

Les nouveautés de l'année en droit de la santé

Olivier Guillod

**Institut de droit de la santé - Université
de Neuchâtel**



- 1 -

Université
de Neuchâtel **unine**





Thèmes abordés

- 1) Droit international et constitutionnel
 - a) Protocole additionnel à la Convention d'Oviedo sur la transplantation
 - b) Art. 118a (médecines complémentaires) et 118b (recherche) Cst.
 - c) Eventuels art. 118c (médecin de famille) et 118d (fumée passive) Cst.
- 2) Réforme perpétuelle de la LAMal
- 3) Secret médical et nouveaux codes de procédure
- 4) Diagnostic préimplantatoire et procréation médicalement assistée
- 5) Assistance au décès
- 6) Création d'un marché suisse des professions de la santé
- 7) L'âge de la retraite pour les professions médicales
- 8) Liberté économique et conditions cantonales de subventionnement
- 9) Assurance obligatoire des soins et discrimination



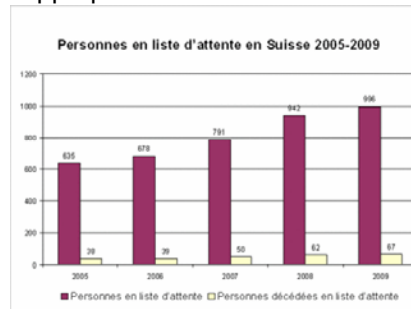
Transplantation d'organes

- 1^{er} mars 2010 : entrée en vigueur pour la Suisse du Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Convention d'Oviedo)

Art. 19 Promotion du don

Les Parties prennent toute mesure appropriée visant à favoriser le don d'organes et de tissus.

- En 2009, 996 personnes sur liste d'attente et 67 décès (environ 7%)
- Problème de santé publique mais OFSP a toujours gardé une prudente neutralité dans ses campagnes d'information



Campagne
OFSP
2009



<http://www.bag.admin.ch/transplantation/07175/07182/07935/07942/index.html?lang=fr>

Campagne
OFSP
2010





Constitution sanitaire

- Article 118a, adopté le 17 mai 2009, demande que Confédération et canton pourvoient à la prise en compte des médecines complémentaires; motion Forster adoptée le 28 septembre 2010
- Article 118b, adopté le 7 mars 2010, mandate la Confédération de légiférer sur la recherche avec l'être humain (alinéa 1) et prévoit quatre principes fondamentaux pour la recherche biomédicale (alinéa 2)
 - Consentement éclairé du sujet
 - Rapport proportionné entre risques et bénéfices
 - Enrôlement subsidiaire de personnes incapables de discernement
 - Expertise indépendante établit que la protection des sujets est garantie



- 7 -



Constitution sanitaire

- Article 118c nouveau (médecine de famille) selon initiative ayant abouti le 27 avril 2010. Demande que Confédération et cantons « *veillent à ce que la population dispose d'une offre de soins médicaux suffisante, accessible à tous, complète et de haute qualité fournie par des médecins de famille* »
- Article 118c ou d nouveau (fumée passive) selon initiative ayant abouti le 8 juin 2010. Veut interdire de fumer dans les espaces fermés qui servent de lieu de travail, sans exception. Veut interdire aussi de fumer dans les autres espaces fermés qui sont accessibles au public, mais réserve la possibilité d'exceptions prévues par la loi



- 8 -



Fumée passive

- 1^{er} mai 2010 : entrée en vigueur de la Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur la protection contre le tabagisme passif
 - interdit en principe de fumer dans les espaces fermés accessibles au public ou qui servent de lieu de travail à plusieurs personnes
 - nombreuses exceptions (fumeurs, établissements fumeurs)
 - cantons libres d'adopter des règles protégeant davantage la santé publique



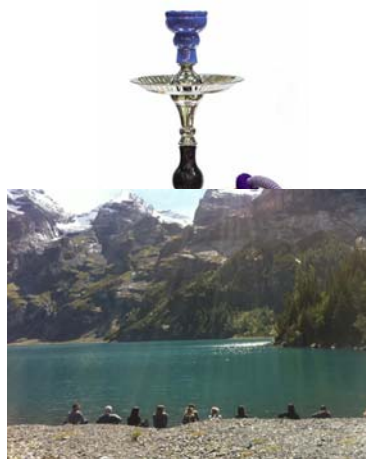
- 9 -



Fumée passive

- ATF 136 I 17
23 novembre 2009

- ATF 136 I 29
23 novembre 2009



- 10 -



LAMaI

- Sur 200 interventions pendantes au parlement fédéral, environ la moitié porte sur l'assurance-maladie !!!
- 1^{er} janvier 2010, entrée en vigueur de la modification du 12 juin 2009 de la Loi fédérale sur l'assurance maladie concernant la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations et de la modification de l'OLAF
- Réglementation limitée dans le temps selon l'article 6 OLAF :
 - ¹ La présente ordonnance entre en vigueur le 4 juillet 2002 et a effet jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation en matière d'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire la remplaçant mais **au plus** jusqu'au 3 juillet 2005.
 - ² La durée de validité est prolongée jusqu'au 3 juillet 2008 **au plus tard**.
 - ³ Elle est prorogée jusqu'au 31 décembre 2009.
 - ⁴ La durée de validité de la présente ordonnance est prolongée jusqu'au 31 décembre 2011.
 - ⁵ La durée de validité de la présente ordonnance est prolongée jusqu'au 31 décembre 2013, ou 2015, ou 2020.



LAMaI

- Gel des admissions avait été contesté par des médecins. En 2004, dans l'affaire vaudoise (2P.134/2003), le Tribunal fédéral reprenait ce qu'il venait de juger dans l'affaire zurichoise similaire :

*« Le Tribunal fédéral a déjà relevé ([ATF 130 I 26](#) consid. 6.3.3.3 p. 54), d'une part, qu'il ne serait pratiquement pas compatible avec la liberté économique de fermer complètement et durablement l'accès du marché aux nouveaux concurrents et, d'autre part, qu'une restriction temporaire applicable aux médecins déjà installés serait nettement plus dommageable qu'une limitation touchant ceux qui projettent d'ouvrir un cabinet. **Il a considéré qu'un privilège limité dans le temps des médecins en place était admissible, d'autant que le législateur fédéral avait restreint à trois ans au maximum la durée** d'une limitation de l'admission à pratiquer la médecine à la charge de l'assurance-maladie obligatoire. Cette mesure était compatible avec le principe de l'égalité de traitement entre concurrents et respectait le principe de la proportionnalité.*

Incapacité jusqu'à présent du Parlement de trouver une solution pour la médecine ambulatoire



LAMaI

- 1^{er} janvier 2011 : entrée en vigueur du nouveau régime de financement des soins
- Dernier paquet de révision en cours
 - *Managed care* (« modèles de soins gérés »)
 - Mesures urgentes pour endiguer la hausse des primes
 - Prix des médicaments



- 13 -



Secret médical et procédures

- 2011 = *Big Bang* du monde judiciaire : procédures unifiées
- Lien avec droit de la santé ?
- Rappel : art. 321 ch. 3 CP réserve les dispositions légales prévoyant une obligation de témoigner en justice
- Droit cantonal actuel diversifié; trois modèles principaux
 - Liberté totale du médecin de refuser de témoigner
 - Liberté du médecin de refuser de témoigner sauf s'il est délié du secret par le patient ou l'autorité cantonale compétente
 - Liberté du médecin de refuser de témoigner sauf en principe s'il est délié du secret par le patient ou l'autorité cantonale compétente; même dans ce cas, il peut cependant invoquer un intérêt prépondérant au maintien du secret



- 14 -



Secret médical et procédures

- Code de procédure civile et code de procédure pénale adoptent le troisième modèle

Article 171 CPP

« ¹ Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs, notaires, médecins, dentistes, pharmaciens, sages femmes, ainsi que leurs auxiliaires peuvent refuser de témoigner sur les secrets qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci.

² Ils doivent témoigner:

- a. lorsqu'ils sont soumis à l'obligation de dénoncer;
- b. lorsqu'ils sont déliés du secret, selon l'art. 321, ch. 2, CP, par le maître du secret ou, en la forme écrite, par l'autorité compétente.

³ L'autorité pénale respecte le secret professionnel même si le détenteur en a été délié lorsque celui-ci rend vraisemblable que l'intérêt du maître au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.

Solution analogue à l'article 166 CPC



- 15 -

Secret médical et procédures

- Autres règles touchant les professionnels de la santé
- Certains soignants ne devront déposer dans une procédure pénale « *que si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret* » (art. 173 al. 1 CPP). Il s'agit :
 - des personnes ayant eu connaissance de secrets « dans le cadre de [leur] activité pour la recherche dans les domaines de la médecine ou de la santé publique » (art. 321bis CP)
 - des collaborateurs des centres de consultation en matière de grossesse et des tiers dont les services ont été requis (art. 2 LF)
 - des personnes qui travaillent pour un centre de consultation LAVI (11 LAVI) et
 - du personnel de l'autorité protectrice compétente et de l'institution de traitement ou d'assistance agréée qui a reçu le signalement d'un cas d'abus de stupéfiants constaté par un médecin, un pharmacien ou un service administratif (15/2 LStup)
- Pas de règle équivalente dans le Code de procédure civile



- 16 -

Secret médical et procédures

- D'autres professionnels de la santé, non soumis à l'article 321 CP mais tenus légalement à la confidentialité (35 LPD, droit cantonal), seront soumis à un autre régime encore (CPP et CPC) :
- 173 al. 2 CPP : obligation de déposer, à moins que la «direction de la procédure» les libère parce qu'ils ont rendu vraisemblable « *que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité* »
- 166 al. 2 CPC : obligation de collaborer sauf « *s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité* »
- Professionnels visés : psychologues-psychothérapeutes, chiropraticiens, physiothérapeutes et autres professionnels de la santé n'intervenant pas comme auxiliaires d'un médecin, alternapeuthes non médecins, etc.



- 17 -

Université de Neuchâtel **unine**

Diagnostic préimplantatoire et DPI

- Ré...
 - Cf...
 - Au...
 - Fo...
 - Ré...
- 
- la
posé
certains
1^{er} avril
A aux
le don
de
ais pas
yon,



- 18 -

Université de Neuchâtel **unine**

Diagnostic préimplantatoire et DPI

- § 60 : CourEDH confirme que le recours aux méthodes de PMA entre dans le champ d'application de l'article 8 CEDH (protection de la vie privée)
- § 74 : si un pays admet la PMA, son cadre légal doit être cohérent et tenir compte adéquatement des divers intérêts impliqués, conformément aux obligations découlant de la CEDH. Des préoccupations d'ordre moral ou d'acceptabilité sociale ne sont pas en soi des raisons suffisantes pour interdire complètement une méthode spécifique
- § 80 : législateur autrichien était guidé par l'idée que la PMA doit mimer la procréation naturelle. Don d'ovule interdit pour maintenir le principe „*mater semper certa*“ et éviter des conflits entre mère gestatrice et mère génétique



Diagnostic préimplantatoire et DPI

- § 81 : ce but „*certainly has its merits. Nevertheless, unusual family relations in a broad sense are well known to the legal orders of the Contracting States. Family relations which do not follow the typical parent-child relationship based on a direct biological link, are nothing new and have already existed in the past, since the institution of adoption*“
- § 85 : CourEDH trouve que le Gouvernement autrichien n'a pas avancé de justification objective et raisonnable permettant de traiter différemment le couple requérant et un autre couple qui peut recourir aux méthodes de PMA sans avoir besoin d'un don d'ovule. Il y a donc violation de l'article 14 CEDH en conjonction avec l'article 8 CEDH



Assistance au décès

- Procédure de consultation ouverte en octobre 2009 sur deux variantes de réglementation de l'assistance au suicide
- Rapport de synthèse de la consultation de juin 2010:
 - option d'interdire l'aide au suicide organisée a été soutenue par 15 répondants, soutenue avec réserves par 5 répondants et rejetée par 84 répondants
 - option d'encadrer strictement l'aide au suicide prôlée par des organisations telles qu'Exit est acceptée par 12 répondant, acceptée sous réserve par 24 répondants et rejetée par 72 répondants
- Conseil fédéral retient le 17 septembre 2010 l'option d'une réglementation qui impose des devoirs de diligence aux collaborateurs des organisations d'assistance au suicide. Parallèlement, il faut proposer un arsenal renforcé de mesures de prévention du suicide et d'encouragement des soins palliatifs (objectif : fin 2010)
- Tenir compte des résultats d'une étude parue dans la *Jusletter* du 13 septembre 2010 de C. Schwarzenegger qui indique les positions morales et face à la législation des Suisses

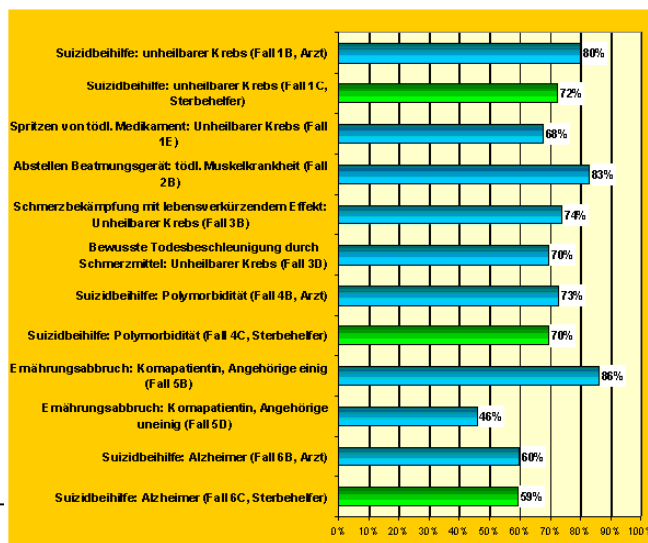


- 21 -



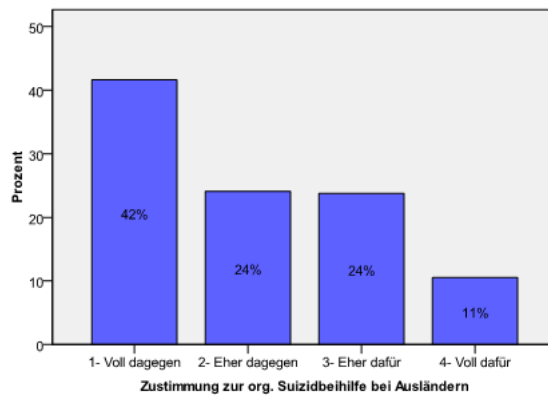
Assistance au décès

Abbildung 2: Rechtliche Zustimmung zu Sterbehilfe-Situationen («sollte gesetzlich erlaubt sein»)



Assistance au décès

Abbildung 4: Zustimmung zur Frage nach der Einstellung gegenüber organisierter Suizidbeihilfe an (im Ausland wohnhaften) Ausländern in der Schweiz



- 23 -



Création d'un marché suisse des professionnels de la santé

- ATF 135 II 12
- Psychothérapeute
- GR → ZH
- Refus ZH : exigences supplémentaires de formation
- Recours
- OK TA ZH puis TF
- Équivalence des réglementations cantonales (art. 2 al. 5 LMI)
- ATF 2C_844/2008
- Chromothérapeute
- ZG → TI
- Refus TI : exigence de passer un examen pour thérapeute complémentaire
- Recours
- OK TA TI puis TF
- Pas d'équivalence des réglementations cantonales
- Analyse de la proportionnalité sous l'angle de l'art. 3 LMI
- Art. 3 al. 2 litt. d) : protection suffisante des intérêts publics prépondérants garantie par l'activité exercée au lieu de provenance (15 ans !)



- 24 -



Création d'un marché suisse des professionnels de la santé

« è vero che, come mostra anche il caso in esame, la legge sul mercato interno potrebbe comportare un allentamento dei requisiti necessari per esercitare talune professioni, imponendo o comunque favorendo un allineamento alle condizioni richieste dai cantoni meno rigorosi. Questi effetti sono tuttavia inevitabilmente conseguenti all'espressa volontà del legislatore di favorire l'accesso libero e non discriminato al mercato su tutto il territorio della Confederazione (art. 1 cpv. 1 LMI) »



- 25 -

Université de Neuchâtel **unine**

L'âge de la retraite pour les professions médicales

Arrêt du Tribunal administratif genevois du 3 février 2010

- L'autorité compétente refuse une prolongation du droit de pratique à un pharmacien âgé de 80 ans en arguant que la loi cantonale limite l'autorisation de pratiquer à 80 ans
 - Pharmacien recourt auprès du Tribunal administratif
 - Le canton défend la règle légale cantonale en disant qu'elle découle de l'art. 54 al. 4 LPMéd prévoyant que toutes les inscriptions figurant dans le registre des professions médicales universitaires sont éliminées du registre dès que le professionnel décède ou atteint l'âge de 80 ans
 - TA admet le recours : l'inscription au registre n'est pas une condition de l'autorisation de pratique. Ce registre a un but d'information et de protection des patients et de statistique. En édictant une interdiction absolue de pratiquer après 80 ans sans vérifier si le professionnel présente encore les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de sa profession (36 LPMéd), le canton a violé le principe de la primauté du droit fédéral
- NB : la question de la limite d'âge se pose en des termes différents pour d'autres professions de la santé non régies par le droit fédéral



- 26 -

Université de Neuchâtel **unine**

Liberté économique et subventions cantonales

ATF du 24 juillet 2010, 2C_656/2009

- Question à résoudre : un établissement de soins peut-il invoquer la liberté économique pour contester les conditions, prévues dans une loi cantonale, à l'octroi de subventions cantonales ?
- Loi VD prévoyait que les EMS privés pouvaient bénéficier de subventions cantonales s'ils respectaient des normes relatives à la rémunération de leurs directeurs et à la distribution du bénéfice
- Recours d'EMS privés
- Question de principe de grande portée : valable aussi par analogie pour les hôpitaux dans le cadre des nouvelles règles de financement hospitalier LAMal



- 27 -

Université de Neuchâtel **unine**

Liberté économique et subventions cantonales

- Argumentation du TF
 - EMS privés sont titulaires de la liberté économique
 - tâches publiques soustraites à la liberté économique mais si l'Etat pose des conditions à l'octroi de subventions cantonales, ces conditions doivent répondre à un intérêt public légitime, être proportionnées et respecter l'égalité de traitement entre établissements subventionnés
 - EMS peut donc contester les conditions mises par le canton à l'octroi de subventions
 - base légale OK
 - intérêt public : s'assurer que les subventions étatiques sont bien affectées aux buts de santé publique poursuivis
 - proportionnalité : rémunérations imposées « *ne paraissent pas, à première vue, si misérables qu'elles devraient entraîner un exode des cadres compétents* »
 - recours rejeté



- 28 -

Université de Neuchâtel **unine**

Prestations LAMal et discrimination

- *ATF 136 / 121*
- Question : admissibilité d'un critère d'âge pour la prise en charge par l'AOS de certaines prestations ?
- Selon OPAS, traitement chirurgical de l'adiposité (pose d'un anneau gastrique) pris en charge par l'AOS si le patient a moins 60 ans
- Patient de 66 ans se voit refuser la prise en charge par sa caisse
- Argumentation du TF pour rejeter le recours du patient :
 - limite d'âge à 60 ans repose sur les conclusions de la "*Conférence de consensus sur le traitement chirurgical de l'obésité en Suisse*".
 - il apparaît que cette limite d'âge « *est justifiée sur le plan de la science médicale* »
 - constitue donc une différence de traitement qui repose sur une justification objective et raisonnable et ne contrevient pas au principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.), respectivement à l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge (art. 8 al. 2 Cst.).

