérapeutique ayant une efficacité comparable. Le don peut être effectué tant en faveur d'un proche que d'un inconnu, aucune relation personnelle n'étant nécessaire. En revanche, les dons de personnes vivantes mineures ou incapables de discernement ne sont admis qu'à titre exceptionnel pour des tissus ou des cellules qui se régénèrent.

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.<sup>146</sup> Celui-ci attribue les organes disponibles conformément aux critères définis par la loi, de manière centralisée et en fonction des patients. La Loi sur la transplantation prévoit en outre diverses obligations de s'annoncer et de requérir une autorisation.<sup>147</sup>

Une révision partielle de la Loi sur la transplantation est actuellement en discussion. Cette révision vise à donner aux frontaliers ayant conclu une assurance-maladie en Suisse les mêmes droits, en matière d'attribution d'organes, qu'aux personnes domiciliées en Suisse. Il est également proposé de modifier les dispositions ayant généré des incertitudes quant à leur application pratique. Il s'agit d'une part des dispositions relatives au moment auquel l'accord des proches doit être demandé pour un don d'organe, et d'autre part des dispositions concernant le représentant habilité à donner son accord aux mesures médicales préparatoires. Enfin, la révision porte sur l'introduction de dispositions relatives à la situation financière des donneurs vivants.

## 5.6. Prise en charge médicale des sportifs; dopage

Le médecin doit sauvegarder les intérêts des sportifs, respectivement de ses patients, et ce, même s'il est mandaté par une association sportive. Le dopage est interdit.

Le médecin qui traite des sportifs est aussi souvent mandaté par une association sportive. Cette relation triangulaire peut générer des conflits d'intérêts. A cet égard, le Code de déontologie de la FMH prévoit que: «En dehors des cas d'urgence, [...] les médecins mandatés par une association sportive [...], dans le cadre de leur fonction, s'abstiennent de toute activité dépassant les limites de leurs tâches spécifiques. [...] le médecin mandaté par une association sportive [doit être exempté] du conflit d'intérêt qui peut exister entre la personne examinée et la personne qui donne le mandat [...]. En transmettant des informations en leur possession, [il s'efforce] de tenir compte de manière équitable des intérêts des deux parties».<sup>148</sup>

146 Le Service national des attributions est dirigé par la fondation Swisstransplant sur mandat de la Confédération.

147 Le site internet de l'Office fédéral de la santé publique propose un aperçu exhaustif des conditions-cadre légales ([www.bag.admin.ch/transplantation/index.html?lang=fr](http://www.bag.admin.ch/transplantation/index.html?lang=fr)). Les médecins trouveront une introduction en la matière dans l'article de Conrad E. Müller, Explications sur la nouvelle loi sur la transplantation et sa mise en application, BMS 30/2007, p. 1256 à 1258.

148 Art. 27 et 33 du Code de déontologie de la FMH. Voir également la «Directive pour la prise en charge médicale des sportifs» de la Chambre médicale, Annexe 5 au Code de déontologie de la FMH.

Les débats publics relatifs à la relation entre médecins et sportifs tournent toutefois davantage autour du dopage qu'autour des liens avec les associations sportives. La loi fédérale encourageant la gymnastique et les sports érige l'assistance du médecin au dopage en infraction pénale. Le site internet [www.dopinginfo.ch](http://www.dopinginfo.ch) indique les médicaments ou autres substances figurant sur la liste des produits dopants.

Le dopage est interdit lorsqu'un athlète pratique lors d'une manifestation un «sport de compétition réglementé». Cette notion concerne les manifestations sportives organisées par des associations ou des sociétés sportives affiliées à Swiss Olympic, ou par les fédérations sportives internationales faitières dont elles dépendent, de même que l'entraînement et la régénération avant et après la compétition. Quiconque prend part à de telles manifestations est considéré comme un athlète et non comme un patient normal.

Si le médecin considère qu'il est nécessaire, pour des raisons médicales, d'administrer à un sportif un médicament contenant des substances interdites, il doit préalablement solliciter l'accord du médecin-conseil de la Commission technique de lutte contre le dopage (CLD) de Swiss Olympic.

## 5.7. Traitement et prise en charge médicale de personnes âgées en situation de dépendance

La prise en charge médicale de personnes âgées en maisons de retraite entraîne un conflit entre assistance et autonomie. Il est extrêmement important de veiller à la protection de leur personnalité et de leur dignité.

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.<sup>149</sup> 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.).

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.). Le patient et ses proches doivent toutefois être en mesure d'identifier le médecin

149 Art. 382 à 387 CC.

responsable d'une telle prise en charge. La directive de l'ASSM en la matière<sup>150</sup> prévoit qu'un contact personnel entre le médecin et la personne âgée ayant besoin de soins est indispensable à une prise en charge adéquate. 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.

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 fédéral règle les conditions auxquelles une limitation de la liberté de mouvement est admissible.<sup>151</sup> 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.

La protection de la personnalité exige en outre que l'établissement se soucie du bien-être de ses pensionnaires incapables de discernement, qu'il tienne compte de leurs besoins et soulage leurs souffrances. Afin de réduire l'isolement, les contacts avec les personnes extérieures à l'établissement doivent être encouragés. Conformément à la directive de l'ASSM, les médecins et les soignants doivent attirer suffisamment tôt l'attention des personnes âgées sur la possibilité de désigner une personne de confiance. Si, en dehors de l'établissement, personne ne se préoccupe de la personne âgée, il convient d'en avertir l'autorité de protection de l'adulte.

## 5.8. Décisions médicales relatives à la fin de la vie

Les décisions médicales relatives à la fin de la vie peuvent avoir pour conséquence d'abrégé celle-ci. Les situations cliniques concernées sont variées et presque toujours complexes.

Par «décisions médicales relatives à la fin de la vie», on entend tous les actes et toutes les omissions susceptibles d'abrégé ou abrégéant 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 l'assistance active au décès sur demande du patient. La FMH considère au contraire qu'il est important de différencier clairement assistance au suicide et aide au décès (cf. chap. 5.9.). Le tableau suivant propose un aperçu des différentes formes de décisions médicales relatives à la fin de la vie.

150 «Directives médico-éthiques pour le traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance» de l'ASSM.

151 Art. 383 à 385 CC.

## 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 <sup>1</sup> )	Type de décès	Statut juridique
Renonciation au traitement et interruption de celui-ci conformément à la volonté (présumée) du patient ( <i>euthanasie passive</i> )	Décès naturel	légal
Traitement de la douleur et d'autres symptômes dans l'acceptation du risque que la vie soit abrégée ( <i>euthanasie active indirecte</i> )	Décès naturel	légal
<i>Assistance au suicide</i> <sup>2</sup>	Décès non naturel	légal si la personne ayant prêté assistance en vue du suicide n'est pas poussée par un mobile égoïste: art. 115 CP
<i>Euthanasie active à la demande du patient</i> <sup>2</sup>	Décès non naturel	illégal: art. 114 CP
Meurtre sans demande expresse du patient	Décès non naturel	illégal, p.ex. art. 111 et 113 CP

<sup>1</sup> Aide au décès *au sens large*.

<sup>2</sup> 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).

Le classement juridique de telles décisions est régi par le principe selon lequel le meurtre intentionnel d'un patient par son médecin est toujours illégal, et ce, même si le patient était capable de discernement et avait expressément demandé à mourir. En revanche, *l'assistance médicale au suicide* n'est a priori pas punissable (cf. chap. 5.9.).

Il est permis, voire indiqué, de renoncer à ou d'interrompre un traitement maintenant le patient en vie (*euthanasie passive*) si une telle décision correspond à la volonté expresse du patient capable de discernement. Si le patient est incapable de discernement, les instructions contenues dans les directives anticipées du patient sont déterminantes ou la décision est alors du ressort de la personne autorisée à le représenter (cf. chap. 4.3.). La volonté expresse du patient capable de discernement ou, si le patient est incapable de discernement, les instructions prévues par les directives anticipées ou la décision du représentant autorisé sont également déterminantes en cas d'«*euthanasie active indirecte*». Néanmoins, la question de savoir dans quelle mesure une thérapie adéquate en matière de douleur et de symptômes en fin de vie entraînant une réduction de la durée de vie est assimilée à la notion d'«*euthanasie active indirecte*» est controversée.

### Quelques situations particulières

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

- *Apport de nourriture et de liquide à des patients en coma vigile, respectivement en état végétatif persistant*: sauf déclaration de volonté contraire exprimée dans des directives anticipées, un patient dont l'état est cliniquement stable doit, selon les directives de l'ASSM, être nourri et hydraté de manière adéquate. Si des complications surviennent (p.ex. une pneumonie), il se justifie de renoncer à prendre des mesures qui prolongeraient la vie du patient si telle est la volonté exprimée par ce dernier dans des directives anticipées ou si le représentant autorisé donne son accord.
- *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.
- *Plonger un patient en phase terminale dans un coma permanent et profond jusqu'à son décès (sédation palliative)*: les directives de l'ASSM autorisent une telle mesure si aucune autre ne permet de contrôler les symptômes, qu'elle a été discutée auparavant avec le patient ou que ce dernier l'a demandée dans des directives anticipées. Un patient ne peut toutefois pas être plongé dans un coma permanent afin de provoquer délibérément son décès. En effet, une telle démarche ne relèverait plus alors de l'euthanasie indirecte, mais constituerait un meurtre actif et punissable.
- *Sédation d'un patient présentant de graves dommages cérébraux irréversibles et qui n'est pas encore pleinement privé de son autonomie respiratoire au moment de l'extubation*: les directives de l'ASSM l'autorisent<sup>152</sup> si le décès du patient est prévisible.
- *Renonciation à ou interruption de la réanimation en cas d'arrêt cardiovasculaire (do not resuscitate order)*: la question de savoir dans quelle mesure la décision de ne pas réanimer doit être abordée avec le patient et/ou ses proches est controversée. L'ASSM élabore en ce moment des directives en la matière.<sup>153</sup> Le fait de renoncer au consentement éclairé (informed consent) pourrait s'avérer fondé sur le plan juridique lorsque la probabilité que la réanimation soit couronnée de succès apparaît infiniment faible (futile treatment).

152 «Soins palliatifs», directives médico-éthiques de l'ASSM.

153 «Décisions de réanimation», directives médico-éthiques de l'ASSM.

## 5.9. 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 de manière égoïste.

En Suisse, l'assistance au suicide au sens de l'article 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 cinq 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 propre souhait 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.

Eu égard à cette évolution, la position déontologique traditionnelle selon laquelle «l'assistance au suicide n'est pas une activité médicale» s'est quelque peu assouplie. En Suisse, à l'heure actuelle, un nombre croissant de médecins admet également que, sans expertise médicale en matière de diagnostics, de pronostics, de possibilités thérapeutiques ou de soulagement des symptômes, l'assistance au suicide ne peut être réglementée de manière satisfaisante. On ne saurait toutefois ignorer qu'il s'agit là de questions éminemment personnelles, voire sociales, qui dépassent le cadre de l'expertise médicale.

Le natrium-pentobarbital 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 natrium-pentobarbital à des fins de suicide, le Tribunal fédéral a considéré, dans un arrêt de 2006, que la prescription de natrium-pentobarbital destinée à permettre à un patient de se suicider exige «un diagnostic, une indication et un entretien explicatif répondant 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. A cet égard, seul un médecin peut juger de la capacité de discernement du patient concerné.<sup>154</sup> Dans l'arrêt susmentionné, le Tribunal fédéral se réfère expressément aux directives médico-éthiques de l'ASSM pour «la prise en charge des patientes et patients en fin de vie». Selon ces directives,<sup>155</sup> l'assistance au suicide ne fait pas partie de l'activité médicale, car elle est contraire aux buts de la médecine; néanmoins, la décision morale personnelle d'un médecin d'apporter son assistance à un patient souhaitant mettre fin à ses jours doit être respectée. Dans un tel cas, les directives exigent que les conditions suivantes soient réalisées:

- La maladie dont souffre le patient permet de considérer que la fin de la vie est proche.
- Des alternatives de traitement ont été proposées et mises en œuvre, si le patient le souhaitait.
- Le patient est capable de discernement, son désir de mettre fin à ses jours est durable, mûrement réfléchi et ne résulte pas de pressions extérieures. Cela doit avoir été vérifié par un tiers, qui ne doit pas nécessairement être médecin.

Toutefois, contrairement à ce que prévoient les directives de l'ASSM, le Tribunal fédéral ne limite pas l'assistance médicale au suicide aux patientes et patients en fin de vie. Il va même jusqu'à ne pas exclure, de manière générale, une telle assistance envers les patients atteints de maladies psychiques, tout en exigeant cependant dans de tels cas une très grande retenue.

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 lasses 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 les Directives en matière d'assistance au suicide ne s'appliquent pas aux personnes

154 Selon la prise de position de la FMH (2008), l'évaluation de la capacité de discernement et la prescription d'un produit létal ne devraient pas être effectués par la même personne.

155 Voir à ce sujet les «Directives médico-éthiques pour la prise en charge des patientes et patients en fin de vie» de l'ASSM.

qui expriment le souhait de mourir en raison d'une lassitude générale de la vie ou d'une absence de qualité de vie, pour autant que ces personnes ne soient pas en fin de vie. 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 impérative.<sup>156</sup>

Les cas d'assistance au suicide, à l'instar des suicides non assistés et des décès non naturels et donc extraordinaires, doivent être annoncés aux autorités (cf. chap. 7.3.).

## 5.10. 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 distingue 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.

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 défaut de quoi il y aurait donc une atteinte à l'autonomie du patient.

<sup>156</sup> Problèmes de l'assistance médicale au suicide. Prise de position de la Commission Centrale d'Ethique (CCE) de l'ASSM, BMS 2012;93(11), p. 411 et 412.

Les mesures de contrainte peuvent s'avérer extrêmement traumatisantes. Il convient dès lors de veiller tout particulièrement à respecter le principe de proportionnalité; cela signifie qu'une telle mesure doit être premièrement nécessaire, deuxièmement proportionnelle à la gravité du danger encouru et troisièmement, qu'elle ne peut être remplacée par des mesures moins radicales. Il faut donc examiner de cas en cas quelle mesure est la moins lourde pour l'intéressé. Il convient par ailleurs d'évaluer si le bénéfice qu'on peut attendre d'une telle mesure prime nettement sur l'atteinte qu'elle risque de porter au patient, ou si ses conséquences sont moins graves que celles d'une autre mesure qui, à défaut, s'imposerait. La durée de la mesure de contrainte doit, elle aussi, être adaptée aux circonstances. Par ailleurs, une telle mesure doit être choisie sur la base des dernières connaissances disponibles et elle doit être réversible.

### **Le placement à des fins d'assistance (PAFA)**

Un placement forcé ne peut être prononcé que si les conditions du placement à des fins d'assistance (PAFA) sont réalisées ou s'il existe une autre base légale claire (p.ex. la Loi sur les épidémies). Une personne ayant besoin de protection peut être placée dans une institution appropriée «lorsque, en raison de troubles psychiques, d'une déficience mentale ou d'un grave état d'abandon, l'assistance ou le traitement nécessaires ne peuvent lui être fournis d'une autre manière»<sup>157</sup>. Le PAFA 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. 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 six semaines.<sup>158</sup> La personne placée a le droit de désigner une personne de confiance (voir à ce sujet chap. 3.).

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 (pour plus de détails à ce propos, voir chap. 4.4.). 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. La loi règle le traitement sous contrainte sous le titre de «traitement

157 Art. 426 CC.

158 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 droit (art. 430 al. 2 CC).

sans consentement»<sup>159</sup>. Un tel traitement doit être prescrit par le médecin-chef du service 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 corporelle 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 (sur ce sujet, voir chap. 3. et chap. 4.3.). 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) (sur ce sujet, voir chap. 5.7.).

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, en cas de traitement sans consentement ou de limitation à la liberté de mouvement. Le délai pour saisir le juge est en principe de dix 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 régler 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.<sup>160</sup> Dans certaines circonstances, l'administration sous contrainte de médicaments est possible en cas de thérapie stationnaire. Dans le cadre des thérapies ambulatoires, la pression poussant le patient à collaborer est forte, compte tenu de la menace d'exécution de la peine privative de liberté suspendue en cas d'interruption du traitement.

159 Art. 434 CC.

160 Art. 56 ss CP.

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'Al 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 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.

## 5.11. 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.<sup>161</sup>

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.<sup>162</sup> 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.

161 En janvier 2012, l'ASSM a publié des conseils pratiques relatifs à l'application des directives médico-éthiques «Exercice de la médecine auprès de personnes détenues».

162 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.»

En situation d'urgence, le médecin peut se passer du consentement du patient selon les mêmes critères que ceux s'appliquant aux personnes non détenues. Tel est p.ex. le cas des mesures de contention physique justifiées sous l'angle médical, étant précisé que celles-ci ne peuvent être envisagées que pour une durée de quelques heures et exigent une surveillance régulière. Toutefois, si le patient est capable de discernement, sa volonté doit être respectée. Il en va ainsi même en cas de grève de la faim, pourtant susceptible d'entraîner des risques considérables pour la santé de l'intéressé. Si la personne concernée tombe dans le coma, le médecin intervient selon sa conscience et son éthique professionnelle, à moins que la personne n'ait laissé des directives expresses s'appliquant en cas de perte de connaissance. De telles directives doivent être respectées, et ce même si leur observation peut conduire au décès de l'intéressé. Il convient néanmoins de s'interroger sur le caractère sérieux du désir de mourir, car un gréviste de la faim veut en général atteindre un objectif déterminé, et non mettre fin à ses jours. La décision du Tribunal fédéral concernant Bernard Rappaz s'est elle aussi heurtée à la critique chez les juristes: cette décision prétendait contraindre les médecins à procéder à une alimentation forcée, selon les règles de l'art, sur la personne du gréviste de la faim, tout en respectant sa dignité d'être humain<sup>163</sup> – une contradiction insoluble, pas seulement du point de vue médical.

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 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. Il convient cependant d'examiner chaque cas particulier.

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.

163 Arrêt du Tribunal fédéral du 26 août 2010, 6B\_599/2010.

## 5.12. 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 couverts par l'assurance-maladie obligatoire, mais doivent 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 ne sont pas couverts selon la LAMal et n'ont droit qu'à des soins minimaux.

Durant la procédure, les requérants d'asile sont assurés selon la LAMal, mais le canton doit les assigner à un modèle de Managed Care.<sup>164</sup> Les requérants dont la demande fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière (NEM) et les requérants déboutés ne sont plus couverts par l'assurance-maladie depuis la dernière révision de la Loi sur l'asile. Les cantons doivent uniquement leur assurer des soins médicaux minimaux dans le cadre du minimum vital et reçoivent, pour ce faire, une somme forfaitaire de la Confédération.

Du point de vue éthique et déontologique, la prise en charge médicale liée au renvoi des requérants déboutés est régie par les directives de l'ASSM de 2002 pour «l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues».

En juin 2012, le Comité central de la FMH a rappelé que les médecins chargés de leur prise en charge médicale devaient être en mesure d'assumer correctement leur rôle. A cette fin, ils doivent avoir connaissance de l'anamnèse du patient, avoir la possibilité d'examiner au préalable la personne à renvoyer et de procéder à une surveillance efficace durant le transport (le médecin doit notamment pouvoir voir le visage de l'intéressé et prendre son pouls). En outre, les médecins chargés de la prise en charge médicale doivent être expérimentés et indépendants. La conclusion de contrats portant sur l'accompagnement médical conclus avec de grands cabinets de groupe qui délèguent leurs jeunes médecins-assistants ne présente pas ce type de garanties.

<sup>164</sup> Art. 82 de la loi révisée sur l'asile. Voir également le rapport du Conseil fédéral «Assurance-maladie et accès aux soins des sans-papiers», élaboré en réponse au postulat Heim (09.3484), du mois de mai 2012 ([www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=44651](http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=44651)).



# Recherche

## 6.1. Recherche sur l'être humain

L'article constitutionnel (art. 118b Cst.) adopté (par le peuple et les cantons) en mars 2010 autorise la Confédération à légiférer de manière exhaustive en matière de recherche sur l'être humain. Se fondant sur cet article, le Parlement a adopté la Loi relative à la recherche sur l'être humain qui entrera en vigueur en même temps que les ordonnances, vraisemblablement en 2014. Entre-temps, les études menées sur les produits thérapeutiques continuent d'être régies par la Loi sur les produits thérapeutiques, et les projets de recherche dans des domaines spécifiques continuent d'être soumis aux dispositions fédérales et aux lois cantonales y relatives.

La Loi relative à la recherche sur l'être humain règlemente de manière exhaustive la recherche sur les maladies humaines et 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 règles essentielles de la Loi relative à la recherche sur l'être humain 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).
- Comme à l'heure actuelle, une commission d'éthique cantonale procède à un examen indépendant des projets de recherche (art. 45).
- Enfin, les essais cliniques doivent être répertoriés dans un registre reconnu (art. 56).

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. 4.8.). 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. 4.13.).

## 6.2. 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 recherche sur les cellules souches embryonnaires 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.<sup>165</sup>

<sup>165</sup> 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.

L'importation de cellules souches nécessite une autorisation de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP). Le prélèvement, en Suisse, de cellules souches embryonnaires sur des embryons surnuméraires est, lui aussi, soumis à autorisation. La loi 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.<sup>166</sup>

### 6.3. 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.

La droiture, 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.

<sup>166</sup> Le site internet de l'OFSP ([www.bag.admin.ch/themen/medizin/03301/index.html?lang=fr](http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03301/index.html?lang=fr)) contient aussi bien les bases légales qu'un aperçu des conditions, des procédures d'autorisation et du registre des 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.<sup>167</sup> 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.

La plupart des 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 mandatisés 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.<sup>168</sup>

167 L'Académie Suisse des Sciences Médicales a adopté en 2002 des directives pour «L'intégrité scientifique dans la recherche médicale et biomédicale, et pour la procédure à suivre en cas de fraude» qui ont été abrogées en 2008 par les directives édictées par les Académies suisses des sciences. Parallèlement, ces dernières ont publié une directive intitulée «L'intégrité dans la recherche scientifique – Principes de base et procédure» qui s'adresse aux chercheurs, aux instituts de recherche et aux institutions de promotion de la recherche. Il existe des dispositions comparables pour d'autres domaines scientifiques. Entre-temps, la plupart des universités et des hautes écoles suisses, ainsi que le Fonds national suisse, disposent de leurs propres règlements en matière d'intégrité et de procédure à suivre en cas de comportement incorrect.

168 «Collaboration corps médical – industrie», directives de l'ASSM.



# Le médecin rédacteur de rapports: du secret professionnel à la facturation

## 7.1. Secret médical (secret professionnel, secret du patient)

A l'instar des hommes de loi et des ecclésiastiques, les professionnels de la santé 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.

La notion traditionnelle de «secret médical» est légitime. Elle fait prendre conscience du fait que l'exercice de la profession de médecin n'est possible que si les médecins sont en mesure de garantir la confidentialité. Quiconque met en jeu le secret médical prive le patient de la possibilité de se confier sans arrière-pensée à son médecin et réduit ainsi à néant la profession médicale. La notion de «secret des patients» souligne que l'enjeu est la protection des droits de la personnalité des patients. Cette perspective est, elle aussi, pertinente. Tout dépend du contexte. La loi règle la notion de «secret professionnel médical» à l'art. 321 du Code pénal suisse (cf. encadré).

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, tels que résultats d'examen, diagnostics et traitements qui en découlent.

De nombreux patients paient eux-mêmes les notes d'honoraires de leur médecin, soit en raison d'une franchise annuelle élevée soit pour des motifs de confidentialité particuliers, notamment professionnels ou familiaux. Par ailleurs, si la caisse-maladie souhaite poser des questions en ligne à un cabinet médical, elle doit aussi solliciter pour ce faire l'accord du patient, car ainsi elle sait d'entrée de cause quel patient est traité par quel médecin.

Le patient est également en droit de décider s'il souhaite présenter sa carte d'assuré ou s'il s'accommode 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.<sup>169</sup> 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.

Même 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. La FMH est d'avis que l'activité d'expert médical fait aussi partie de l'«exercice» de la profession médicale et que cette activité est donc également soumise au devoir de garder le secret du patient (cf. chap. 8.1): même quand ils établissent des expertises uniquement sur la base de dossiers sans voir les patients concernés, les médecins n'ont pas le droit, par exemple, de communiquer leur rapport aux médias.

Par contre, des 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.

Outre les médecins, le personnel travaillant dans un cabinet médical ou un hôpital est également astreint au secret des patients. Les médecins doivent expressément attirer l'attention de leur personnel sur ce devoir.<sup>170</sup>

169 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 émolument approprié.»

170 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'engager par écrit.»

## Le secret professionnel selon les termes de la loi

Code pénal, article 321

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 trois 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.
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.

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

1. consentement du patient;
2. dérogation prévue dans une loi fédérale ou cantonale;
3. levée du secret médical par l'autorité cantonale compétente;
4. état de nécessité imminent selon les art. 17 s et 48a du Code pénal.

Ces quatre motifs justificatifs sont brièvement expliqués ci-après.

### 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. Les règles du «consentement éclairé» sont applicables en l'occurrence. Pour que le consentement soit valable, le patient doit savoir de façon suffisante quelles informations le médecin communiquera à des tiers. Ce consentement peut être obtenu par écrit, par oral, mais il peut aussi être tacite, voire présumé. Néanmoins, pour éviter tout malentendu, le médecin ne devrait s'appuyer sur un consentement tacite ou présumé qu'en cas d'urgence (cf. chap. 4.3.). Si le patient délègue son médecin du secret professionnel en vue d'une déclaration à titre de témoin devant un tribunal, le CPC et le CPP obligent alors le médecin à témoigner, à moins que celui-ci ne rende «vraisemblable que l'intérêt du maître au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité»<sup>171</sup>.

<sup>171</sup> Art. 166 al. 2 du Code de procédure civile et art. 171 al. 3 du Code de procédure pénale.

Le secret médical s'applique également à ses proches: il est judicieux de toujours demander aux patients quels sont les membres de leur famille qui peuvent ou doivent être informés, le cas échéant, sur leur état de santé. En revanche, les parents d'enfants incapables de discernement disposent d'un droit légal d'information sur les questions de santé touchant leur enfant (y compris le parent qui n'a pas l'autorité parentale). Toutefois, si l'enfant ou le jeune est capable de discernement au sujet de son traitement (cf. chap. 4.3.), le secret médical doit être respecté.

Le médecin est certes autorisé à donner des renseignements par téléphone, mais il doit s'assurer dans toute la mesure du possible qu'il ne renseigne que des personnes ayant droit à ces informations. Si l'on ne peut pas reconnaître avec certitude la personne au bout du fil d'après la voix, on devrait demander le numéro de téléphone, le vérifier puis rappeler.

En cas de facturation effectuée par un tiers (caisse de médecins ou autre organisation de facturation), le cabinet médical doit informer ce dernier de chaque prestation fournie. Etant donné que les positions tarifaires indiquées permettent à un spécialiste du domaine de se faire une idée de l'étendue du traitement, il est important de communiquer d'emblée aux patients quelle est l'instance chargée de la facturation externe. Si cela crée un problème, une autre solution pourra être cherchée avec le patient concerné.

### **Communication d'information sur la base de dispositions légales déliant le médecin du secret professionnel**

Même lorsqu'il est probable ou explicite que le patient ne le veut pas, les médecins ont le droit ou même le devoir d'informer des tiers dans des cas précis (cf. chap. 7.3.). 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. Dans le cas de l'assurance-maladie, le consentement du patient est toutefois déterminant car ce dernier peut décider de payer lui-même son traitement. Dans un tel cas, la caisse-maladie ne doit rien apprendre du médecin.

### **Levée du secret médical par l'autorité cantonale compétente**

Si une information doit être transmise alors que le patient n'y consent pas, 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. Il est recommandé de discuter auparavant brièvement du cas par téléphone avec le médecin cantonal ou le service juridique de la direction de la santé publique sans indiquer le nom du patient ni livrer d'autres informations qui permettraient de l'identifier.

### Information dans un état de nécessité

Conformément au Code pénal, il est possible à une personne de violer le secret professionnel lorsqu'il s'agit de «préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers»<sup>172</sup>. Un état de nécessité au sens de la loi n'existe que si le temps ne suffit plus pour obtenir le consentement du patient ou pour contacter la direction de la santé ou le médecin cantonal en vue de demander la levée du secret professionnel. Ce cas de figure est donc plutôt rare dans la pratique.

## 7.2. Protection des données

La Loi fédérale sur la protection des données protège la personnalité et règle les droits des personnes dont les données font l'objet d'un traitement. Elle s'applique à tous les privés – notamment aux cabinets médicaux et aux hôpitaux privés –, à l'administration fédérale, mais aussi aux entités externalisées de cette dernière telles que les caisses-maladie et les assureurs-accidents. La future Loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP) réglera l'échange électronique d'informations entre communautés et fournisseurs de prestations.

### Protection des données

Dans les faits, la Loi sur la protection des données (LPD) n'apporte rien de nouveau pour les médecins car ceux-ci sont déjà soumis au secret professionnel. La LPD fixe toutefois par écrit de nombreux principes utiles:

- 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.<sup>173</sup>
- Même le consentement de la personne concernée ne justifie pas un traitement non conforme au principe de proportionnalité, car tout traitement de données doit être licite<sup>174</sup> (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).

172 Art. 17 CP.

173 Art. 4 LPD.

174 Art. 4 al. 1 LPD (disposition révisée, en vigueur depuis janvier 2008). Amédéo Wermelinger / Daniel Schweri, «Teilrevision des Eidgenössischen Datenschuttrechts – 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.»

- Les organes de la Confédération et les organisations exécutant des tâches fédérales ne peuvent traiter que les données véritablement nécessaires à atteindre l'objectif qui leur est assigné par la loi, et ce, que le traitement des données soit concrètement défini par la loi fédérale concernée ou qu'il ressorte clairement des tâches légales de l'institution en question.<sup>175</sup>
- 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. 9.1.).

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.

### **Echange électronique des données**

Il n'est permis d'échanger des données de patients entre médecins, hôpitaux, autres soignants, mais également assurances que par courrier électronique protégé: les courriels doivent être cryptés. A cet égard, le réseau HIN («Health Info Net») et la carte CPS de la FMH permettent un cryptage sûr.

En revanche, si un patient envoie un courriel non crypté à son médecin, celui-ci peut partir de l'idée que son patient consent tacitement à ce qu'il lui réponde par le même canal. Quant à savoir s'il convient de procéder de la sorte ou non, c'est une décision que le médecin prendra au cas par cas. Quoi qu'il en soit, il devrait au moins s'assurer que l'adresse électronique indiquée est bien celle du patient.

### **Future Loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP)**

Dans les années à venir, la Confédération édictera une Loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP). Celle-ci ne règlera pas le dossier électronique établi par le médecin ou par l'hôpital. Le dossier électronique du patient vise davantage à fournir, en tant que «système secondaire», des extraits pertinents du «système primaire», à savoir du dossier électronique du médecin ou de l'hôpital, à d'autres cabinets, hôpitaux ou établissements en vue de la poursuite du traitement ou d'un traitement commun du patient concerné. Les comptes-rendus de sortie, les radiographies et les analyses de laboratoires doivent être accessibles à tout médecin autorisé par le patient. L'un des éléments importants de la future LDEP est la distinction opérée entre professionnels de la santé sur la base des fonctions (fonction médecin, physiothérapeute, etc.) et des rôles (médecin traitant, médecin-conseil, etc.). D'où l'importance des registres qui recensent l'ensemble des professionnels de la santé par fonction (cf. chap. 2.2).

<sup>175</sup> Art. 17 LPD.

### 7.3. Droits et devoirs d'annoncer

S'il existe une obligation légale d'annoncer un cas à l'autorité ou que le médecin est autorisé à le faire, il ne doit ni demander au patient de lui donner son consentement ni à l'autorité cantonale compétente de le délier du secret médical. Il existe des devoirs et des droits d'annoncer tant au niveau fédéral que cantonal.

#### Devoirs d'annoncer au niveau fédéral

Lorsque le médecin est soumis à une obligation d'annoncer, il est tenu d'annoncer les incidents concernés. S'il ne remplit pas son devoir, il se rend punissable et pourrait même, le cas échéant, encourir une peine pour cause d'entrave à l'action pénale.

- *Maladies transmissibles*: En vertu de la Loi sur les épidémies, et pour quelques maladies déterminées, il incombe «aux médecins, aux hôpitaux et aux autres institutions publiques ou privées du domaine de la santé [...] de déclarer à l'autorité cantonale compétente les cas de maladies transmissibles chez des personnes malades, infectées ou exposées, avec des indications permettant d'identifier ces personnes; l'autorité cantonale transmet les déclarations à l'Office fédéral de la santé publique.» (art. 27 al. 1 de la Loi sur les épidémies).
- *Blessures par morsures de chiens, chiens présentant une agressivité excessive*: «[...] les médecins, [...] sont tenus d'annoncer au service cantonal compétent: a. les accidents causés par un chien qui a gravement blessé un être humain ou un animal; et b. les chiens qui présentent un comportement d'agression supérieur à la norme.» (art. 78 al. 1 de l'Ordonnance sur la protection des animaux).
- *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. Il doit en particulier annoncer le cas lorsque le patient ou ses proches le demandent.» (art. 84 de la Loi sur l'assurance militaire, LAM).
- *Interruption de grossesse*: «A 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.» (art. 119 al. 5 en liaison avec l'art. 120 al. 2 du code pénal, CP).
- *Effets et incidents indésirables en lien avec des médicaments et des dispositifs médicaux*: En vertu de la Loi sur les produits thérapeutiques, le médecin traitant est tenu d'annoncer «tout effet indésirable grave ou jusque-là inconnu et tout incident ou défaut» en lien avec l'administration de médicaments (art. 59 al. 3 de la Loi sur les produits thérapeutiques). L'annonce d'effets indésirables de médicaments se fait auprès du service régional concerné et celle relative

aux dispositifs médicaux auprès de Swissmedic. De même, le médecin investigateur hospitalier doit annoncer à Swissmedic et à la Commission d'éthique les «effets indésirables graves de médicaments» survenus dans le cadre de recherches (art. 22 ss de l'Ordonnance sur les effets cliniques de produits thérapeutiques, OClin); des notifications obligatoires analogues seront applicables dans la future loi concernant la recherche sur l'être humain.

- *Informations dont l'assureur a besoin pour remplir sa tâche (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. 7.7. et 7.8.).
- L'art. 22a LAMal oblige les fournisseurs de prestations à communiquer à l'OFS «le nombre de patients et la structure de leur effectif, sous une forme anonyme»<sup>176</sup>.

#### **Principal devoir d'annoncer au niveau cantonal: le «décès extraordinaire»**

Pratiquement tous les cantons connaissent le devoir d'annoncer un cas de décès extraordinaire: en Suisse, la loi prescrit que chaque personne décédée doit être examinée personnellement par un médecin. 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 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).

<sup>176</sup> Selon le Message, ces indications «doivent permettre d'avoir une image de l'activité du fournisseur de prestations [...] sans remettre toutefois en question l'anonymat des patients» (FF 2004 5228 et 5229). La FMH considère que l'envoi à l'OFS de données personnalisées, voire sous pseudonyme, est dès lors interdit.

En médecine légale, sont exceptionnels les décès qui surviennent de manière soudaine et inattendue ainsi que toutes les morts violentes ou supposées telles. Outre les morts manifestement non naturelles (crimes, suicides, accidents), en font aussi partie tous les décès soudains et inattendus (y compris la mort soudaine 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.

La plupart des lois cantonales prévoient le devoir de déclarer les DEO. En règle générale, cette annonce doit être faite à la police locale ou au juge d'instruction, dans quelques cantons également au médecin cantonal ou de district. Le médecin déclarant est alors automatiquement délié du secret professionnel (cf. chap. 7.1.).

L'annonce d'un DEO entraîne des investigations médicales et policières. L'examen «normal» du cadavre devient alors un examen officiel nommé inspection légale.

Si la cause du décès, en particulier le genre de mort, reste obscure après cette inspection de médecine légale et que des indications permettent de conclure à une faute d'autrui ou que des blessures doivent être documentées et interprétées de manière exacte (p.ex. dans le cadre de la reconstitution d'un accident), le cadavre est saisi par le juge d'instruction qui ordonne une autopsie légale. Si nécessaire, des analyses de laboratoire sont également effectuées.

Contrairement au cas de l'autopsie médico-scientifique, les proches parents du défunt ne peuvent pas refuser une autopsie légale. Les dispositions exprimées ou fixées par écrit par le défunt de son vivant deviennent également caduques dans ce contexte (cf. chap. 4.3.). Il incombe au médecin d'expliquer aux survivants pourquoi ces investigations sont nécessaires.

Le médecin qui examine une personne décédée assume une grande responsabilité: en définissant le genre de mort (naturelle, non naturelle ou indéterminée), il décide si un décès doit être annoncé à d'autres autorités que l'état civil et si des investigations doivent être entreprises.<sup>177</sup> Par conséquent, l'examen de la dépouille mortelle doit être compris comme le dernier service rendu au patient et il doit être réalisé avec le même soin que les examens médicaux effectués du vivant de celui-ci.

177 L'examen du corps par le médecin praticien constitue en soi une activité administrative relevant des autorités.

### 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 des personnes.

- *Capacité à conduire diminuée (Loi sur la circulation routière)*: Les médecins sont libérés du secret professionnel dans le cas des communications au sens de l'al. 1, let. e. Ils peuvent notifier celles-ci directement à l'autorité cantonale responsable de la circulation routière ou à l'autorité de surveillance des médecins (art. 15d al. 3 de la Loi sur la circulation routière, LCR).
- *Actes punissables commis sur des personnes mineures (Code pénal)*: «Lorsqu'il va de l'intérêt des mineurs, les personnes astreintes au secret professionnel ou au secret de fonction (art. 320 et 321) peuvent aviser l'autorité de protection de l'enfant des infractions commises à l'encontre de ceux-ci.» (art. 364 du Code pénal, CP).
- *Abus de stupéfiants (Loi fédérale sur les stupéfiants)*: Les professionnels oeuvrant dans le domaine de la santé peuvent annoncer aux institutions de traitement ou aux services d'aide sociale compétents les cas de personnes souffrant de troubles liés à l'addiction ou présentant des risques de troubles lorsqu'ils ont constaté dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur activité professionnelle qu'un danger considérable menace la personne concernée, ses proches ou la collectivité et qu'ils estiment que des mesures de protection sont indiquées (art. 3c de la Loi fédérale sur les stupéfiants, LStup).
- *Renseignements au parent qui n'a pas l'autorité parentale de l'enfant (Code civil)*: «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.» (art. 275a du Code civil suisse, CC).<sup>178</sup>

### Le principal droit d'annoncer au niveau cantonal

La plupart des cantons connaissent un droit d'annoncer pour le médecin qui constate des indices sur un crime ou un délit grave.

178 Le secret du patient prime toutefois sitôt que l'adolescent est capable de discernement.

## 7.4. Généralités concernant le certificat médical et le rapport médical

Les certificats et les rapports médicaux sont établis par le médecin traitant. Juridiquement, il n'existe aucune différence entre un certificat et un rapport: tous deux doivent être établis conformément à la vérité. Le médecin qui rédige de faux certificats ou de faux rapports se rend punissable.

D'un point de vue juridique, les certificats, rapports et expertises médicaux sont des titres et il n'y a aucune différence entre un certificat et un rapport. Le Code de déontologie de la FMH exige que le médecin établisse ces documents avec toute la diligence requise et «au plus près de sa conscience professionnelle». Les certificats de complaisance sont interdits. Les certificats et rapports doivent être clairs; à cet effet, le but visé, la date d'établissement et le nom du destinataire doivent notamment figurer sur le document.

Les certificats et rapports sont établis par le médecin traitant. Ils doivent être formulés de façon transparente et compréhensible pour le lecteur, et conformes à la vérité. Si, par exemple, une incapacité de travail est indiquée de façon différente dans le certificat destiné à l'assureur d'indemnités journalières et dans celui rédigé pour l'assurance-chômage, le médecin et le patient se rendent tous deux suspects. Conformément au Code pénal, quiconque rédige un certificat ou un rapport erroné de manière intentionnelle ou par négligence se rend punissable.<sup>179</sup>

Un certificat ou un rapport médical doit répondre de manière aisément compréhensible aux questions suivantes:

- Qu'est-ce que le médecin a constaté lui-même?
- Pour quels aspects doit-il s'appuyer sur des indications du patient ou de tiers?
- Quelle est l'évaluation du médecin?

## 7.5. Rapports aux médecins cotraitants

Le secret du patient est aussi applicable entre médecins et envers d'autres professionnels de la santé.

Un médecin n'a le droit de transmettre des données sur son patient à un autre confrère que si le patient est d'accord. En outre, il ne doit communiquer que les informations nécessaires. Même si les notions juridiques de consentement explicite, tacite ou présumé s'appliquent aussi dans cette situation, il est judicieux d'informer clairement le patient des démarches entreprises. Ce qui va de soi pour le médecin n'est pas forcément évident pour tous les patients.

<sup>179</sup> Art. 318 CP.

Dire au patient «Je vous annonce au Dr X pour un examen et je lui écris ce que nous savons et ce que nous aimerions qu'il nous apprenne» ne prend pas beaucoup de temps et peut éviter qu'il ne se sente bousculé. A 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?».

A l'hôpital, on peut partir de l'idée que l'on dispose du consentement présumé du patient pour échanger entre soignants impliqués dans son traitement les données nécessaires à un traitement sûr.

## 7.6. 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.

### **Rapport sur l'examen d'entrée**

Les informations transmises à l'employeur dans le rapport sur un examen médical d'entrée doivent uniquement porter sur les conclusions relevant de la médecine du travail. Ce rapport devrait contenir des formulations telles que «apte à exercer une activité en tant que XY», «inapte au travail avec les restrictions suivantes ...» ou «inapte au travail», mais pas de diagnostic.

### **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 actuel le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique.<sup>180</sup>

Le certificat indique depuis quand l'incapacité de travail existe, combien de temps elle durera et si elle est complète ou partielle. Les certificats d'incapacité de travail établis à l'intention de l'employeur ne contiennent pas de diagnostic, mais indiquent néanmoins si le traitement a eu lieu en raison de maladie ou d'accident.

L'incapacité de travail est à limiter dans le temps. Si le médecin ne peut encore en préciser la fin, il indique que l'incapacité existe «jusqu'à nouvel avis» ainsi que la date de la prochaine consultation.

180 Art. 6 LPGA.

Lorsque l'incapacité est partielle, le médecin l'indique au moyen d'un pourcentage qui, faute d'autre précision, se réfère au temps de travail pouvant être effectué (et non à la prestation réduite par rapport au temps de travail complet).<sup>181</sup> Le certificat mentionne éventuellement les activités que le patient peut accomplir ou non.

Si l'incapacité de travail se prolonge, le médecin doit indiquer quelles autres activités peuvent être raisonnablement confiées à l'assuré.

S'il est impossible d'éviter un certificat d'incapacité de travail rétroactif, la transparence est particulièrement importante: le médecin doit préciser quels sont les éléments qu'il a constatés lui-même et quels sont ceux qui se fondent sur les dires du patient. Le médecin ne devrait pas confirmer une incapacité de travail antidatée lorsqu'elle n'est pas médicalement plausible.

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 trois jours – comme une incapacité de travail.<sup>182</sup> L'élément décisif à cet égard est la rapidité avec laquelle une autre solution pour la garde de l'enfant peut raisonnablement être trouvée (voir le chap. 10.5. concernant la limitation des activités et la question de l'incapacité de travail chez les jeunes et les femmes enceintes).

Selon TARMED, les certificats d'incapacité de travail simples destinés à l'employeur sont en principe inclus dans la consultation.

Diverses sociétés cantonales de médecine 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.

### **Certificats et rapports à l'intention 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.<sup>183</sup>

181 Prof. Thomas Geiser, Was ist Inhalt eines Arbeitsunfähigkeitszeugnisses, avis de droit du 26 décembre 2007 destiné à la FMH.

182 Art. 36 al.3 de la Loi sur le travail.

183 Art. 84 LAMal.

Les informations sensibles doivent être transmises au médecin consultant de l'assureur privé d'indemnités journalières ou au médecin-conseil de la caisse-maladie<sup>184</sup> tenue de verser ces indemnités. Les assureurs privés n'ont pas de médecin-conseil défini par la Loi: les gestionnaires de cas («case manager») ne sont pas des médecins-conseils ni des médecins consultants. Toutefois, la FMH estime qu'en vertu des principes de la loi sur la protection des données, des informations médicales sensibles, dont l'évaluation nécessite un savoir médical, doivent aussi pouvoir être envoyées sous enveloppe cachetée pour examen au médecin consultant d'une assurance d'indemnités journalières privée.

Comme il n'existe pas de tarif officiel pour l'établissement de certificats et de rapports, on s'en remet aux lois du marché. En cas de doute, le tarif doit être convenu à l'avance. Pour les rares assurances d'indemnités journalières selon la LAMal, la facturation s'effectue en revanche selon TARMED.

## 7.7. 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»<sup>185</sup>. 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. (La FMH estime que la caisse-maladie n'a pas à demander de renseignements au médecin en vue d'un rapport à l'intention du médecin-conseil alors que ce dernier considère qu'ils sont inutiles.)

184 Arrêt du Tribunal fédéral du 10 août 2004, K 121/03 consid. 5.

185 Art. 84 LAMal. La LAA, la LAM et la LAI contiennent des énumérations analogues, mais pas identiques.

- 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 homme médicalisé. Le préposé fédéral à la protection des données estime à ce propos que «les assureurs [peuvent] demander uniquement ce dont ils ont besoin dans le cadre d'un examen concret. En d'autres termes, il faut avoir l'intention d'examiner en détail des cas déterminés. L'obligation systématique d'indiquer tous les diagnostics et de donner des informations médicales supplémentaires dans tous les cas sous forme d'automatisme équivaldrait à fournir des données en vue de réserves, ce qui ne correspondrait plus aux exigences légales. En effet, il faut, avec le TF, partir du principe qu'en raison du nombre très élevé de factures transmises aux assurances, ces dernières sont dans l'impossibilité d'examiner chaque cas en particulier»<sup>186</sup>.
- S'il s'agit de déterminer la compétence de la caisse, p.ex. face à l'assurance-accidents ou responsabilité civile, la caisse doit par contre obtenir pratiquement les mêmes informations que l'assureur LAA.
- Le Tribunal fédéral a décidé que le médecin-conseil peut aussi demander à un médecin tiers de lui remettre une prise de position objective. Pour ce faire, il n'est en principe pas tenu d'en informer préalablement l'assuré ni d'obtenir l'accord de ce dernier.<sup>187</sup>

### **Médecins-conseil en tant que filtre**

Lorsque les circonstances le justifient, le médecin est autorisé à fournir des informations médicales exclusivement au médecin-conseil – et il y est tenu dans les cas où l'assuré le demande. 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.<sup>188</sup> 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.

<sup>186</sup> Voir le site internet du Préposé fédéral à la protection des données s'agissant de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 mars 2007, K 12/06.

<sup>187</sup> ATF 131 II 413.

<sup>188</sup> A son art. 57, la LAMal conçoit le médecin-conseil comme une personne, et non comme un service de conseil médical plus ou moins anonyme.

«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».<sup>189</sup>

Le médecin-conseil de l'assurance de base est le seul à avoir un profil de qualification défini 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 après avoir consenti auparavant à un 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.<sup>190</sup>

Outre l'assurance de base, les caisses offrent également des assurances privées. Ce n'est que pour cette dernière catégorie d'assurances que les caisses sont autorisées à demander au médecin traitant de remplir un questionnaire de santé et de donner des renseignements sur son patient avant la conclusion d'un contrat.

Lorsque l'assurance de base et l'assurance complémentaire du même assureur sont concernées par un même cas de prestations, le médecin-conseil devrait aussi appliquer les règles de la LAMal à l'assurance complémentaire; en effet, la fonction de filtre du médecin-conseil, garantie par la LAMal, ne devrait pas être vidée de sa substance par une assurance complémentaire privée contractée chez la même caisse que l'assurance de base.<sup>191</sup>

En guise de «frein de secours» lui permettant de s'assurer de la protection des données, le patient peut renoncer au remboursement d'une prestation par la caisse dans un cas concret de traitement. Dans une telle situation, le secret du patient passe avant le droit légal d'information de la caisse.

## **Factures**

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. L'assureur peut demander un diagnostic exact ou des renseignements supplémentaires de nature médicale. 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 (voir chap. 7.1.).

189 Art. 57 al.7 LAMal.

190 Sous l'angle juridique, le consentement du médecin-conseil est aussi nécessaire dans les systèmes de Managed Care. Dans les faits, il en va souvent différemment (le projet de Managed Care rejeté en juin 2012 aurait légalisé la possibilité de substituer le care manager au médecin-conseil).

191 C'est là aussi bien l'avis de la FMH que de la Société Suisse des médecins-conseils et des médecins d'assurances.

Le patient devrait recevoir la facture en premier, la contrôler, et surtout décider s'il va l'envoyer à la caisse-maladie pour remboursement. Ce processus est aussi possible pour les factures électroniques lorsqu'elles ne sont pas directement envoyées à la caisse-maladie mais d'abord à un intermédiaire, à savoir un centre fiduciaire ou «trust center». Dès que le patient transmet la facture à la caisse, celle-ci peut automatiquement la consulter à l'écran sur l'interface informatique du centre fiduciaire. 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 (voir également chap. 7.1.).

Le médecin doit facturer séparément les prestations prises en charge par l'assurance obligatoire des soins et les autres prestations.<sup>192</sup>

### **Transfert de données et facturation selon SwissDRG**

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 comme le diagnostic principal, les diagnostics supplémentaires, les traitements, le degré de sévérité et l'âge du patient. Il incombait et il incombe encore en principe aux partenaires tarifaires d'arrêter les modalités du transfert de données dans le cadre de la facturation avant l'introduction des forfaits par cas DRG. Ceux-ci n'ayant pas trouvé d'accord sur ce point, le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2013. L'art. 59 al. 1 let. c OAMal prévoit désormais que les fournisseurs de prestations ne doivent indiquer sur les factures que les diagnostics et les procédures «qui sont nécessaires au calcul du tarif applicable». Selon le commentaire de l'OAMal, cela signifie, pour les factures établies selon le système DRG, que seules les indications médicales pertinentes en matière de classification doivent être transmises au service de réception des données (et non l'ensemble des indications fournies à l'Office fédéral des statistiques). Le Département fédéral de l'intérieur (DFI) édictera des dispositions d'exécution de la révision de l'OAMal du 4 juillet 2012.

Chaque assureur doit disposer d'un service de réception des données certifié d'ici au 31 décembre 2013 (art. 59a al. 6 OAMal). Il peut lui-même mettre un tel service sur pied ou l'externaliser. 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 (art. 59a al. 3 OAMal). 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». «L'assureur ne peut pas donner au service de réception des données, pour des factures individuelles,

192 Art. 59 al.3 OAMal.

d'instructions concernant la transmission des données.» Si, par la suite, l'assureur exige des renseignements supplémentaires d'ordre médical, il doit préalablement demander à l'assuré si de tels renseignements peuvent être transmis uniquement au médecin-conseil ou également à l'administration. Jusqu'à ce que les assureurs se soient dotés d'un service de réception des données certifié, les données médicales doivent être transmises exclusivement au médecin-conseil.

### **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'assistance publique (avec l'accord du patient).

Néanmoins, il existe aussi des mauvais payeurs qui ne sont pas des cas sociaux. 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<sup>er</sup> janvier 2012, la LAMal ne prévoit plus de suspension des prestations à l'encontre des assurés en demeure.<sup>193</sup> 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»<sup>194</sup> établie par le canton. Seuls les traitements administrés en cas d'urgence sont encore payés à ces personnes. Si un acte de défaut de biens a été établi pour les primes et les participations aux frais impayés, les cantons prennent en charge 85% de la dette. Il n'existe malheureusement pas d'obligation de communiquer une suspension des prestations aux médecins. Ceux-ci sont toutefois en droit, à l'instar des communes et du canton, de consulter la liste noire.

193 Art. 64a LAMal et art. 105b ss OAMal.

194 Les cantons suivants ont décidé d'introduire une liste noire en 2012, 2013 ou ultérieurement: TG, SH, ZG, AG, LU, SO, TI, SG et GR. Les autres cantons débattent encore d'une telle introduction ou y ont renoncé.

## Poursuites

Si le médecin veut confier un cas à une société de recouvrement ou mettre un patient aux poursuites, il ne doit fournir que peu de données. Le Tribunal fédéral a posé dans un cas d'espèce qu'un avocat qui requiert une poursuite dans le cadre d'un mandat d'encaissement ou qui, dans une procédure de poursuite, indique exclusivement les données personnelles de son client ainsi que le motif de la créance, avec des indications telles que «facture du ...» ainsi que le montant, ne violait pas le secret professionnel. Cette jurisprudence devrait en principe s'appliquer également au médecin.<sup>195</sup> Le secret professionnel peut déjà être violé lorsque l'on révèle qu'un contrat de soin a été passé avec un patient déterminé. Si seul les indications ci-dessus mentionnées sont indiquées, il n'en découle pas que la créance repose sur un contrat de traitement. Si des indications plus détaillées sont données telles que «traitement du ...», il ne fait alors pas de doute que le secret professionnel a été violé. Le médecin qui se fait délier à l'avance par écrit du secret professionnel ne viole pas ce dernier. Cette autorisation peut cependant être révoquée en tout temps. Certains cantons prévoient que le médecin est délié d'office du secret professionnel lorsqu'il fait valoir ses créances. La pratique en usage dans les autres cantons en matière de libération du secret professionnel n'est pas uniforme. Dès lors que les démarches liées à cette question prennent beaucoup de temps et qu'il est facile de faire valoir des créances avec un minimum de données, il est recommandé de procéder selon ce qui a été décrit plus haut. On n'oubliera toutefois pas qu'il est indispensable de se faire délier du secret professionnel au cours de la procédure de poursuite, car des indications plus précises devront être fournies à propos de la créance.

## 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 à faute, 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.<sup>196</sup>

195 Voir Robert Gmür, Secret médical et encaissement de créances d'honoraires, BMS 34/2004, p. 1763 à 1767.

196 «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.

Le service juridique de la FMH recommande d'attirer l'attention des patients, par un avis placardé dans la salle d'attente ou imprimé sur les aide-mémoire de rendez-vous, sur une réglementation claire en cas de consultations manquées ou de communications tardives de désistement; dans la pratique, un délai de 24 heures est d'usage. 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 peut ou non lui être imputée à faute.

## 7.8. 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 nouvellement 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.

A la différence de la LAMal, l'activité du médecin-conseil n'est pas expressément réglée dans la Loi sur l'assurance-accidents (LAA). Dans des cas exceptionnels, le médecin devrait néanmoins, selon l'avis de la FMH, pouvoir adresser des informations médicales sensibles, dont l'évaluation nécessite un savoir médical, au médecin d'arrondissement de la Suva ou au médecin consultant de l'assureur privé LAA. Ce médecin devrait procéder à un tri et filtrer les informations autant que possible.

La LAA exige en outre 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 parce que la LAA est une assurance causale, l'assureur-accidents a souvent besoin de davantage d'informations qu'une caisse-maladie.

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

Quand un médecin traite un cas ayant un lien probable avec une période de service militaire accomplie, il est tenu, conformément à la Loi sur l'assurance militaire, de l'annoncer à la Suva. S'il ne s'acquitte pas de ce devoir, il doit répondre des conséquences.

La LAM ne prévoit pas non plus la fonction de médecin-conseil, les modalités décrites pour la LAA s'appliquent par analogie. La facture du fournisseur de prestations est payée par la Suva; l'assuré ne doit s'acquitter ni d'une quote-part ni d'une franchise.

## Rapports et factures dans la LAI<sup>197</sup>

Depuis janvier 2008, la 5<sup>e</sup> révision de l'AI prévoit, à partir de 30 jours d'incapacité de travail, la possibilité 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.

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»<sup>198</sup>.

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». 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»<sup>199</sup>. Depuis 2008, la LPGA est en outre complétée par l'alinéa suivant: «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

197 Sur la 5<sup>e</sup> révision de l'AI, voir les articles de Stefan Ritler, 5<sup>e</sup> révision de la LAI: de nouveaux instruments pour promouvoir la réadaptation, BMS 8/2008, p. 310 ss, ainsi que de Hanspeter Kuhn, Modifications de la 5<sup>e</sup> révision de l'AI: carotte et bâton, BMS 8/2008, p. 312 à 316.

198 Art. 3c al. 3 LAI.

199 Art. 7 al. 2 LPGA.

n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable.» Cette modification s'applique à toutes les assurances sociales, et donc aussi à la LAA et la LAM.

La notion d'invalidité selon la LPGA est valable pour toutes les lois sur l'assurance sociale.<sup>200</sup> L'exigibilité de mesures de réadaptation a été redéfinie de façon plus stricte dans la 5<sup>e</sup> révision de la LAI: «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.»<sup>201</sup> Cette modification s'applique seulement à la LAI, mais pas à la LAA ni à la LAM.

Les critères du droit à la rente ont également été durcis. 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.<sup>202</sup> 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.

## 7.9. 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.

### Caisses de pension

Les caisses de pension doivent respecter la Loi sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle: la protection acquise dans ce domaine reste garantie lors de changements d'emploi, principe qui vaut aussi pour la partie supraobligatoire. 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 su-

200 Art. 8 LPGA.

201 Art. 7a LAI.

202 Art. 28 LAI. Le Parlement n'a certes pas voulu explicitement faire obstacle au droit à la rente des personnes atteintes de maladies psychiques (dont l'état est typiquement instable, durablement ou de manière définitive); la question de savoir pourquoi il a modifié cette définition demeure toutefois ouverte.

praobligatoire, si les prestations de prévoyance professionnelle assurées auprès de l'employeur précédent étaient aussi bonnes que les nouvelles.<sup>203</sup> 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. 5.1.).

Les médecins adressent leurs rapports destinés à une caisse de pension au service du médecin-conseil de celle-ci.<sup>204</sup>

### 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.<sup>205</sup> 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. 5.1.).

## 7.10. 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 si un requérant d'asile dont la demande a été rejetée ne peut pas être renvoyé dans son pays d'origine pour des raisons de santé.

Lors des procédures d'asile, la situation entre le médecin et l'autorité compétente n'est souvent pas simple pour des raisons structurelles: l'Office fédéral des migrations (ODM, anciennement ODR) et la Commission de recours en matière d'asile

203 Art. 14 de la Loi sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle: «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 pour l'assuré.»

204 Art. 3 de l'Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle (RS 831.425): «Seul le service médical de l'institution de prévoyance jusqu'ici compétente est autorisé à communiquer au service médical de la nouvelle institution de prévoyance les données médicales d'un assuré. Le consentement de l'assuré est nécessaire.» Voir aussi l'Annexe 4 au Code de déontologie de la FMH (Directive à l'intention des médecins du travail) de 1998.

205 Art. 26 LAGH.

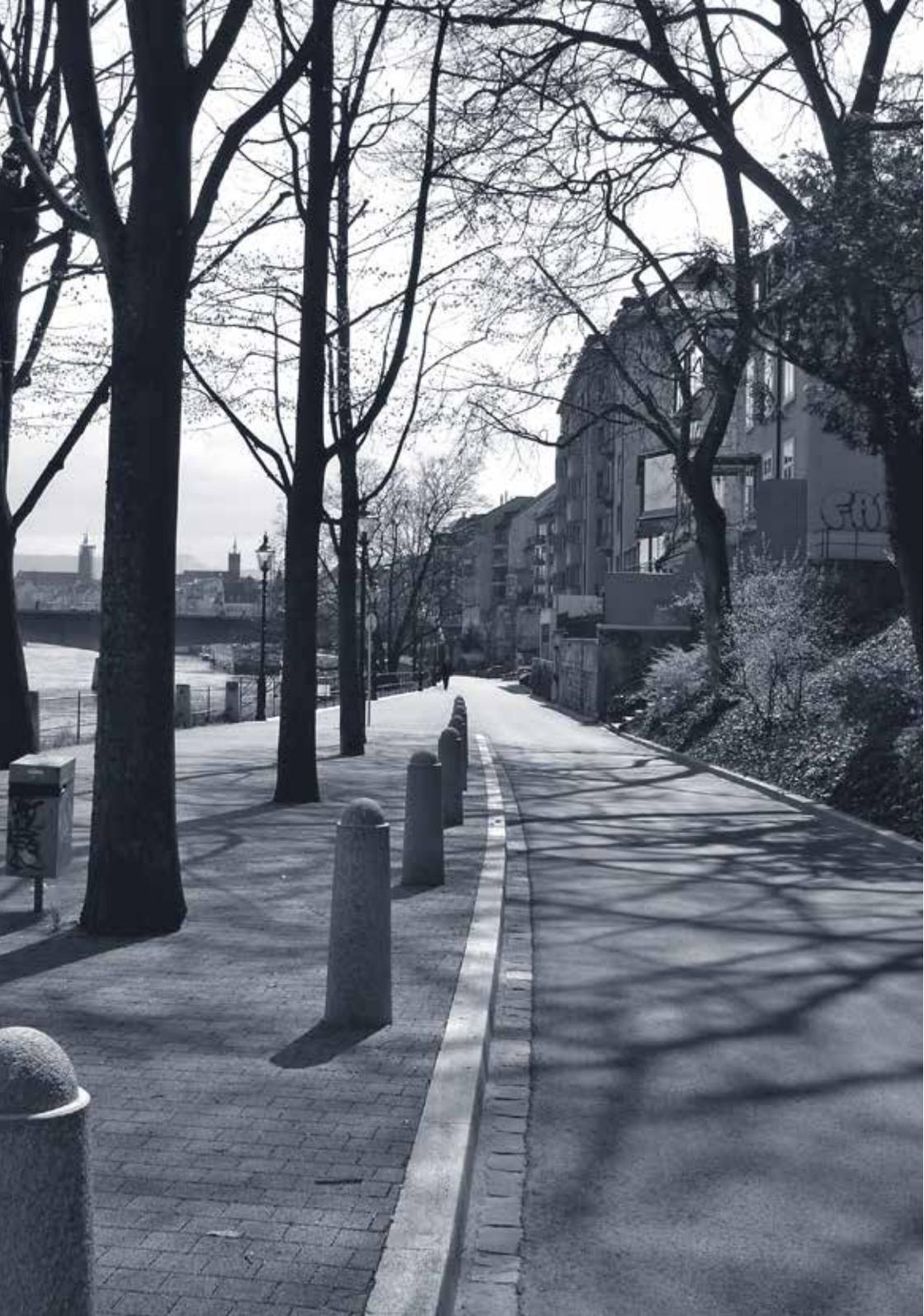
n'ont pas de service de médecin-conseil et ordonnent rarement des expertises. En règle générale, les rapports établis par les médecins traitants sur mandat de leurs patients ou des autorités<sup>206</sup> sont les seules bases médicales décisionnelles à la disposition du juge compétent en matière d'asile ou de l'ODM. Les recommandations suivantes s'appliquent aux rapports médicaux dans les procédures d'asile:<sup>207</sup>

- «Les rapports médicaux établis dans le cadre des procédures d'asile devraient, à notre avis, mettre l'accent sur une description aussi précise et professionnelle que possible des examens et constats effectués. Cette approche descriptive-syndromale permet ensuite de présenter les diagnostics posés de façon claire. Lorsque des maladies sont diagnostiquées, il convient d'apporter des précisions sur le traitement nécessaire. Les données de l'anamnèse sont à communiquer en tant qu'allégations du requérant d'asile, sans évaluation ni commentaire. Il faut éviter de spéculer sur des liens de causalité. Le cas échéant, il suffit de déclarer sans plus que les constats effectués sont compatibles avec les indications recueillies lors de l'anamnèse.
- Si le requérant souffre d'un trouble de stress post-traumatique, cette situation doit être clairement constatée. Le fait que ce traumatisme ait eu lieu ressort aussi automatiquement du diagnostic posé. Quant à savoir comment, quand et dans quelles conditions il s'est produit, le médecin traitant le détermine au cours du traitement, avec un degré de certitude suffisant à ses yeux, sur la base des intrusions et des cauchemars rapportés par le patient. Le fait que ces données n'aient pas une force de preuve juridique suffisante pour l'ODM fait partie des réalités de la procédure d'asile.»

L'autorité exige souvent des requérants d'asile qu'ils demandent un rapport médical à leurs propres frais. En vertu des principes généraux du droit administratif, les autorités devraient éclaircir d'office les questions médicales et prendre aussi en charge les coûts d'établissement des rapports médicaux nécessaires. Mais pour faire respecter cette prérogative, les requérants devraient s'adresser au juge compétent pour les questions d'asile.

206 Le formulaire pour l'établissement d'un rapport peut être téléchargé sur le site internet de l'Office fédéral des migrations, [www.bfm.admin.ch](http://www.bfm.admin.ch).

207 Voir Thomas Maier, Rapports médicaux dans les procédures d'asile, BMS 6/2006, p. 225 à 229.



# Le médecin en tant qu'expert

## 8.1. 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. Il ne lui est alors pas demandé de défendre les intérêts du patient, mais de répondre sans idée préconçue aux questions posées.

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 la 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 personne<sup>208</sup> ou de la question de savoir si une faute médicale 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 rapport de mandant à mandataire. Le mandat doit être effectué avec soin et par l'expert lui-même: ceci est important non seulement au vu des compétences professionnelles requises, mais aussi lorsque l'expertise est mandatée d'un commun accord entre les parties, en raison des motifs de récusation que l'une d'elles 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, de l'avis de la FMH, mais aussi du médecin cantonal et du Ministère public bernois, bénéficier d'une autorisation d'exercer lorsqu'il agit sous sa propre responsabilité.<sup>209</sup>

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.

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

208 Atteinte importante et durable à l'intégrité corporelle, intellectuelle ou psychique.

209 Le Ministère public du canton de Berne a infligé une amende pour violation à la Loi sur la santé publique à un expert qui avait exploité un centre d'expertises (MEDAS) sous sa propre responsabilité sans avoir obtenu d'autorisation de pratiquer (Der Bund, 4 octobre 2012).

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 des personnes concernées sur la base du dossier et en prenant suffisamment de temps à cet effet. Il les informe 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.

L'expertise doit servir au règlement du cas ou du différend. De ce fait, elle doit être claire, complète et pertinente. Pour la valeur probante d'un rapport d'expertise, il est essentiel 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.<sup>210</sup>

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 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. C'est ainsi que le médecin 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 dans une expertise consacrée à une faute de traitement. En outre, on attend de lui qu'il utilise un langage compréhensible par tous et exempt de propos discriminatoires.

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 ou récapitulations en fin de texte devraient être évitées car, souvent, elles ne sont pas formulées de manière identique, entravent la vue d'ensemble et donnent lieu à de nouvelles divergences entre les parties.

210 ATF 125 V 351 cons. 3a, p. 352, et la référence citée.

## 8.2. Expertises médicales pour l'assurance sociale

Pour déterminer si une personne a droit à des prestations de l'assurance sociale, par exemple de l'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 la 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 propositions de remplacement. L'expert doit souvent prendre position sur 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 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.<sup>211</sup>

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. Certes, le rapport de causalité adéquate est une question juridique qui ne peut pas être résolue par l'expert, mais le juge a besoin de données médicales pour trancher. Du point de vue du médecin, quelle est la fréquence attendue du déroulement observé, ou alors sa rareté?

En règle générale, le degré de preuve appliqué dans le droit des assurances sociales est celui de la vraisemblance prépondérante. Un fait précis est considéré comme vraisemblable de façon prépondérante quand aucune objection concrète ne s'y oppose. Lorsqu'on doit trancher entre deux ou plusieurs possibilités, la probabilité prépondérante est attribuée au fait le plus susceptible de s'être produit.

### Conflits d'intérêts entre experts et assureurs

Un conflit d'intérêts peut également surgir entre le médecin et l'assurance sociale. C'est ainsi qu'en 2011, le Tribunal fédéral a jugé que «la dépendance financière des centres d'observation médicale» [COMAI] de l'office AI agissant en qualité de mandant «compromet le caractère équitable de la procédure». Il a invité l'OFAS à modifier les règles applicables à l'attribution des mandats d'expertise.<sup>212</sup>

211 D'après Ulrich Meyer, Die Zusammenarbeit von Richter und Arzt in der Sozialversicherung, BMS 26/1990, p. 1090 à 1094.

212 Arrêt du Tribunal fédéral (9C\_243/2010) du 28 juin 2011.



# Obligation du médecin de rendre compte et responsabilité du médecin

## 9.1. Obligation de rendre compte

L'obligation du médecin de rendre compte relève des dispositions régissant le mandat.

Conformément à l'art. 400, al. 1 CO, le médecin est tenu de rendre compte de manière détaillée à son patient. Les médecins employés par des hôpitaux organisés selon le droit public sont soumis à une obligation analogue, conformément à leurs devoirs de service de droit public.

La reddition de comptes implique l'obligation d'établir un rapport sur le déroulement du suivi médical et sur les coûts du traitement. L'étendue de l'obligation de rendre compte ne va toutefois pas au-delà des renseignements exigés par le patient.

Lorsqu'un patient est incapable de discernement (p.ex. s'il est atteint de démence), le médecin doit rendre compte aux membres de la famille du patient les plus proches, soit en première ligne au conjoint, en seconde ligne aux descendants directs, et à titre exceptionnel à d'autres parents, à des colocataires ou à des personnes assumant les soins de façon permanente. Si le patient a rédigé des directives anticipées ou une procuration couvrant une telle hypothèse, le médecin doit alors rendre compte au représentant désigné par le patient. Lorsque le patient est un enfant, le médecin rend compte aux personnes habilitées à l'élever, et lorsqu'il s'agit d'une personne sous curatelle, au curateur (voir chap. 3, droit de la protection de l'adulte).

Le parent qui ne détient pas l'autorité parentale sur l'enfant «peut, tout comme le détenteur de l'autorité parentale, recueillir auprès de tiers qui participent à la prise en charge de l'enfant, notamment auprès [...] de son médecin, des renseignements sur son état et son développement»<sup>213</sup>. Ce faisant, le médecin est tenu de sauvegarder les droits de l'enfant ou de l'adolescent. Si l'adolescent souhaite qu'une information demeure confidentielle et dispose de la capacité de discernement pour se prononcer sur ce point, le médecin doit respecter une telle confidentialité à l'égard des deux parents.

213 Art. 275a CC.

## 9.2. Droit du patient de consulter et de copier son dossier médical

La Loi fédérale sur la protection des données (LPD) 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 certaines 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 droit à une copie gratuite de l'intégralité de son dossier médical,<sup>214</sup> sous réserve des exceptions suivantes:

- Le médecin est tenu de ne pas divulguer les informations fournies par des tiers, notamment par les proches du patient, tant que ceux-ci n'y ont pas consenti. 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. En effet, ce n'est que de cette manière que le médecin ayant établi le rapport peut lui aussi examiner si un tel rapport se fonde sur des informations provenant de l'anamnèse de tierces personnes dont il doit préserver le caractère confidentiel vis-à-vis du patient.
- Le médecin peut ne pas divulguer des informations lorsqu'il a un intérêt prépondérant à ce qu'elles demeurent confidentielles. En pratique, il s'agit exclusivement des notes qu'il a prises en s'épanchant, pour ainsi dire, et qui n'avaient pas leur place dans le DM.

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, dans la mesure où il doit s'assurer que la 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 et que le dernier traitement remonte à moins de dix ans, il lui est recommandé, pour des raisons d'ordre juridique, d'en conserver une copie, car il demeure responsable pendant dix ans d'éventuelles fautes médicales et supporte en outre le fardeau de la preuve du consentement du patient aux traitements.<sup>215</sup>

214 Art. 8 LPD.

215 Voir les modèles de documents sur le site internet du Service juridique de la FMH.

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 douze mois précédents.<sup>216</sup> Par ailleurs, 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 (CD).

### **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.<sup>217</sup> Ce principe exige la transparence pour les citoyens et les citoyennes.

### **Droit de consulter et de copier les DM de patients décédés**

Le secret médical doit en principe être préservé au-delà du décès du patient. Ce principe découle des dispositions du Code pénal sur le secret professionnel; il s'applique également aux hôpitaux publics et aux maisons de retraite. Si des proches désirent recevoir des copies du dossier médical du défunt – ou des extraits de celui-ci –, le médecin doit se demander si le défunt aurait donné son assentiment à une telle demande. Si le médecin connaît bien le contexte familial et s'il prend comme point de départ le consentement présumable du défunt, il peut mettre le dossier médical à disposition, pour autant que cela soit nécessaire pour répondre aux questions que se posent les proches. A cet égard, les informations nécessaires pour déterminer s'il y a eu faute médicale ne sont pas les mêmes que celles qui permettent de déterminer si le patient était capable de discerner-

216 Art. 2 de l'Ordonnance relative à la Loi fédérale sur la protection des données (OLPD).

217 Art. 13 de la Constitution fédérale.

ment à un moment donné antérieur. Si le médecin ignore le contexte familial ou s'il ne peut pas conclure avec certitude que le patient décédé aurait consenti à la consultation du dossier, le médecin se fera délier du secret professionnel par l'autorité compétente. Si le DM du défunt contient des informations délicates, il peut s'avérer judicieux de désigner d'entente avec les proches, ou avec le médecin cantonal, un médecin impartial chargé d'étudier le DM sous l'angle des questions qui se posent concrètement; le cas échéant, celui-ci dissimulera les informations non pertinentes dans la copie remise éventuellement aux proches.

### 9.3. Responsabilité du médecin en droit civil et en droit pénal

Le médecin est tenu envers le patient de contribuer au mieux de ses connaissances et de ses capacités à l'amélioration de la santé de ce dernier. Il ne répond toutefois pas du succès du traitement et ne doit pas davantage garantir un certain résultat.

#### **Droit civil: la question de la faute**

Pour que la responsabilité civile d'un médecin soit engagée, trois conditions doivent être réunies:

- Le médecin a commis une faute.
- Le patient a subi un dommage.
- Il existe un lien de causalité entre la faute et le dommage.

La question de la faute est centrale dans le cadre de la procédure civile. Selon la jurisprudence, il doit être procédé au traitement selon les règles de l'art médical. Le médecin est tenu de traiter les malades de manière appropriée. Il doit faire preuve de la diligence que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour protéger leur vie et leur santé. A cet égard, la responsabilité du médecin n'est pas limitée aux infractions graves, mais s'étend en principe à toute violation de son devoir de diligence. Une telle violation est réalisée lorsqu'une faute est commise, lorsqu'un diagnostic, une thérapie ou une autre intervention médicale n'apparaissent plus défendables au regard de l'état général de la science médicale et ne sont donc pas conformes aux règles de l'art médical.

Il y a faute notamment lorsque

- une mesure est prise en l'absence de toute indication;
- une mesure indiquée n'est pas proposée ou est exécutée de manière incorrecte;
- un patient est mal informé ou ne l'est pas du tout.

En revanche, une simple complication ne constitue pas une faute, et ce même si elle a des conséquences graves.

La diligence médicale implique aussi de tenir compte de ses propres 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 procède à des traitements qui outrepassent ses propres compétences professionnelles, il risque d'être amené à répondre d'une faute découlant de l'acceptation du mandat («Übernahmeverschulden»). Le médecin répond également des fautes commises par son personnel. Il est tenu de donner à ce dernier les instructions nécessaires pour qu'il puisse exécuter son travail de manière correcte.

Pour déterminer si le devoir de diligence a été violé, et donc s'il y a faute, il faut toujours se fonder sur les circonstances concrètes du cas particulier. Il convient donc de rechercher si, au moment des faits, le médecin a pris une décision défendable compte tenu des informations et des possibilités diagnostiques et thérapeutiques dont il disposait. La diligence ne saurait dès lors être appréciée à l'aune de ce qui apparaît préférable rétrospectivement. Il incombe au patient de prouver la faute.

L'activité médicale est toujours assortie de dangers et de risques. Dès lors, le médecin ne répond pas de n'importe quel danger ou risque allant de pair avec un acte médical ou avec la maladie. Si, en matière de diagnostic ou de traitement, le médecin a le choix entre plusieurs possibilités reconnues, il lui appartient de décider, conformément à son devoir, sur laquelle il va porter son choix.

Les litiges de droit de la responsabilité civile montrent souvent à quel point il est important d'informer le patient de manière correcte et en temps voulu, et de documenter une telle information. Contrairement à la preuve de la faute, celle de l'information correcte du patient incombe au médecin. Si le médecin ne peut pas en apporter la preuve, il répond également des complications, et ce même en l'absence de toute faute, à moins qu'il ne puisse établir que le patient aurait consenti à l'intervention concernée même s'il avait été informé de manière appropriée (consentement hypothétique).

Lorsqu'un patient présume que son médecin a commis une faute diagnostique ou thérapeutique, la meilleure chose est qu'ils conviennent tous deux d'un rendez-vous en dehors des heures de consultation afin de pouvoir discuter calmement de la situation. Un dialogue ouvert et une bonne communication sont essentiels à un tel moment. Le médecin hospitalier dressera également un bilan avec son supérieur hiérarchique, car d'éventuelles fautes médicales entraînant des conséquences financières concernent aussi ce dernier. Le service juridique de la FMH recommande de rédiger immédiatement un aide-mémoire pour le traitement concerné.

Si le patient soupçonne que le médecin a commis une erreur et lui demande des explications, l'obligation du médecin de rendre compte n'implique pas le fait de reconnaître volontairement son erreur et leurs conséquences en matière de responsabilité civile. L'obligation du médecin de rendre compte concerne la divulgation de faits, à savoir du déroulement du traitement, et non de leur évaluation selon les standards médicaux et juridiques. La reconnaissance d'une erreur implique toujours une appréciation. Le médecin n'est pas tenu d'y procéder et n'y est par ailleurs le plus souvent même pas autorisé conformément à la police d'assurance (hormis dans des cas absolument clairs). En revanche, il n'a pas le droit de donner des indications inexacts ou trompeuses sur les faits. Il n'est pas autorisé à modifier ultérieurement le dossier médical, ni à en supprimer certains documents, ni encore à ne communiquer au patient qu'une partie du dossier médical en lui disant qu'il s'agit «du» dossier médical (complet).

Si le patient n'est pas satisfait des explications qui lui ont été fournies et réclame des dommages-intérêts, le médecin doit en informer son assurance responsabilité civile, et ce, même s'il considère ne pas avoir commis de faute. A cette fin, il doit être délié du secret médical.<sup>218</sup> Celui qui annonce un cas à son assurance responsabilité civile ne reconnaît pas pour autant avoir commis de faute.

Le cas échéant, le médecin peut indiquer au patient à qui il peut s'adresser s'il désire d'autres conseils ou un second avis. Dans certaines régions, il existe aussi des organisations de patients qui fonctionnent bien et peuvent procéder aux premiers éclaircissements.

Si les soupçons du patient se confirment et qu'il y a bel et bien faute médicale, celui-ci recherchera, 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 clairs peuvent être résolus directement; ceux qui ne le sont pas nécessiteront une expertise médicale.

218 Il est bien entendu suffisant que le patient le délie du secret médical.

### **Bureau d'expertises de la FMH**

La FMH dirige un Bureau d'expertises extrajudiciaires qui organise, à certaines conditions, une expertise visant à déterminer s'il y a faute médicale. La mise en œuvre d'une telle expertise exige que la faute médicale présumée revête un certain degré de vraisemblance, que le patient ait subi une atteinte importante à sa santé en raison d'une faute diagnostique ou thérapeutique, et qu'il n'ait pas encore saisi le juge de ce fait. La société de la discipline médicale concernée propose un expert. La procédure est règlementée et transparente pour les patients.<sup>219</sup> La FMH ne jouit toutefois pas d'un monopole en la matière; les parties sont libres de chercher et de mandater directement un expert. Les juges n'ont que rarement à se prononcer sur des questions relevant de fautes médicales.

Dans le cadre d'expertises qui ne sont pas menées par le Bureau d'expertises de la FMH, il est conseillé de convenir d'un devis avec le mandant.

### **Assurance responsabilité civile pour les médecins**

La Loi sur les professions médicales oblige les médecins à conclure une assurance responsabilité civile professionnelle ou à fournir des sûretés équivalentes. Le Code de déontologie de la FMH exige, lui aussi, une assurance suffisante contre les prétentions découlant de la responsabilité professionnelle. Quiconque exerce sans assurance responsabilité civile contrevient à ses obligations professionnelles, risque d'être ruiné en raison d'une faute médicale et, le cas échéant, réduit à néant les prétentions fondées de ses patients en cas de dommage.

En principe, tous les risques qui ne sont pas expressément exclus par les conditions d'assurance de la police sont assurés. Il convient de veiller à ce que la couverture ne soit pas lacunaire en cas de changement d'assurance, et à ce que la couverture des risques subséquents soit suffisante en cas de cessation d'activité. Une vérification de la protection d'assurance s'impose lorsque le propriétaire du cabinet élargit son champ d'activités ou engage des médecins. Dans un tel cas, il convient en général de conclure une assurance complémentaire, et ce aussi pour les médecins assistants du cabinet; en revanche, les remplaçants sont en principe couverts par la police normale. Il est recommandé d'adapter la police d'assurance à l'activité médicale effective, car la pratique montre que la somme d'assurance est souvent trop basse.<sup>220</sup>

219 D'autres informations sont disponibles sur le site internet [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → Services → Bureau d'expertises extra-judiciaires.

220 Sur ce sujet, voir 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.

L'assurance responsabilité civile couvre non seulement les prétentions en dommages-intérêts et en tort moral qui sont fondées, mais permet également d'écarter les prétentions infondées. Elle a un intérêt à être informée dès que possible des prétentions en dommages-intérêts que font valoir les patients; le contrat d'assurance prévoit en général une obligation de déclaration correspondante.

### **Le médecin dans le cadre de la procédure pénale**

Les procédures pénales ouvertes à l'encontre de médecins en rapport avec un traitement médical concernent le plus souvent des homicides ou des lésions corporelles par négligence. Fort heureusement, de telles procédures sont rares, car l'intérêt qu'elles présentent pour les patients concernés ou les parents survivants est limité. En effet, le patient n'a qu'une influence restreinte sur la procédure pénale. Les obstacles auxquels se heurte la condamnation pénale d'un médecin sont par ailleurs nettement plus importants que ceux qu'implique l'allocation au patient d'une indemnisation dans le cadre d'un procès civil. Les patients cherchent en général à obtenir des dommages-intérêts pour le traitement inapproprié qui leur a été prodigué, et non la condamnation du médecin par le juge pénal.

Pour le médecin concerné, la procédure pénale est lourde et il est conseillé, afin de sauvegarder ses intérêts, de mandater son propre avocat même si l'hôpital fait lui-même appel à un avocat externe. En effet, dans le cadre d'une procédure pénale, les intérêts du médecin et ceux de l'hôpital peuvent diverger.

## **9.4. Le patient mécontent**

Quels conseils un médecin peut-il donner à un patient insatisfait d'un traitement? Il existe différentes voies et institutions, avec l'implication à chaque fois de compétences spécifiques et d'avantages et d'inconvénients qui leur sont propres.

Chaque société cantonale de médecine a désigné un ombudsman chargé de jouer le rôle de médiateur.

En cas de manquements présumés au Code de déontologie de la FMH, le patient peut s'adresser à la commission de déontologie compétente. Selon l'affiliation de base du médecin concerné, il s'agira de la commission déontologique de la société cantonale de médecine, de l'ASMAC ou de l'AMDHS. Les hôpitaux publics d'une certaine taille disposent en outre chacun d'un service propre chargé de traiter les réclamations des patients.

Les patients peuvent également adresser leurs réclamations au médecin cantonal ou à la direction cantonale de la santé publique. Selon les cantons, il existe des commissions spéciales de conciliation ou d'enquête auxquelles la direction de la santé publique renverra les mécontents.

En cas d'infractions graves, par exemple 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 certes se constituer partie civile dans le cadre de la procédure pénale, mais il n'exerce qu'une influence limitée sur une telle procédure; il est pour ainsi dire plus l'objet que le sujet du procès pénal. Souvent, les professionnels expérimentés conseillent plutôt aux patients de déposer plainte auprès d'une commission de déontologie et/ou de la direction de la santé publique (même si le patient n'a pas, dans un tel cas, le statut formel de partie).<sup>221</sup>

### **Le patient insatisfait refuse de payer la note d'honoraires**

Il arrive que le patient refuse de payer la note d'honoraires car il n'est pas satisfait des résultats du traitement. Du point de vue juridique, le patient est tenu de payer les honoraires même si le traitement n'atteint pas les résultats escomptés ou si d'autres divergences d'opinion l'opposent à son médecin. Il est certes possible d'entreprendre une poursuite contre son patient ou de saisir le juge civil à son encontre. Néanmoins, il est préférable d'en discuter avec le patient en demeure ou, le cas échéant, d'entreprendre une médiation devant l'ombudsman de la société cantonale de médecine.

<sup>221</sup> La question de la qualité de partie du patient dans le cadre de procédures pour violation du Code de déontologie liées à l'abus d'un état de dépendance figure à l'ordre du jour de la Chambre médicale d'avril 2013.



# Médecin salarié et médecin employeur

## 10.1. 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 répond, tant vis-à-vis de ses partenaires contractuels<sup>222</sup> (patients, fournisseurs, etc.) que vis-à-vis des tiers<sup>223</sup>, et plus particulièrement de la famille du patient, 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. A 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 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, répond au premier chef des dommages-intérêts ou de la réparation du tort moral si les collaborateurs viennent à commettre une faute thérapeutique. 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-inté-

222 Art. 101 du Code des obligations (CO), Responsabilité pour des auxiliaires.

223 Art. 55 CO, Responsabilité de l'employeur.

rêts sont versés sans motif, la réputation professionnelle du médecin salarié en pâtit inutilement. A 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**

En revanche, les instructions pénales sont régies 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 responsabilité de droit administratif 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.<sup>224</sup>

224 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, 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 d'une rente AI.

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. Ne sont pas déductibles les frais de formation postgraduée jusqu'à l'obtention du titre de médecin spécialisé. Selon le Tribunal fédéral, le médecin est en formation jusqu'à ce qu'il ait achevé sa formation postgraduée de médecin spécialisé.<sup>225</sup>

## **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 d'appréciation»<sup>226</sup>. Enfin, en ce qui concerne les médecins indépendants travaillant en clinique privée, les dispositions de la loi sur la concurrence déloyale (LCD) relatives à la corruption privée peuvent s'avérer pertinentes.

225 Arrêt du Tribunal fédéral 2A.182/2005 du 17 octobre 2005: «[...] Les frais de promotion professionnelle sont des investissements pour le futur qui complètent la formation initiale, et ne constituent dès lors pas des frais de perfectionnement déductibles.» (traduction libre).

226 Art. 322ter CP.

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.<sup>227</sup>

## 10.2. Le médecin indépendant: ouverture, reprise et fermeture de cabinet

Une autorisation de pratiquer est indispensable pour pouvoir ouvrir ou reprendre un cabinet médical. Les conditions de reprise doivent être fixées contractuellement. Il convient par ailleurs de régler la manière dont les dossiers médicaux seront traités.

### **Autorisation de pratiquer et traitement de patients à charge de la LAMal**

L'exploitation d'un cabinet médical nécessite une autorisation de pratiquer (AP). Une telle autorisation de police sanitaire aussi qualifiée, dans le langage courant, d'«autorisation d'exercer», est délivrée par l'autorité sanitaire cantonale et habilite le médecin à pratiquer à titre indépendant et à exploiter un cabinet médical. A besoin d'une autorisation de pratiquer quiconque traite des patients sous sa propre responsabilité médicale ou procède à des expertises (sur ce dernier point, voir chap. 8.1.). La Loi sur les professions médicales (LPMéd) arrête au niveau fédéral les conditions auxquelles les médecins doivent satisfaire pour se voir délivrer une autorisation de pratiquer à titre indépendant.<sup>228</sup> Son exécution demeure toutefois du ressort des cantons. Une révision de la LPMéd est prévue, laquelle vise à exiger une autorisation de pratiquer également pour les médecins salariés sur le plan pratique, mais exerçant sous leur propre responsabilité. Pour le moment, il demeure de la compétence des cantons de prévoir l'éventuelle nécessité d'une AP pour les médecins salariés des cabinets médicaux.

Fin 2011, le gel des admissions à pratiquer a pris fin, ce qui signifie que les médecins souhaitant facturer leurs prestations à l'assurance obligatoire des soins (AOS) n'ont plus besoin d'admission au sens de la LAMal depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Le Conseil fédéral a toutefois proposé au Parlement en novembre 2012 de réintroduire le gel des admissions dans sa dernière teneur en vigueur, et ce, dès le 1<sup>er</sup> juillet

227 Art. 4a al. 1 let. b LCD, voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_269/2011 du 22 septembre 2011.

Dans le canton de Zurich, les frais de formation postgraduée en relation avec le métier, qui permettent la promotion à un poste supérieur dans le métier de base, peuvent être déduits du revenu imposable (§ 26, al. 1, let. d Steuergesetz ZH) (traduction libre).

228 Art. 36 LPMéd.

let 2013, à nouveau pour une durée de trois ans. Le Parlement en décidera probablement à la session d'été 2013.

Par ailleurs, conformément à la convention-cadre LAMal conclue avec santésuisse,<sup>229</sup> il est nécessaire de demander un numéro RCC (RCC = registre des codes-créanciers). Il ne s'agit certes que d'un simple numéro technique de facturation. Toutefois, selon le Tribunal fédéral, en attribuant de tels numéros, santésuisse assume, nonobstant l'absence d'habilitation légale, une obligation imposée aux assureurs par le droit public, à savoir la vérification des conditions auxquelles un fournisseur peut facturer ses prestations à la charge de l'AOS. C'est pourquoi, le Tribunal fédéral a considéré que le tribunal arbitral est compétent pour statuer sur les litiges opposant santésuisse à un fournisseur de prestations en cas de refus d'attribuer un numéro RCC.<sup>230</sup> En ce qui concerne l'AI, la Centrale de compensation CdC attribue en outre un numéro NIF (numéro d'identification fournisseur). L'adresse de paiement est liée à ce numéro.<sup>231</sup>

### **Reprise d'un cabinet médical<sup>232</sup>**

La reprise d'un cabinet médical fait l'objet d'un contrat. L'objet du contrat doit alors être clairement défini, c'est-à-dire que les deux parties doivent être au clair sur l'objet sur lequel porte la vente. A cette fin, il est conseillé au propriétaire du cabinet de dresser un inventaire des équipements du cabinet, des instruments et des médicaments.

Pour déterminer le prix d'achat, il convient dans les grandes lignes 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 par les experts en ce qui concerne le goodwill, auquel s'appliquent les lois du marché. Une expertise transparente peut toutefois servir de base de discussion aux parties et faciliter ainsi la conclusion du contrat.

Les contrats de travail conclus avec le personnel employé par le cabinet continuent en principe de déployer leurs effets.<sup>233</sup> Si le successeur ne souhaite pas reprendre le personnel, le vendeur doit alors, avant la reprise, résilier les contrats de travail en respectant les délais de congé. Si le personnel refuse de continuer à travailler pour le successeur, il peut alors résilier les rapports de travail en res-

229 Sur mandat de santésuisse, SASIS SA (filiale de santésuisse) a la compétence d'attribuer les numéros RCC dans toute la Suisse.

230 ATF 132 V 303.

231 [www.zas.admin.ch](http://www.zas.admin.ch) → Thèmes → Assurance invalidité → Prestations AI → Paiement des prestations individuelles AVS/AI. L'interaction entre tous 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.

232 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: [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → Services → Droit → Contrats-types.

233 Art. 333 CO.

pectant les délais légaux. Enfin, si le successeur reprend le personnel, il sera bien avisé de vérifier que les salaires sont à jour au moment de la reprise. Il répond en effet de leur paiement solidairement avec l'ancien propriétaire.

Lorsque les locaux qu'occupe 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.<sup>234</sup>

En cas de cession du cabinet médical, les mandats thérapeutiques confiés à l'ancien médecin prennent fin. Le successeur de ce dernier doit conclure 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.<sup>235</sup> Le principe dit «des deux armoires» garantit à ce titre transparence et sécurité. La première armoire renferme les DM des patients ayant consenti, sous une forme ou sous une autre, à la reprise de leur dossier. Un tel consentement prend en général la forme d'un rendez-vous que le patient fixe avec le successeur de son ancien médecin. La seconde armoire contient les DM des patients qui n'ont pas encore consenti au transfert de leur dossier. Les mêmes règles s'appliquent en principe à la tenue électronique du DM. Le successeur doit s'assurer que les données et leurs supports ne soient pas endommagés et qu'aucun tiers 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 accroît le besoin en formes d'organisation plus complexes, ce qui rend de plus en plus actuelle la question de l'organisation des cabinets médicaux sous forme de personnes morales (avant tout Sàrl et SA).

La LAMal a ancré dans le droit fédéral le principe selon lequel les médecins ont le droit d'exploiter des centres HMO et des institutions de soins ambulatoires.<sup>236</sup> L'art. 36a LAMal s'applique aussi aux personnes morales qui emploient des médecins sans pour autant être organisées sous forme de centre HMO.<sup>237</sup> Bien que la LAMal admette en principe que des personnes morales facturent leurs prestations à la charge de l'AOS, il appartient toutefois, à l'heure actuelle du moins,<sup>238</sup> aux cantons compétents dans le domaine de la santé de décider si une personne morale peut gérer un cabinet médical.<sup>239</sup> Même si tous les cantons ne le font pas, la majorité d'entre eux autorisent les fournisseurs de prestations à s'organiser sous

234 Art. 263 CO.

235 En reprenant les dossiers médicaux (DM), le nouveau propriétaire du cabinet reprend également l'obligation de les conserver.

236 Art. 36 et 36a LAMal.

237 Arrêt du Tribunal fédéral 9C\_701/2008 du 20 avril 2009, cons. 4.3.

238 Le Tribunal fédéral a récemment autorisé les SA d'études d'avocats pour tous les cantons (arrêt 2C\_237/2011 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.

239 Arrêt du Tribunal fédéral 2P.231/2006 du 10 janvier 2007, cons. 5.4.

la forme de sociétés de capitaux (sociétés anonymes ou sociétés à responsabilité limitée). Il convient en pratique d'examiner soigneusement et de peser au préalable les avantages et les inconvénients des différentes formes juridiques possibles. Divers facteurs jouent un rôle à cet égard: le nombre de médecins, les possibilités et les conditions juridiques (cantonales), les souhaits et les objectifs personnels, les aspects fiscaux, les assurances et la prévoyance, le fait de vouloir être salarié ou indépendant, etc. FMH Services. propose à cet égard un réseau de conseillers dans les secteurs fiduciaire, financier, juridique et dans le secteur des assurances.

### 10.3. 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. 4.12.).

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. 2.4.).

#### Suppléance<sup>240</sup>

Les réglementations cantonales sont en principe déterminantes en ce qui concerne les exigences en matière de suppléance au sein des cabinets médicaux. La Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé recommande aux cantons de se fonder sur la réglementation suivante, laquelle repose sur une proposition conjointe de la FMH et des représentants des médecins cantonaux:

- Chaque suppléant doit en principe être titulaire d'au moins un diplôme de médecin reconnu. Font exception les médecins étrangers hautement qualifiés qui ne peuvent faire reconnaître leur diplôme faute de traité international.
- Celui qui bénéficie d'une formation continue clinique de trois ans est en général habilité à assurer une suppléance sans supervision. En cas de formation continue clinique plus courte, l'obligation d'assurer une supervision paraît indiquée.
- Aucun titre postgrade n'est requis en matière de suppléance.

240 La FMH propose à ses membres un contrat-type ainsi que des recommandations salariales pour les médecins remplaçants: [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → Services → Droit → Contrats-types.

## 10.4. 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.<sup>241</sup> 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. L'exposé qui suit décrit les dispositions du CO.

### **Salaire 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 1<sup>re</sup> année de service, et ensuite pendant une période plus longue fixée équitablement.<sup>242</sup> Pour déterminer quelle est la période équitable, les tribunaux de plusieurs cantons ont développé des échelles de calcul. Plusieurs cantons appliquent l'échelle «bernoise»: 1<sup>re</sup> année de service: 3 semaines; 2<sup>e</sup> année: 1 mois; 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> années: 2 mois; etc.

En général, les assurances versent des indemnités 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 l'entier du salaire.

### **Protection contre les congés en cas de maladie, accident, service militaire et maternité**

A 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 (cf. chapitre 10.5.).<sup>243</sup> 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 1<sup>re</sup> année de service, 90 jours de la 2<sup>e</sup> à la 5<sup>e</sup> année de service, et 180 jours à partir de la 6<sup>e</sup> année de service. Il s'agit de jours calendaires et non de jours ouvrables.

241 La FMH propose à ses membres un contrat-type de travail. Si celui-ci ne constitue pas une convention collective obligatoire, la FMH recommande toutefois son utilisation: [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → Services → Assistantes médicales → Modèle de contrat de travail & Recommandations salariales.

242 Art. 324a CO.

243 Art. 336c CO.

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 temps d'essai ne peut pas dépasser 3 mois.

Après le temps d'essai, le contrat de travail peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la 1<sup>re</sup> année de service, de 2 mois de la 2<sup>e</sup> à la 9<sup>e</sup> année, et de 3 mois ultérieurement. Ces délais peuvent être modifiés par contrat de travail.<sup>244</sup>

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.

### **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. Deux semaines au moins doivent être consécutives.<sup>245</sup> 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.<sup>246</sup> 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.

244 Art. 335c CO.

245 Art. 329a ss CO.

246 Art. 329 CO et art. 20a de la Loi sur le travail (LTr).

## Prévoyance professionnelle

Les travailleurs qui touchent un salaire annuel supérieur à Fr. 21 060.– sont soumis à l'assurance 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, c'est-à-dire le salaire annuel AVS compris entre Fr. 24 570.– et Fr. 84 240.–.<sup>247</sup> 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 technologie. 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. Depuis l'entrée en vigueur de ces nouvelles bases réglementaires le 1<sup>er</sup> janvier 2010, il est désormais possible de débiter la formation professionnelle initiale directement à l'échéance de la scolarité obligatoire. Les formateurs doivent dès lors notamment tenir compte du fait que les jeunes terminant l'école et n'ayant pas encore accompli leur 16<sup>e</sup> année ne doivent pas être exposés à des rayonnements.<sup>248</sup>

Comme par le passé, 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 sur le manuel de formation qui porte sur le travail quotidien au cabinet et tient compte des objectifs du plan de formation.<sup>249</sup>

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 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, et fait office de bureau de consultation en cas de situation problématique.<sup>250</sup>

247 Ces montants font en général l'objet d'une adaptation annuelle.

248 Ordonnance sur la radioprotection: [www.admin.ch/ch/f/rs/814\\_501/index.html](http://www.admin.ch/ch/f/rs/814_501/index.html).

249 Des informations relatives à la formation sont disponibles sur le site internet: [www.mpaschweiz.ch](http://www.mpaschweiz.ch).

250 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 (adresses des offices cantonaux: [www.afb.berufsbildung.ch](http://www.afb.berufsbildung.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.<sup>251</sup>

Est prise en compte l'activité ininterrompue d'un mois au moins à douze 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 log-book électronique durant la période de formation postgraduée. A l'échéance de cette période, le praticien enseignant doit lui remettre un certificat ISFM/FMH.

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-assistants d'acquérir les compétences spécifiques directement sur place, au cabinet médical, en vue d'exercer ultérieurement l'activité de médecin de famille. A 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.<sup>252</sup>

251 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](http://www.siwf.ch).

252 Toutes les informations sur l'assistanat au cabinet médical FMF sont disponibles sur le site internet: [www.whm-fmf.ch](http://www.whm-fmf.ch).

## 10.5. Protection de la jeunesse et de la maternité<sup>253</sup>

Des dispositions particulières s'appliquent aux employé(e)s jeunes, enceintes et ayant accouché, qui bénéficient d'une protection accrue.

### Protection de la jeunesse

Selon la Loi sur le travail (LT<sub>r</sub>), sont réputés jeunes travailleurs les employé(e)s âgé(e)s de moins de 18 ans.<sup>254</sup> L'employeur doit prendre un soin particulier de leur santé et leur temps de travail quotidien ne doit pas excéder neuf heures.<sup>255</sup>

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, 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».<sup>256</sup>

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.<sup>257</sup> Ainsi, dans le secteur de la santé par exemple, les jeunes âgés d'au moins 17 ans qui suivent une formation d'assistant(e) médical(e) ou d'aide-soignant(e) sont autorisés à travailler au maximum deux nuits par semaine et au maximum dix 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 deux jours fériés autres que des dimanches par an.<sup>258</sup>

Les personnes exposées aux rayonnements dans l'exercice de leur profession doivent être âgées d'au moins 16 ans<sup>259</sup> (voir également chap. 10.4.).

### Protection de la santé en cas de maternité<sup>260</sup>

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.<sup>261</sup>

253 Sur ces deux sujets, voir également les brochures du SECO «Maternité – Protection des travailleuses» et «Protection des jeunes travailleurs»: [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) → Documentation → Publications et formulaires → Brochures → Travail.

254 Art. 29 al. 1 LT<sub>r</sub>.

255 Art. 31 LT<sub>r</sub>.

256 Art. 5 de l'Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs (OLT 5).

257 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.

258 Art. 10 de l'Ordonnance du DFE (voir la note de bas de page précédente).

259 Art. 33 al. 3 de l'Ordonnance sur la radioprotection.

260 Un aperçu des dispositions relatives à la protection en cas de maternité est disponible sur le site internet [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → Services → Assistantes médicales → Maternité → «Aide-mémoire sur la protection des travailleuses».

261 Art. 35 al. 1 et 3 de la Loi sur le travail (LT<sub>r</sub>; RS 822.11).

Les femmes enceintes et celles qui allaitent ne peuvent être occupées que si elles y consentent. Il est par ailleurs strictement interdit d'occuper une femme durant les huit semaines qui suivent l'accouchement. Les femmes enceintes peuvent en outre se dispenser de se rendre au travail ou le quitter simplement en avertissant leur supérieur, et l'employeur doit accorder aux femmes qui allaitent le temps nécessaire à l'allaitement;<sup>262</sup> toutefois, ces absences non dues à la maladie ne sont pas payées, à moins que la femme enceinte présente un certificat médical ou qu'il existe un accord particulier pour les femmes qui allaitent.

Les femmes enceintes ou qui allaitent ne peuvent accomplir les travaux dangereux ou pénibles que si l'inexistence de toute menace 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.<sup>263</sup>

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 micro-organismes 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 sur la protection de la maternité à l'intention des cabinets médicaux et propose un formulaire d'évaluation des risques sur le lieu de travail, une lettre-type et un certificat médical électroniques.<sup>264</sup>

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.<sup>265</sup>

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 20h00 et 6h00.

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 toutefois une assurance non obligatoire d'indemnités journalières de maladie. Le Code des obligations s'applique à défaut de réglementation contractuelle en la matière.

262 Art. 35a al. 1 LTr.

263 Art. 62 de l'Ordonnance 1 relative à la Loi sur le travail (OLT 1; RS 822.111).

264 [www.fmh.ch](http://www.fmh.ch) → Services → Assistantes médicales → Maternité → «Evaluation des risques sur le lieu de travail».

265 Art. 35 et 35b LTr.

### **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 seize 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.<sup>266</sup> 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. Il convient toutefois de préciser que le versement de l'allocation maternité est subordonné à la condition que l'assurée soit employée au moment de la naissance.

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 quatorze semaines. Durant cette période, elle perçoit une allocation maternité 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 si elle recommence à travailler avant l'échéance d'un délai de 98 jours.<sup>267</sup> Il n'est pas possible de suspendre le congé maternité. C'est en général l'employeur qui fait valoir un tel droit auprès de la caisse de compensation AVS.

L'employeur ne peut pas réduire la durée des vacances de l'employée si celle-ci a été empêchée de travailler moins de deux mois en raison de sa grossesse ou parce qu'elle perçoit une allocation maternité.<sup>268</sup>

266 Art. 336c al. 1 let. c et al. 2 du Code des obligations (CO; RS 220).

267 Art. 16b ss de la Loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG; RS 834.1).

268 Art. 329b al. 3 CO.



# Appendice

## **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, Basel  
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

### **Conseil scientifique**

Christian Brückner, Prof. en droit, Bâle

Thomas Gächter, Prof. en droit, Zurich

Thomas Geiser, Prof. en droit, Saint-Gall

Michael Gerber, avocat, OFSP, Berne

Olivier Guillod, Prof. en droit, Neuchâtel

Ulrich Meyer, Prof. en droit, Lucerne

Brigitte Tag, Prof. en droit et Dr iur. utr., Zurich

### **Rédaction**

Dr Hermann Amstad, secrétaire général de l'ASSM, Bâle

Hanspeter Kuhn, avocat, secrétaire général adjoint de la FMH, Berne

Michelle Salathé, lic. en droit, secrétaire générale adjointe de l'ASSM, Bâle

## Index des mots-clés

### A

Abus de stupéfiants, droit d'annoncer un 109

Abus sexuels 137

Accident 24, 54, **69**, 108, 111, **119**, 125, 127, 146

Accréditation **60**, 62

Actes punissables commis sur des mineurs 109

Administration du cabinet médical **145**

Admission à pratiquer selon la LAMal 20, **56**, 142

ADN, profil d' 77

Aide au décès 11, 83

Analyses génétiques **76**, 122

Armée, membres de l' 71

Assistanat au cabinet médical 17, **149**

Assistance au suicide 12, 83, **86**,

Assurance-accidents (cf. accident)

Assurance complémentaire (cf. assurances privées)

Assurance-invalidité 24, **69**, **72**, 77, 119

Assurance-maladie 10, 24, 42, **54**, 60, 63, 93, 113

Assurance militaire 24, **69**, **71**, 91, 106, 119

Assurance obligatoire **54**, 148

Assurance obligatoire des soins (AOS) **54**, **63**

Assurance obligatoire des soins (cf. assurance-maladie)

Assurance-qualité 17, 52, **60**, 76

Assurance-vie 77, 121

Assurances d'indemnités journalières (cf. indemnités journalières)

Assurances privées (assurances complémentaires)

Assurances sociales **24**, 55, 113, 121, **127**, 141

Atteinte à la santé 55, 106, 120, 125

Attestation de formation complémentaire 17, 53

Autodétermination du patient 10, 27, **43**, 88, 131

Autodétermination en matière d'information 131

Autopsie 108

Autorisation d'exercer et admission à pratiquer à la charge des caisses **20**

Autorisation de pratiquer 20, 86, **142**

Autorisation d'exercer 20, 49, **142**

Autorité de protection de l'adulte 28, **31**, 80, 89

Autorité de surveillance 18, 31

Autotraitement 55

Avantages, répercussion des **66**

## B

Bureau d'expertises de la FMH **135**

---

## C

Cabinet médical 16, 35, 47, 53, 101, **142, 145, 149**

---

Caisse de pension 24, 77, **121**, 148

---

Capacité à conduire diminuée 109

---

Capacité de discernement 43, 79, 87, 129

---

Carte d'assuré 45, 101

---

Carte de dons d'organes 80

---

Carte européenne d'assurance-maladie 54

---

Centre fiduciaire («trust center») 116

---

Certificat 107, **110, 121**, 151

---

Certificat de décès 107

---

Certificat médical **110**, 119, 151

---

Certification 17, **60, 62**

---

Clause du besoin 14

---

Code de déontologie 12, 20, 46, 81, 91, 110, 135, 140,

---

Code des obligations (CO) 11, 35, 146, 151

---

Coma vigile 85

---

Commission de déontologie 21, 136

---

Commission d'éthique 96, 107

---

Commission fédérale des médicaments (CFM) 49

---

Commission paritaire cantonale (CPC) 68

---

Commission paritaire de confiance (CPC) 67, 102

---

Commission paritaire d'interprétation (CPI) 67

---

Commission paritaire pour la valeur intrinsèque (PaKoDig) 68

---

Commission paritaire tarifaire (CPT) 68

---

Congé maternité, allocation de maternité et indemnité de vacances **152**

---

Consentement 29, 34, 37, **43**, 78, 89, 95, 100, 106, 110, 130

---

Consentement éclairé 29, 39, **43**, 85, 96, 102

---

Constitution fédérale **10**, 131

---

Contrat de soins **34**, 38, 44

---

Corruption **141**

---

CPC (Commission paritaire de confiance) 67, 102

---

CPI (Commission paritaire d'interprétation) 67

---

CPT (Commission paritaire tarifaire) 68

---

Critères EAE 72

---

Critical Incident Reporting System (CIRS) 61

---

Curatelle **30**, 44, 80, 129

---

## D

Décès extraordinaire 84, 88, **107**

Délais de conservation **47**

Délais de prescription **39**

Démence 27, 87, 129

Détection précoce 119, 120

Devoir d'annoncer **106**, 119

Devoir de prêter assistance **21**

Devoirs du patient 38

Devoirs professionnels **20**, 87

Diagnostic préimplantatoire 78

Diplôme de médecin 18, 20, 145

Directives **12**, 21, 27, 45, 52, 80, 84, 91, 129

Directives anticipées du patient 11, 27, **45**, 80, 84, 129

Directives cliniques **13**

Dispositifs médicaux **48**, 50, 63, 106

Documentation 37, 42, 47, 97

Domaine du sauvetage 22, 57, 72

Don d'organe par des personnes vivantes 80

Dopage **81**

Dossier médicale 36, 41, **46**, 79, 105, 130, 134

Droit d'annoncer 109, 119

Droit du patient de consulter et de copier son dossier médical **130**

Droit médical 9, 12, 13

Droit tarifaire **66**

## E

Echange électronique de données **105**

EI (effets indésirables d'un médicament, annonce d') 106

Employeur 73, **111**, 119, **139**, **146**, 150

Entrave à la liberté 88

Essai thérapeutique (cf. thérapie non établie)

Etat de nécessité imminent 102, **104**

Etudes de médecine 16

Examen d'entrée **111**

Examen du cadavre 107

Examens radiologiques **52**, 131

Exécution de la peine **91**

Expertise 52, 80, 97, 110, **125**, 127, 135, 142

## F

Facturation 17, **100**, 113, 116,

---

Facture 38, 101, **115**, **119**

---

Faute de traitement 22, 37, 126, **132**, 139

---

Faute personnelle de l'assuré 55

---

Fécondation in vitro **78**

---

Fin de vie 84, 87

---

Fondements du droit **9**

---

Formation approfondie 17, 53

---

Formation continue **16**, 145

---

Formation postgraduée **16**, 49, 53, 62, 76, 141, 149

---

Formation prégraduée, postgraduée et continue **16**

---

Formule magistrale 49

---

Fournisseurs de prestations dans la LAMal **56**

---

Franchise 59, 72, 100, 119

---

## G

Garantie de paiement préalable 72

---

Génériques 63, **65**

---

Gestionnaire de cas (case manager) 113, 115

---

Grève de la faim 92

---

## H

Hôpital public 35, **36**

---

## I

Impôts **141**

---

Incapacité de discernement 27, 34, **44**

---

Incapacité de gain 120, 125, 141

---

Incapacité de travail 25, **111**, 119, 141

---

Indemnités journalières 24, 70, 77, 91, **111**, 119, 141, 146

---

Industrie 19, 98

---

Information du patient 9, **39**

---

Intégrité scientifique 95, **97**

---

Interruption de grossesse **79**, 106, 72

---

Invalidité 24, 69, 120

---

IT (cf. incapacité de travail)

---

## L

Laboratoire **52**, 57, 60, 76, 101

LAGH (cf. analyses génétiques)

LAMal (cf. assurance-maladie)

LCAA (lésion corporelle assimilée à un accident) 69

Législation cantonale 10, 20, 36, 46, 102

Lésion corporelle 40, 69

Liberté de contracter 24, 121

Liberté du patient de choisir son médecin 56, 70, **145**

Libre choix du médecin 21, 35, 38, 56, 82, **145**

Libre circulation des personnes (avec l'UE) 17, 54

LiMA (liste des moyens et appareils dans la LAMal) 63

Liste des médicaments avec tarif (LMT) 63

Liste des spécialités 63

Litiges 22, 25, **66**, 71, 125, 133, 143

Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée 10, **78**, 96

Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules **80**

Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH) 11, 76, 122

Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) 25

Loi relative à la recherche sur les cellules souches **96**

Loi sur la circulation routière 109

Loi sur la transplantation 10, **80**

Loi sur l'assurance-maladie (cf. assurance-maladie)

Loi sur les épidémies 12, 89, 106

Loi sur les produits thérapeutiques 12, **48**, 51, 62, 95, 106

Loi sur les professions médicales 12, **16**, 20, 23, 135, 142

Lois spéciales 11

LPD Loi fédérale sur la protection des données **104**, 130

LPTH (cf. loi sur les produits thérapeutiques)

LRH (cf. recherche sur l'être humain, loi relative à la)

## M

Maisons de retraite médicalisées 82, 131, 141

Maladie 23, **55**

Maladie professionnelle 48, 69

Maladies transmissibles 14, 106

Managed Care (soins intégrés) **59**, 93

Mandat pour cause d'inaptitude **27**, 45

Mauvais traitements 92

Médecin agréé 35, **37**

Médecin-conseil 55, 82, 105, 113, 119, 122

Médecin employé par un hôpital ou dans un cabinet **139**

---

Médecin spécialiste 16, 149

---

Médecine de la reproduction 78

---

Médecine du sport 81

---

Médecins et industrie 19, 98

---

Médicaments 10, 19, 39, 42, **48**, 55, **63**, 82, 90, 106, 142

---

Membres de la famille, traitement de 55

---

Mesures de contrainte **88**, 91

---

Mesures de réadaptation 58, 69, 73, 120

---

Mineurs 34, 44, 109

---

Mise en danger d'autrui 88

---

Mise en danger de soi 88

---

Morsures de chiens 106

---

Moyens et appareils 57, **63**

---

## **N**

Numéro RCC 57, 143

---

## **O**

OAMal (cf. Ordonnance sur l'assurance-maladie)

---

Off label use **51**, 64

---

Office fédéral de la santé publique 17, 49, 65, 76, 97, 106

---

Ombudsman 98, 136

---

OPAS (cf. Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins)

---

Opposition de l'assuré 67

---

Ordonnance sur l'assurance-maladie 60

---

Ordonnance sur les essais cliniques de produits thérapeutiques (OClin) 107

---

Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (OPAS) 56

---

Ordonnances **11**

---

Ouverture et remise d'un cabinet médical **142**

---

## **P**

PaKoDig (Commission paritaire pour la valeur intrinsèque) 68

---

Patient mécontent **136**

---

Placement à des fins d'assistance (PAFA) 11, 30

---

Poursuites **118**

---

Prescription 39, 42, 49, 57, 65

---

Prescription, délais de **39**

---

Prestation obligatoire **55**, 70

---

Prévoyance professionnelle 121, 141, **148**

---

Principe de la prestation en nature dans la LAA, la LAM et la LAI 72

---

Principe de prise en charge des coûts	<b>55</b>
Prise de décisions	44
Prise en charge par les caisses	49, 64
Procédure de préavis	74
Procédure pénale	102, 136
Propharmacie	12, 49
Protection contre les congés en cas de maladie, accident, service militaire	<b>146</b>
Protection contre les congés en cas de maternité	<b>146</b>
Protection de la jeunesse	<b>150</b>
Protection de la maternité	<b>150</b>
Protection de l'adulte, droit relatif à la	<b>27</b>
Protection des données	12, 61, 91, <b>104</b> , 113, 130
Publicité	<b>23</b> , 145

## **Q**

Quote-part	55, 65, 72, 119
------------	-----------------

## **R**

Radioprotection	52
Rapport	<b>100</b> , 110
Réanimation	85
Recherche	52, 62, 76, <b>95</b> , 142
Recherche sur l'être humain, loi relative à la (LRH)	10, 62, <b>95</b> , 107
Reconnaissance mutuelle des diplômes	17
Registre des professions médicales	16, <b>19</b>
Registres	16, 19, 23, 60, 143
Relation médecin-patient	34
Remplacement	54, 67, 127
Renseignements au parent sans droit de garde	109
Rente (cf. incapacité de gain)	
Représentant dans le domaine médical	28, 44, 80
Représentation dans le domaine médical	11, 28, 90
Requérants d'asile	54, 59, <b>93</b> , 123
Réserve d'assurance	25, 121
Résiliation du contrat de travail	<b>147</b>
Responsabilité civile	11, 20, 36, <b>132</b>
Responsabilité de l'organisation	139

## S

Sans-papiers 54, **93**

---

Secret du patient (cf. secret médical)

---

Secret médical 20, 47, 61, 92, **100**, 106, 131

---

Sécurité du patient 46

---

Sédation palliative 85

---

Service de garde et d'urgence 20

---

Service militaire 48, 71, 106, 119, 146

---

Service tarifaire de la FMH 68

---

SMR (service médical régional de l'AI) 120

---

Solution des délais 79

---

Stérilisation 11, **79**

---

Stupéfiants (cf. médicaments)

---

Suicide, assistance au 11, 83, **86**

---

Suva 71, 119

---

Swissmedic **49**, 63, 107

---

## T

TARMED 18, 22, 60, **66**, 112

---

Tenue électronique du dossier médical **47**, 144

---

Thérapie non établie **52**, 96

---

Touristes 54

---

Traitement de membres de la famille 55

---

Traitement imposé par le juge pénal ou l'assureur **90**

---

Traitement obligatoire (cf. mesures de contrainte)

---

Transplantation d'organes **80**

---

## U

Unlicensed use **51**, 64

---

## V

Vacances **147**, 152

---

Valeur intrinsèque 68

---

Versement du salaire en cas de maladie 146

---





