

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

DROIT AUX SOINS ET RATIONNEMENT

Approche d'une définition des soins nécessaires

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de docteur en droit

PAR

Gabrielle Steffen

Stämpfli Editions SA Berne · 2002

Madame Gabrielle Steffen est autorisée à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée «Droit aux soins et rationnement : Approche d'une définition des soins nécessaires».

Elle assume seule la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 19 décembre 2001

**Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
de l'Université de Neuchâtel**

Ernest Weibel

Le même ouvrage a été publié aux Stämpfli Editions SA Berne comme fascicule 6 de la série

Collection de l'Institut de droit de la santé IDS

© Stämpfli Editions SA Berne · 2002

Réalisation intégrale par Stämpfli SA,
Entreprise d'arts graphiques, Berne

Printed in Switzerland

Remerciements

Mes remerciements vont d'abord à M. le Professeur Olivier Guillood qui a accepté d'être mon directeur de thèse et a stimulé ma réflexion par ses questions et ses nombreux conseils. Sa disponibilité et ses encouragements m'ont aidée à mener à bien cette recherche.

Merci également à Madame la Professeure Henriette D.C. Roscam Abbing et Monsieur le Professeur Pascal Mahon pour leur aide et leurs précieuses remarques.

Ariane Ayer et Isabelle Huot ont eu la gentillesse de relire le texte et ont contribué ainsi à améliorer l'orthographe et la syntaxe du texte, mais aussi à approfondir certaines questions de fond.

Dominique Matthey m'a rendu un grand service en procédant à la mise en page finale du texte.

Quant à Maria Glandorf, je la remercie pour sa patience, son soutien contre vents et marées et nos nombreuses discussions, enrichies par sa vision d'artiste.

La Côte-aux-Fées, janvier 2002

Introduction

Par le présent travail nous cherchons à déterminer l'existence d'un droit aux soins, sa nature et ses limites. L'analyse juridique qui représente le corps de cette recherche est effectuée en trois étapes:

- la détermination de l'existence et de la nature d'un droit constitutionnel aux soins (chap. 3-4, 7), ce qui implique un examen préalable de la nature et des limites des droits fondamentaux concernés (chap. 2);
- la détermination de l'existence, de la nature et de la réalisation concrète d'un droit aux soins par le biais des systèmes de soins (chap. 5-7);
- la recherche des limites d'un droit aux soins par l'examen d'un certain nombre de critères de rationnement (chap. 8-9).

L'étude est principalement axée sur la situation en droit suisse - droit constitutionnel et assurances sociales -, mais une large place est également faite aux réponses constitutionnelles, législatives et institutionnelles apportées aux Pays-Bas (chap. 4 et 6) et au Royaume-Uni (chap. 7). Le droit pénal ne sera que peu évoqué dans ce travail (cette question a été étudiée par Sybille Schürch : "Rationierung in der Medizin als Straftat").

Au fil de l'analyse, une réalité s'est dessinée de plus en plus clairement, notamment en suivant les très nombreuses modifications des systèmes de soins tentées par ces trois pays au cours de ces dernières années: les systèmes de soins et la législation seuls ne pourront pas apporter de solution concrète au déséquilibre croissant entre l'offre et la demande en soins et à la charge financière correspondante. C'est pourquoi une place importante a été réservée à l'étude du principe et des critères de rationnement, afin de vérifier si des réponses pouvaient ainsi être apportées à la problématique traitée ici. Les résultats de cette étude nous ont amené à formuler un critère possible combinant les éléments de rationnement et de décision éclairée du patient.

En arrière-fond de ce travail, il nous semble important de rappeler que le problème des soins est profondément enraciné en nous, dans nos mentalités, dans nos peurs et dans certains mythes qui les accompagnent. C'est pourquoi nous avons choisi de mettre en évidence, dès le début de ce travail, trois mythes qui nous semblent particulièrement tenaces: celui de l'immortalité, celui du parfait bien-être et celui du guérisseur et de les confronter ensuite, sans transition, à la réalité des coûts et des ressources limitées. L'importance

de ces mythes dans notre société actuelle est d'ailleurs particulièrement bien mise en évidence, certes de manière provocatrice, par un courant assez récent développé dans les arts plastiques dont Damien Hirst est un représentant notoire¹.

Sans une reconnaissance de ces mythes et sans une réflexion individuelle approfondie, liée à un véritable débat de société, l'analyse juridique qui forme le corps de ce travail risque de rester une construction intellectuelle à archiver.

¹ Notamment par son oeuvre "The last supper" présentant un agrandissement de 13 emballages de médicaments transformés en substituts d'aliments, mais aussi par une poupée géante dont les organes peuvent être enlevés ("Hymne") ou encore par une installation mettant en évidence la quantité et la nature des déchets hospitaliers ("Waste"). Cf. Damien Hirst: "I want to spend the rest of my life everywhere, with everyone, one to one, always, forever, now", Londres 1997.

On se console comme si l'on
pouvait échapper à la mort.

Emmanuel Levinas

C'est devant la mort qu'on
prend conscience que la vie
aurait pu être quelque chose d'immense.

Maurice Zundel

I think about my own death
every day.
I don't understand
how there can be people who don't do that.

Damien Hirst

Table des matières

1	Des mythes et des chiffres	1
1.1.	Des mythes tenaces	1
1.1.1.	Le mythe de l'immortalité	1
1.1.2.	Le mythe du parfait bien-être	3
1.1.3.	Le mythe du guérisseur	4
1.2.	Des chiffres et des problèmes de financement	5
1.2.1.	Statistiques	5
1.2.2.	Les ressources limitées - réalité et mythe	8
1.3.	Influence des mythes sur les systèmes de soins et sur la solidarité	10
2.	Les droits fondamentaux	13
2.1.	Fondements	13
2.1.1.	Etat social et liberté individuelle	13
2.1.2.	La protection de la dignité humaine	14
2.1.3.	Plusieurs catégories de droits fondamentaux	19
2.2.	Les droits fondamentaux en droit international	22
2.2.1.	La position de la Suisse envers le droit international ...	22
2.2.2.	ONU: la paix des nations	23
2.2.2.1.	<i>La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH)</i>	23
2.2.2.2.	<i>Les Pactes de l'ONU</i>	23
2.2.2.3.	<i>La Convention relative aux droits de l'enfant (CUDE)</i>	25
2.2.2.4.	<i>La Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS)</i>	26
2.2.2.5.	<i>L'Organisation internationale du travail (OIT)</i>	26

2.2.3	Conseil de l'Europe: une union plus étroite.....	27
2.2.3.1	<i>Convention de sauvegarde des droits fondamentaux et des libertés fondamentales (CEDH)</i>	27
2.2.3.2	<i>La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine</i>	28
2.2.3.3	<i>Charte sociale et Code européen de sécurité sociale</i>	30
2.2.4	Droit communautaire: l'intégration par le Marché commun.....	30
2.2.4.1	<i>Augmentation de la prospérité par la libre circulation</i>	30
2.2.4.2	<i>Droits de l'homme</i>	31
2.2.4.3	<i>Droits sociaux</i>	33
2.3	La protection constitutionnelle de la personnalité	33
2.3.1	Une fonction protectrice.....	33
2.3.2	Les atteintes aux droits fondamentaux.....	36
2.3.3	Le droit à la vie.....	37
2.3.3.1	<i>Éléments caractéristiques</i>	37
2.3.3.2	<i>Les limites du droit à la vie</i>	38
2.3.4	Le droit à l'intégrité physique et psychique.....	41
2.3.4.1	<i>Éléments caractéristiques</i>	41
2.3.4.2	<i>Les limites du droit à l'intégrité physique et psychique</i>	41
2.3.5	Le droit à l'autodétermination.....	43
2.3.5.1	<i>Éléments caractéristiques</i>	43
2.3.5.2	<i>Les limites du droit à l'autodétermination</i>	45
2.4	Justice et égalité de traitement	46
2.4.1	Quelques réflexions sur la justice.....	46
2.4.1.1	<i>Introduction</i>	46
2.4.1.2	<i>Idée de rétribution</i>	46
2.4.1.3	<i>Idée d'égalité</i>	48

2.4.2	Le principe de l'égalité de traitement et l'interdiction de discriminer	49
2.4.2.1	<i>Introduction</i>	49
2.4.2.2	<i>L'interdiction de discriminer</i>	50
2.4.2.3	<i>Le principe de l'égalité de traitement</i>	53
2.4.2.4	<i>Egalité de traitement et justice sociale</i>	54
2.4.2.5	<i>L'accès aux prestations de nature étatique</i>	55
2.5	Le droit à des conditions minimales d'existence	57
2.5.1	Historique et éléments caractéristiques.....	57
2.5.2	Noyau intangible.....	59
2.6	Droits sociaux et buts sociaux	60
2.7	Droits et buts sociaux dans les constitutions	63
2.8	Droits sociaux: un bloc et deux piliers	66
3	Santé et soins: quelle protection constitutionnelle?	69
3.1	La santé	69
3.1.1	Quelle définition choisir ?.....	69
3.1.2	Influence de la définition de la santé sur les systèmes de soins.....	73
3.1.3	Santé et Etat.....	73
3.2	Les soins	75
3.2.1	Notion.....	75
3.2.2	La demande de soins.....	76
3.2.3	Le besoin en soins.....	77
3.2.4	L'accès aux soins.....	78
3.2.5	Quels soins?.....	79
3.2.5.1	<i>Introduction</i>	79
3.2.5.2	<i>Les soins nécessaires</i>	79

	3.2.5.2 <i>Les soins essentiels</i>	80
3.3	Protection constitutionnelle	83
	3.3.1 <i>Raison d'être d'une protection constitutionnelle</i>	83
	3.3.2 <i>Droit à la santé ?</i>	83
	3.3.3 <i>Droit aux soins</i>	84
	3.3.4 <i>Droit aux soins essentiels</i>	86
	3.3.5 <i>Droit à l'égalité d'accès aux soins</i>	88
	3.3.5.1 <i>Droit fédéral</i>	88
	3.3.5.2 <i>Dispositions internationales</i>	88
	3.3.6 <i>But social</i>	89
3.4	Garantie de l'accès aux soins au niveau cantonal	90
	3.4.1 <i>Systématique</i>	90
	3.4.2 <i>Droit aux soins et droit d'accès aux soins</i>	90
	3.4.3 <i>Droit aux soins essentiels</i>	91
	3.4.4 <i>Dispositions générales</i>	92
	3.4.5 <i>Aucune disposition</i>	94
	3.4.6 <i>Remarques</i>	94
3.5	Droit aux soins: un bloc et deux piliers	95
4	Un droit constitutionnel aux soins aux Pays-Bas ?	97
4.1	Petite introduction aux droits fondamentaux aux Pays-Bas	97
	4.1.1 <i>Généralités</i>	97
	4.1.2 <i>Les droits fondamentaux classiques</i>	98
	4.1.3 <i>Les droits sociaux</i>	99
	4.1.4 <i>Les restrictions des droits fondamentaux</i>	101
4.2	Le droit communautaire	102
	4.2.1 <i>Généralités</i>	102
	4.2.2 <i>Le règlement 1408/71 et la jurisprudence Kohl et Decker</i>	103

4.2.3	Jurisprudence néerlandaise en matière de soins dans un autre Etat membre.....	106
4.3	Le droit international	108
4.4	Quatre dispositions de la Constitution en particulier	109
4.4.1	L'art. 1 Cst.-NL.....	109
4.4.1.1	<i>Egalité de traitement et interdiction de discriminer</i>	109
4.4.1.2	<i>Egalité d'accès à des prestations de nature étatique</i>	111
4.4.2	L'art. 11 de la Cst.-NL.....	112
4.4.3	L'art. 20 de la Cst.-NL.....	113
4.4.4	L'art. 22 al.1 de la Cst.-NL.....	114
4.5	Un droit constitutionnel aux soins?	115
4.5.1	Droit aux soins ou but social de mise à disposition de soins?	115
4.5.2	Un droit à des soins essentiels?	117
4.5.3	Un droit à l'égalité d'accès aux soins.....	118
4.6	Un bloc, deux piliers	118
5	Les prestations des assureurs sociaux suisses en matière de soins	121
5.1	Caractéristiques du système de soins en Suisse	121
5.1.1	Un système d'assurances sociales	121
5.1.2	De la charité à l'assurance	122
5.1.3	Partage des secteurs d'assurance	123
5.1.4	Cantons et Confédération; un mélange de compétences	124
5.1.5	Solidarité et concurrence: un mariage difficile	127
5.1.5.1	<i>Concurrence boiteuse entre assureurs LAMal</i>	127

	5.1.5.2	<i>Concurrence boiteuse entre fournisseurs de soins selon la LAMal</i>	128
	5.1.5.3	<i>LAA: quasi-monopole d'un assureur</i>	129
5.2		LAMal et LAA: principales caractéristiques, points communs et différences	130
	5.2.1	Personnes assurées	130
	5.2.2	Soins et capacité de travail	131
	5.2.3	Prestations en nature ou remboursement	132
	5.2.4	Financement	132
	5.2.5	De la prévention à la réadaptation	133
	5.2.6	Pourquoi deux assurances ?	134
5.3		Les prestations de soins	135
	5.3.1	Prestations prises en charge par la LAMal	135
	5.3.1.1	<i>La réalisation d'un risque assuré</i>	135
	5.3.1.2	<i>Le principe de liste</i>	136
	5.3.1.3	<i>L'art. 32 LAMal</i>	139
	5.3.1.4	<i>Le choix du traitement</i>	140
	5.3.2	Prestations prises en charge par la LAA	141
	5.3.2.1	<i>La réalisation du risque assuré</i>	141
	5.3.2.2	<i>Liste des maladies professionnelles</i>	143
	5.3.2.3	<i>Droit à un traitement approprié</i>	143
	5.3.2.4	<i>L'art. 54 LAA</i>	144
	5.3.2.5	<i>Le choix du traitement</i>	145
5.4		Contrôle des coûts sur le plan microscopique	147
	5.4.1	LAA et LAMal: mêmes mesures?	147
	5.4.2	Efficacité	147
	5.4.2.1	<i>Explication du terme</i>	147
	5.4.2.2	<i>Evidence based medicine (EBM)</i>	148
	5.4.2.3	<i>Guidelines</i>	150
	5.4.2.4	<i>EBM et guidelines: conditions à la notion d'efficacité?</i>	151

5.4.3	Caractère approprié des prestations	151
5.4.4	Caractère économique des prestations	153
5.4.4.1	<i>Évaluation des prestations en vue de leur reconnaissance</i>	153
5.4.4.2	<i>Choix entre plusieurs traitements dans le cas concret</i>	153
5.4.4.3	<i>L'impact du principe de la proportionnalité...</i>	156
5.4.4.4	<i>Lutte contre la polypragmasie</i>	157
5.5	Mesures de contrôle des coûts sur le plan macroscopique.	158
5.5.1	Planification sanitaire.....	158
5.5.2	Tarifs et budgets globaux	159
5.5.3	Mesures extraordinaires de contrôle des coûts	159
5.5.4	Modèles prévoyant une réduction du libre choix de l'assuré.....	160
5.5.5	Effets sur le plan microscopique.....	161
5.6	Lacunes de couverture?	161
5.6.1	Introduction	161
5.6.2	Personnes	162
5.6.3	Prestations	163
5.6.3.1	<i>Exemples</i>	163
5.6.3.2	<i>Psychothérapies</i>	163
5.6.3.3	<i>FIVETE</i>	164
5.6.3.4	<i>Soins dentaires</i>	165
5.6.3.5	<i>Traitement de l'obésité</i>	167
5.6.3.6	<i>Chirurgie cardiaque</i>	167
5.6.3.7	<i>Soins à domicile et placement en EMS - caractère économique</i>	169
5.6.4	Responsabilité individuelle	170
5.6.4.1	<i>Principe de prévention et de diminution du dommage</i>	170
5.6.4.2	<i>Les art. 37 et 39 LAA</i>	171
5.6.4.3	<i>LAMal</i>	172

	5.6.4.4	<i>La toxicomanie</i>	175
	5.6.4.5	<i>Le suicide et l'automutilation</i>	175
	5.6.5	Incertitudes quant au caractère économique d'un traitement	177
	5.7	Un droit aux soins par le biais des assurances sociales?	177
6		Le système de soins aux Pays-Bas	181
	6.1	Principales caractéristiques du système de soins	181
	6.1.1	Un système d'assurance	181
	6.1.2	Historique des assurances de soins aux Pays-Bas	181
	6.1.3	Partage des secteurs d'assurance: trois piliers	185
	6.1.4	Concurrence	186
	6.1.4.1	<i>Entre assureurs</i>	186
	6.1.4.2	<i>Entre fournisseurs de prestations</i>	187
	6.2	Principales caractéristiques du système d'assurances	188
	6.2.1	Distinction en fonction du caractère assurable des soins	188
	6.2.2	Obligation d'assurance	189
	6.2.3	Rôle central du médecin de famille	190
	6.2.4	Financement	191
	6.3	Prestations prises en charge	192
	6.3.1	Prestations en nature et de plein droit	192
	6.3.2	Accès aux fournisseurs de prestations	194
	6.3.3	Pas de liste générale et détaillée de prestations	194
	6.4	Mesures de contrôle des coûts au niveau macroscopique ..	196
	6.4.1	Planification hospitalière	196
	6.4.2	Autorisations et tarifs	197
	6.4.3	Budget pour l'assurance ZFW	197
	6.4.4	Effets de ces mesures sur le plan microscopique	198

	6.4.4.1	Listes d'attente.....	198
	6.4.4.2	Traitement à l'étranger.....	200
6.5		Mesures de contrôle des coûts sur le plan microscopique..	201
	6.5.1	Introduction.....	201
	6.5.2	Le critère médical.....	202
	6.5.3	Le critère économique.....	203
6.6		Lacunes de prise en charge.....	205
	6.6.1	Personnes.....	205
	6.6.2	Prestations.....	206
	6.6.3	Responsabilité individuelle.....	207
6.7		Un droit aux soins par le biais des assurances sociales?	207
7		Les soins au Royaume-Uni.....	209
7.1		Droit constitutionnel.....	209
	7.1.1	Les droits fondamentaux au niveau national.....	209
	7.1.2	Le droit communautaire.....	210
	7.1.3	Le droit international.....	211
	7.1.4	Un droit aux soins?.....	213
	7.1.5	Un droit aux soins essentiels?.....	216
7.2		Principales caractéristiques du système de soins au Royaume Uni.....	217
	7.2.1	L'Etat fournisseur de soins.....	217
	7.2.2	Historique du NHS.....	218
		7.2.2.1 La création du NHS.....	218
		7.2.2.2 Les turbulences.....	218
		7.2.2.3 Le "nouveau NHS".....	220
	7.2.3	Deux secteurs de prise en charge.....	222
7.3		Le NHS.....	223

7.3.1	Législation et organisation	223
7.3.2	Les soins	224
7.3.3	Le médecin généraliste	226
7.3.4	Les hôpitaux	227
7.4	Allocation des ressources	229
7.4.1	Trois niveaux	229
7.4.2	Niveau macro: par le secrétaire d'Etat aux autorités sanitaires	229
7.4.3	Niveau meso: par les autorités sanitaires aux hôpitaux et médecins	231
7.4.4	Niveau micro: par les hôpitaux et médecins aux patients	233
7.4.5	Leçons à tirer	235
7.5	Lacunes de prise en charge?	236
7.5.1	Personnes	236
7.5.2	Prestations	237
7.5.3	Responsabilité individuelle	238
7.6	Un droit aux soins par le biais du NHS?	240
8	Rationnement des soins : un tabou à lever?	243
8.1	Introduction	243
8.2	Explication du terme	244
8.2.1	Tentative de définition	244
8.2.2	Rationnement et allocation de ressources	246
8.2.3	Rationnement et refus individuel de soins	247
8.2.4	Rationnement et rationalisation	247
8.2.5	Rationnement, fixation de priorités et triage	248
8.3	Critères de rationnement	249
8.3.1	Raison d'être et choix des critères	249

8.3.2	Critères médicaux.....	250
8.4	Deux exemples de rationnement dans d'autres pays.....	252
8.4.1	Critères relatifs au diagnostic et au traitement: l'Oregon.....	252
8.4.2	Critères relatifs au patient et critères sociaux dans une liste d'attente gérée: la Nouvelle-Zélande.....	253
8.5	Rationnement et protection constitutionnelle de la personnalité.....	255
8.5.1	Explications.....	255
8.5.2	Droit à la vie.....	255
8.5.3	Droit à l'intégrité physique et psychique.....	258
8.5.4	Droit à l'autodétermination.....	260
8.5.5	Droit à des conditions minimales d'existence.....	263
8.5.6	Conclusions.....	263
9	Analyse des critères de rationnement.....	265
9.1	Exposé des éléments d'analyse.....	265
9.1.1	Introduction.....	265
9.1.2	Egalité de traitement et interdiction de discriminer.....	266
9.1.3	Assurances sociales - LAMal et LAA.....	269
9.1.4	La difficulté de définir et d'appliquer le critère de rationnement.....	270
9.2	Les critères relatifs au patient.....	271
9.2.1	Critère de l'âge.....	271
9.2.1.1	<i>Explication</i>	271
9.2.1.2	<i>Egalité de traitement et interdiction de discriminer</i>	274
9.2.1.3	<i>Compatibilité avec la LAMal</i>	277
9.2.1.4	<i>Compatibilité avec la LAA</i>	278
9.2.1.5	<i>Difficulté de définir et d'appliquer le critère</i> ..	279

9.2.2	Critères de la qualité de vie	279
9.2.2.1	<i>Explication</i>	279
9.2.2.2	<i>Egalité de traitement et interdiction de discriminer</i>	282
9.2.2.3	<i>Compatibilité LAMal</i>	284
9.2.2.4	<i>Compatibilité LAA</i>	285
9.2.2.5	<i>Difficulté de définir et d'appliquer le critère</i> ..	285
9.2.3	Critère du comportement à risque.....	286
9.2.3.1	<i>Explications</i>	286
9.2.3.2	<i>Egalité de traitement et interdiction de discriminer</i>	288
9.2.3.3	<i>Compatibilité avec la LAMal</i>	290
9.2.3.4	<i>Compatibilité LAA</i>	291
9.2.3.5	<i>Difficulté de définir et d'appliquer le critère</i> ..	291
9.3	Les critères sociaux.....	292
9.3.1	Charge de famille.....	292
9.3.1.1	<i>Explications</i>	292
9.3.1.2	<i>Egalité de traitement et interdiction de discriminer</i>	293
9.3.1.3	<i>Compatibilité avec la LAMal</i>	294
9.3.1.4	<i>Compatibilité avec la LAA</i>	295
9.3.1.5	<i>Difficulté de définir et d'appliquer le critère</i> ..	295
9.3.2	Capacité de travail	296
9.3.2.1	<i>Explications</i>	296
9.3.2.2	<i>Egalité de traitement et interdiction de discriminer</i>	297
9.3.2.3	<i>Compatibilité avec la LAMal</i>	299
9.3.2.4	<i>Compatibilité avec la LAA</i>	300
9.3.2.5	<i>Difficulté de définir et d'appliquer le critère</i> ..	300
9.3.3	Capacité financière	301
9.3.3.1	<i>Explications</i>	301

9.3.3.2	<i>Egalité de traitement et interdiction de discriminer</i>	302
9.3.3.3	<i>Compatibilité LAMal</i>	303
9.3.3.4	<i>Compatibilité LAA</i>	304
9.3.3.5	<i>Difficulté de définir et d'appliquer le critère</i> ..	304
9.4	Les critères relatifs aux prestations	305
9.4.1	Limitation du catalogue des prestations	305
9.4.1.1	<i>Explications</i>	305
9.4.1.2	<i>Egalité de traitement et interdiction de discriminer</i>	306
9.4.1.3	<i>Compatibilité LAMal</i>	307
9.4.1.4	<i>Compatibilité LAA</i>	307
9.4.1.5	<i>Difficulté de définir et d'appliquer le critère</i> ..	308
9.4.2	Listes d'attente	308
9.4.2.1	<i>Explications</i>	308
9.4.2.2	<i>Egalité de traitement et interdiction de discriminer</i>	309
9.4.2.3	<i>Compatibilité LAMal</i>	310
9.4.2.4	<i>Compatibilité LAA</i>	310
9.4.2.5	<i>Difficulté de définir et d'appliquer le critère</i> ..	311
9.4.3	Gatekeeper	311
9.4.3.1	<i>Explications</i>	311
9.4.3.2	<i>Egalité de traitement et interdiction de discriminer</i>	312
9.4.3.3	<i>Compatibilité avec la LAMal</i>	312
9.4.3.4	<i>Compatibilité avec la LAA</i>	312
9.4.3.5	<i>Difficulté de définir et d'appliquer le critère</i> ..	313
9.5	Résumé	313
9.6	Les filtres	315
9.6.1	Le rôle et le choix des filtres	315
9.6.2	Un filtre éthique	315

9.6.2.1	<i>Introduction</i>	315
9.6.2.2	<i>Altérité singulière (Lévinas)</i>	316
9.6.2.3	<i>Utilitarisme</i>	317
9.6.3	Le filtre de l'efficience.....	320
9.7	Proposition : critère de la qualité de vie pondérée	320
9.7.1	Explications.....	320
9.7.2	Les personnes incapables de discernement.....	322
9.7.3	Egalité de traitement et interdiction de discriminer.....	323
9.7.4	Compatibilité avec la LAMal.....	324
9.7.5	Compatibilité avec la LAA.....	324
9.7.6	Difficulté de définir et d'appliquer le critère.....	325
9.7.7	Les deux filtres.....	325
9.7.8	Evaluation du critère.....	326
9.8	Conclusions	327
10	Information	329
10.1	La démystification	329
10.2	Mesures de l'opinion de la population	330
10.3	Information donnée à la population	332
10.3.1	Information par les autorités.....	332
10.3.1.1	<i>Nécessité</i>	332
10.3.1.2	<i>Contenu de l'information</i>	334
10.3.2	Information médicale sur Internet.....	335
10.4	L'information dans la relation médecin - patient	337
10.4.1	Principes.....	337
10.4.2	Contenu général du devoir d'information du médecin.....	338
10.4.3	Information et contexte économique.....	339

10.5 Conclusion	340
11 Thèses	341
12 Thesen	345

Bibliographie

- AARON H. /
SCHWARTZ W.B Rationing Health Care: The Choice Before
Us, Science, vol. 24, 1990, pp 418 ss
- ABRAHAM GEORGES /
VLATKOVIC DEJAN Douleur et plaisir - maladie et santé une
perception subjective, Georg Editeur SA,
Genève 1995
- AKKERMANN P. W. C. /
KOEKKOEK A. K. De Grondwet, 2ème éd., W. E. J. Tjeenk
Willink, Zwolle 1992
- ATTIAS CHRISTIAN Rapport entre éthique et droit, in:
"Bioéthique: de l'éthique au droit, du droit à
l'éthique", Schulthess Polygraphischer
Verlag, Zurich 1997, pp 217 ss
- ATTFIELD ROBIN The global distribution of health care
resources, Journal of Medical Ethics 1990, pp
153 ss
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS La révision totale de la Constitution
neuchâteloise, RJN 1998, pp 13 ss

Un droit social encadré, RDS 1991 I, pp 157
ss

Un droit constitutionnel aux soins ?, Journées
de droit de la santé, Neuchâtel, 1996

Traité de droit constitutionnel suisse, vol. II,
Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel 1967

Traité de droit constitutionnel suisse,
supplément 1967-1982, Ed. Ides et Calendes,
Neuchâtel 1982
- AUER ANDREAS Le droit à des conditions minimales
d'existence: un nouveau droit social?, in:

-
- "Problèmes actuels de droit économique",
Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1997
- AUER ANDREAS /
MALINVERNI GIORGIO /
HOTTELIER MICHEL
- Droit constitutionnel suisse volume II - Les
droits fondamentaux, Stämpfli, Berne 2000
- AYER ARIANE
- Droit international de l'environnement,
Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2000
- AYER ARIANE /
DESPLAND BÉATRICE /
SPRUMONT DOMINIQUE
- Analyse des effets juridiques de la LAMal:
Catalogue des prestations et procédures,
OFAS Projet-No. E97/004, Berne, septembre
2000
- BADINT MICHAEL
- Le médecin, son malade et la maladie,
Bibliothèque scientifique Payot, Lausanne
1988
- BAERTSCHI BERNARD
- Le prix de la santé et le coût des soins:
Rationnement, santé publique et justice,
Médecine & Hygiène 1999, pp 1464 ss
- BAUMANN-HÖLZLE RUTH
- Moderne Medizin: Chance und Bedrohung,
Peter Lang, Berne 2001
- Rationierung im Gesundheitswesen, Bulletin
des médecins suisses 1999, p. 2637
- BARENDT ERIC
- An Introduction to Constitutional Law,
Oxford University Press, Oxford 1998
- BEAUCHAMPS TOM L. /
CHILDRESS JAMES F.
- Principles of Biomedical Ethics, 4th ed.
Oxford University Press, New York 1994
- BÉGUIN MARIE-LAURE
- Les réseaux de santé, Cahier IDS no 8,
Neuchâtel 1999
- BEIGBEDER YVES
- L'Organisation Mondiale de la Santé, Presses
universitaires de France, Paris 1995

-
- BELEN ALVAREZ ANA Formen der Rationierung im
Gesundheitswesen und ihre Beurteilung, St.
Gallen 1999
- BERG VAN DEN J. C.
& AUTRES Schematisch overzicht van de Sociale
verzekeringswetten" Kluwer, Deventer 1999
- BERNANOS GEORGES Dialogue des carmélites, coll. La Pléiade
(Plan, Seuil, Gallimard, Paris 1961), pp 1563
ss
- BESSON SAMANTHA L'égalité horizontale: l'égalité de traitement
entre particuliers, éd. universitaires, Fribourg
1999
- BIGLER EGGENBERGER
MARGRITH: Nachgeführte Verfassung: Sozialziele und
Sozialrechte, in: "Der Verfassungsstaat vor
neuen Herausforderungen", Festschrift für
Yvo Hangartner, St. Gallen / Lachen, 1998,
pp 497 ss
- BLACK DOUGLAS Paying for health, Journal of Medical Ethics,
1991, pp 117 ss
- BODENHEIMER THOMAS The Oregon Health Plan - Lessons for the
Nation, BMJ 1997; 337, pp 651 ss, 720 ss
- BOLZ URS "Materialien und Kommentare", in:
"Handbuch des bernischen
Verfassungsrechts", Haupt / Stämpfli, Berne,
1995, pp 223 ss
- BORELLA ALDO L'affiliation à l'assurance-maladie sociale
suisse, avec des éléments de droit européen,
IRAL, Lausanne 1993
- BORGHİ MARCO L'effectivité sociale de la CEDH, in "Aspects
du droit européen", éd. universitaires,
Fribourg 1993, pp 71 ss
- L'image de la mort en droit public, in:
"L'image de l'homme en droit", éd.
universitaires, Fribourg 1990, pp 27 ss

-
- BORST-EILERS E. Leeftijd als criterium, in "Grenzen aan de zorg ; zorgen aan de grens" Liber Amicorum voor Prof. dr H.J.J. Leenen, Samson, Alphen aan den Rijn 1990, pp 66 ss
- BOYD K. M. The Ethics of Resource Allocation in Health Care , Edinburgh University Press, Edinburgh 1979
- BRUNNER HANS HEINRICH Formes de rationnement des prestations médicales, Bulletin des médecins suisses 1997, pp 609 ss
- BUIJSEN M.A.J.M. Richisnocren voor artsen: hun toepassing in de rechtspraak, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2000, pp 19 ss
- BURNAND BERNARD Les recommandations pour la pratique clinique (guidelines), in: "Les recommandations de pratique clinique", Cahier IDS no 7, Neuchâtel 1999, pp 7 ss
- CALLAHAN DANIEL False Hopes, Simon & Schuster, New York 1998
- Setting Limits: Medical Goals in an Ageing Society, Simon & Schuster, New York 1987
- CALMAN K. C. "Ethical Implications of Terminal Care", in : "Medicine, Ethics and the Law", Stevens & Sons Ltd, London 1988
- CAMENZIND PAUL /
KÄNZIG HERBERT Statistique de l'assurance-maladie en 1997, Sécurité sociale 1999, pp 29 ss
- CAMUS ALBERT La peste, coll. folio (éd. Gallimard, Paris 1947)
- Le mythe de Sisyphe, éd. Gallimard, Paris 1942
- CAULFIELD TIMOTHY Oregon's Health Care Plan: An Answer for Canada?, in: "Efficiency vs Equality Health

-
- Reform in Canada", Fernwood Publishing, Halifax 1996, pp 27 ss
- COHEN JOSHUA Preferences, needs and QALYs, *Journal of Medical Ethics*, 1996, pp 267 ss
- CONTANDRIOPOULOS
ANDRÉ-PIERRE Pourquoi est-il si difficile de faire ce qui est souhaitable? Quelques idées sur la transformation des systèmes de santé, conférence "Le managed care et les NOPS", Lausanne 1999
- COULLERY PASCAL Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im Gesundheitswesen, *AJP* 2001, pp 632 ss
- CRAIG PAUL /
DE BÜRCA GRÁINNE EC Law - Text, Cases & Materials, Clarendon Press, Oxford 1995
- CUBBON JOHN The principle of QALY maximisation as the basis for allocating health care resources, *Journal of Medical Ethics*, 1991, pp 181 ss
- DARBYSHIRE PENNY Eddey on the English legal system, Sweet & Maxwell, Londres 1996
- DESCHENAUX FRANÇOIS-X. Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie, en particulier en ce qui concerne le médecin, in: "Le droit des assurances sociales en mutation", Mélanges pour le 75ème anniversaire du Tribunal fédéral des assurances sociales, Stämpfli, Berne 1992, pp 527 ss
- DIXON JENNIFER /
NEW BILL Setting priorities New Zealand-style, *BMJ* 1997; 314, p. 86
- DOMENIGHETTI GIANFRANCO Equité, priorités sanitaires et société civile, in Colloque "Santé publique et éthique universelle", Annecy 1998, pp 143 ss

Marché de la santé: Ignorance ou adéquatation?, Editions Réalités sociales, Lausanne 1994

Incertitude médicale: justification éthique de la demande induite, Journal d'économie médicale 1995, pp 353 ss

DOMENIGHETTI GIANFRANCO /
MAGGI JENNY

Définition des priorités sanitaires et rationnement, Cahiers de recherche économique HEC, Lausanne 2000

DOMMERS JOHANNES

An introduction to European Union health law, European Journal of Health Law, no 4, 1997, pp 19 ss

DOUGHERTY CHARLES J.

Setting Health Care Priorities - Oregon's Next Steps, Hastings Center Report, May-June 1991, pp 1 ss

DUC JEAN-LOUIS

Commentaire de l'ATF non publié K 37/00, AJP 2001, pp 453 ss

La faute, les dangers extraordinaires et les entreprises téméraires dans la LAMal, SZS 2000, pp 80 ss

Médecine parallèle et assurances sociales, in: "LAMal - KVG: recueil de travaux en l'honneur de la société suisse des assurances", IRAL, Lausanne 1997, pp 150 ss

Les assurances sociales en Suisse: survol de l'assurance-maladie, de l'assurance-accidents, de l'AVS, de l'assurance-invalidité, du régime des prestations complémentaires à l'AVS/AI ainsi que de la prévoyance professionnelle, IRAL, Lausanne 1995

A propos de solidarité dans l'assurance-maladi", Revue économique et sociale, 1989, no 4, pp 199 ss

-
- Le droit médical de la LAMA, SZS 1992, pp 129 ss
- DUC JEAN-LOUIS / GREBER
PIERRE-YVES La portée de l'article 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale, RDS 1992, pp 474 ss
- DUDLER JEAN Evidence-based medicine - homéopathie et rhumatologie, Médecine & Hygiène 2000, pp 657 ss
- DUJMOVITS ELISABETH Die EU-Grundrechtscharta und das Medizinrecht, Recht der Medizin 2001, pp 72 ss
- DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS/
GUILLOD OLIVIER / MÉROZ
JEAN-CHRISTOPHE L'impact d'une adhésion suisse à l'Union européenne sur le droit de la santé, in : "L'adhésion de la Suisse à l'Union européenne – enjeux et conséquences", Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1998, pp 925 ss
- ÉTAT DE VAUD Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur le postulat Paul-Arthur Treyvaud demandant de clarifier les principes de la distribution généralisée des soins et de la lutte contre le rationnement des soins ainsi que de l'opportunité de légiférer en la matière, Lausanne février 2001, 240 (R. 61/100)
- EUGSTER GEBHARD Le principe de l'économicité dans la LAMal, Aspects de la sécurité sociale 1997, pp 26 ss
"Krankenversicherung", in: "Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht", Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1998, pp 1 ss
- EVANS GRIMLEY The rationing debate: Rationing health care by age: The case against, BMJ 1997; 314, pp 822 ss.

-
- "La sagesse de l'amour", Gallimard, Paris 1984
- FISCHER JOSCHKA Für einen neuen Gesellschaftsvertrag, Droemersch Verlaganstalt Th. Knaur Nachf., Munich 2000
- FLECK LEONARD M. Just caring: Oregon, health care rationing, and informed democratic deliberation, *The Journal of Medicine and Philosophy* 1994, pp 367 ss
- FLEINER-GERSTER THOMAS Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Springer, Heidelberg 1995
- Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, unter Mitarbeit von Josef Zurkirchen, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1980
- Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 1987, pp 152 ss
- FMH Code de déontologie, Bulletin des médecins suisses 1997, pp 384 ss
- FOLSCHIED DOMINIQUE / WUNENBURGER J. -J. La finalité de l'action médicale, in: "Philosophie, éthique et droit de la médecine", Presses universitaires de France, Paris 1997, pp 139 ss
- FRANCE GEORGE The Changing Nature of the Right to Health Care in Italy, in "The Right to Health Care in Several European Countries", Kluwer Law International, The Hague 1999, pp 39 ss
- FREEMAN M. D. A. Introduction: Legal and Philosophical Frameworks for Medical Decision-Making, in: "Medicine, Ethics and the Law", Stevens & Sons Ltd, London 1988, pp 1 ss

-
- FRÉSARD JEAN-MAURICE L'assurance-accidents obligatoire, in:
"Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht",
Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1998, pp 1 ss
- FURRER ALFONS Entstehung und Entwicklung der
schweizerischen Sozialversicherung,
Buchdruckerei Lustenau 1952
- GESUNDHEITSKOMMISSION
DES GROSSEN RATES (BS) Rationierung im Gesundheitswesen?, Bâle
2000
- GEVERS J.K.M. Het recht op gezondheidszorg bij beperkte
beschikbaarheid van voorzieningen, in:
"Wetgeving gezondheidszorg in perspectief",
Kluwer, Deventer 1989, pp 71 ss
- GEVERS J.K.M./
BIEZAART M.C.I.H Medische beslissingen, kostenoverwegingen
en richtlijnen voor medisch handelen;
kanttekeningen vanuit het recht, Nederlandse
Tijdschrift voor Geneeskunde 1999, 143, pp
2629 ss
- GIDDENS ANTHONY The Third Way - The Renewal of Social
Democracy, Polity Press, Cambridge 1998
- GILLIAND PIERRE La protection sociale en Suisse et son
financement, Aspects de la sécurité sociale
1997, pp 20 ss
- Le rapport Gilliland sur le système de santé
genevois", les cahiers de la santé, Genève
1996
- GILLIAND PIERRE /
ROSSINI STÉPHANE Le budget social de la Suisse, Réalités
sociales, Lausanne 1995
- GREBER PIERRE-YVES La garantie des soins médicaux dans le cadre
de la sécurité sociale, in : "Assurance-
maladie : quelle révision ?", Réalités sociales,
Lausanne 1989, pp 77 ss.

-
- Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale, Réalités sociales, Lausanne 1984
- Droit suisse de la sécurité sociale, Réalités sociales, Lausanne 1982
- GRISEL ANDRÉ Egalité, Stämpfli, Berne 2000
- Traité de droit administratif, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel 1984
- Les droits sociaux, RDS 1973 II, pp 3 ss
- DE GROOT G. R. J. Tarieven in de Gezondheidszorg, Kluwer, Deventer 1998
- Wachlijsten in de gezondheidszorg, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1996, pp 58 ss
- GROSS JOST Die persönliche Freiheit des Patienten, Stämpfli, Berne 1977
- GUILLOD OLIVIER Le droit médical: quelques (r)évolutions récentes, in "Médecin et droit médical", Editions Médecine & Hygiène, Chêne-Bourg 1998, pp 21 ss
- Le consentement éclairé : de la théorie à la pratique, in Colloque "Le consentement éclairé du patient : comment briser le mur du silence ?", Institut universitaire Kurt Bösch, Sion 1993
- Brèves réflexions sur l'assurance-maladie et les communautés européennes, in: "Assurance-maladie – quelle révision ?", Réalités sociales, Lausanne 1989
- Le consentement éclairé du patient, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel 1986
- GUILLOD OLIVIER /
SPRUMONT DOMINIQUE Le droit à la santé : un droit en émergence, in : "Etudes en l'honneur de Jean-François

-
- Aubert", Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1996, pp 337 ss
- GUILLOD OLIVIER /
ZENGER ANDREAS Droit de la santé, in "Médecine sociale et préventive – santé publique", Ed. Hans Huber, Berne 1996, pp 161 ss
- GURTNER FÉLIX Réflexions de principe sur le financement des mesures médicalement coûteuses, Sécurité sociale 2000, pp 197 ss
- HADORN D.C / HOLMES A.C The New Zealand priority criteria project, BMJ 1997; 314, pp 131 ss
- HÄFELIN URS /
HALLER WALTHER Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5^{ème} éd., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 2001
- HALLER WALTHER Persönliche Freiheit, in : "Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874", Helbing & Lichtenhahn, Bâle / Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich / Stämpfli, Berne 1987
- HAM CHRIS New Labour and the NHS, BMJ 1999, 318, p. 1092
- Retracing the Oregon trail: the experience of rationing and the Oregon Health Plan, BMJ 1998; 316, pp 1965 ss
- HAM CHRIS / PICKARD SUSAN Tragic Choices in Health Care - The case of Child B, King's Fund, London 1998
- HAMILTON-VAN HEST G.C.J.M Decker en Kohl voorbij, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2000, p. 345
- Zorgmonopolies - wat blijft er nog te kiezen?, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1999

-
- Just geprijsd? Jurisprudentieoverzicht Wet tarieven gezondheidszorg 1982 - 1998, Bohn Stafleu Van Loghum, Houten 1999
- Changes in the Health Insurance System in the Netherlands, *European Journal of Health Law*, no 3, 1996, pp 359 ss
- HANGARTNER YVO Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, *Schulthess Juristische Medien AG, Zurich* 2000
- HANNIKA HEINRICH Europäische Gesundheitspolitik, *MedR* 5/1998, p. 195
- HARRIS JOHN QALYfying the value of life, *Journal of Medical Ethics* 1987, pp 117 ss
- Unprincipled QALYs : a response to Cubbon, *Journal of Medical Ethics*, 1991, pp 185 ss
- HARTLEY T. C. The Foundations of European Community Law, 3^{ème} édition, Clarendon Press, Oxford 1994
- DEN HARTOGH GOVERT Leeftijdscriminatie, bestaat dat? Over de leeftijdsgrenzen in de gezondheidszorg, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1994, pp 134 ss
- HENDRIKS AART Een juridische beschouwing over de (on)toelaatbaarheid van kosten-effectiviteitsanalyses in de gezondheidszorg, in: "Wanneer is het leven te kostbaar?", Boom, Amsterdam 2000, pp 67 ss
- The Right to Health in National and International Jurisprudence, *European Journal of Health Law* 1998, pp 389 ss
- Towards a universal definition of the right to health, *Medicine and Law*, vol. 17, no 3, 1998, pp 319 ss

-
- Discriminatie in de gezondheidszorg : een
reële zorg ? Tijdschrift voor
Gezondheidsrecht 1993, pp 256 ss
- HERMANS H. E. G. M. /
FRANCE G Beperkingen aan het recht op
gezondheidszorg : realisering zorgaanspraken
in Nederland en Italië, Sociaal Recht 1998,
pp 47 ss
- HOBBS THOMAS Leviathan, Hackett Publishing Company,
Indianapolis 1994
- HONSELL HEINRICH (HRSGB.) Handbuch des Arztrechts, Schulthess
Polygraphischer Verlag, Zürich 1994
- HORTON RICHARD Health and the UK Human Rights Act 1998,
The Lancet 2000, pp 1186 ss
- JANKÉLÉVITCH VLADIMIR: Penser la mort ?, éd. Liana Levi, Paris 1994
- JANSEN M. / DE VREE J. K. The ordeal of unity - The politics of
European integration since 1945, 2^{ème} éd.
Prime Press, Bilthoven 1988
- KAHIL-WOLFF BETTINA L'accord sur la libre circulation des personnes
Suisse-CE et le droit des assurances sociales,
SJ 2001, pp 81 ss
- KAHLKE WINFRIED /
STELLA REITER THEIL Ethik in der Medizin, Ferdinand Enke Verlag,
Stuttgart 1995
- KÄLIN WALTER Grundrechte im Kulturkonflikt - Freiheit und
Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft,
NZZ - Verlag, Zurich 2000
- KATZ JAY Le consentement éclairé doit-il rester un
conte de fées ?, in Colloque "Le
consentement éclairé du patient : comment
briser le mur du silence ?", Institut
universitaire Kurt Bösch, Sion 1993
- KELSEN HANS Théorie pure du droit, 2^{ème} éd., éd. de la
Bacornière, Neuchâtel 1988

-
- KEMENADE VAN Y. W. Health Care in Europe 1997, Elsevier / De Tijdstroom, Maarssen 1997
- KERRIDGE IAN /
LOWE MICHAEL /
HENRY DAVID Ethics and evidence based medicine", BMJ 1998; 316, pp 1151 ss
- KIRBY MICHAEL The Right to Health Fifty Years On : Still Skeptical ?, Health and Human Rights 1999, pp 7 ss
- KLAZINGA NIEK /
VAN EVERDINGEN JANNES Waarom discrimineren naar leeftijd geen discriminatie hoeft in te houden, in: "Wanneer is het leven te kostbaar?", Boom, Amsterdam 2000, pp 27 ss
- KORTMANN C.A.J.M Constitutioneel recht, 3^{de} éd. Kluwer, Deventer 1997
- KORTMANN C.A.J.M /
ACKERMANNNS-WIJN J.C.E /
FLEUREN J.W.A /
VAN DER NAT M.N.H Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden - Tekst & comentaar, Kluwer, Deventer 1998
- LEENEN HENK J.J. Het patiëntenperspectief aan het begin van de 21^e eeuw Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2001, pp 2 ss
- Volksgezondheid in het perspectief van de burger, Wetenschappelijk Bureau D66, 's-Gravenhage 2000
- The Right to Health Care and its Realisation in the Netherlands, in "The Right to Health Care in Several European Countries", Kluwer Law International, The Hague 1999, pp 31 ss
- Health law in the Twenty-first Century, European Journal of Health Law 1998, pp 344 ss.

-
- Recht op gezondheidszorg, overheid en stelsel van ziektekostenverzekering, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1995, pp 396 ss
- Handboek Gezondheidsrecht, deel 1 "Rechten van de mensen in de gezondheidszorg", Samson H. D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1994
- De verdeling van de schaarse middelen in de gezondheidszorg, Nederlandse Tijdschrift Geneeskunde 1991, pp 904 ss
- Selectie van patiënten ; een onoplosbaar dilemma, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1987, pp179 ss
- Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1984, pp 53 ss
- Selectie van patiënten bij schaarse medische mogelijkheden, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1980, pp 243 ss
- LEENEN H. J. J. /
GEVERS J.K.M. Gezondheidsrecht voor opleidingen in de gezondheids- en welzijnszorg, 4^{ème} éd., Bohn Stafleu Van Loghum, Houten 1996
- LEGEMAATE J. Evaluatie van wetgeving in de gezondheidszorg, Sociaal Recht 1997, pp 251 ss
- LEIGH IAN /
LUSTGARTEN LAURENCE Making Rights Real: the Courts, Remedies and the Human Rights Act, Cambridge Law Journal 1999, pp 509 ss.
- LÉVINAS EMMANUEL Ethique et infini, livre de poche (librairie Arthème Fayard et Radio-France, Paris 1982)

-
- Totalité et infini, livre de poche (Martinus Nijhoff, La Haye 1971)
- Liberté et commandement, livre de poche (Fata Morgana, Montpellier 1994)
- Le Temps et l'Autre (Fata Morgana, Montpellier 1979)
- La Mort et le Temps, livre de poche (éd. de l'Heme, 1991)
- LOCKE JOHN Two Treatises of Government - Second Treatise, Cambridge University Press, Cambridge 1999
- LOEWY ERIC H. Textbook of Healthcare Ethics, Plenum Press, New York 1996
- MAHON PASCAL L'information par les autorités, RDS 1999 II, pp 199 ss
- Droits sociaux et réforme de la Constitution, in "Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert", Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1996, pp 385 ss
- MAHON PASCAL /
MÜLLER CHRISTOPH La dimension sociale dans la Constitution fédérale, aujourd'hui et demain, Fédération suisse des employés d'assurances sociales, 4 / 1998, pp 25 ss
- MALRAUX ANDRÉ La condition humaine, La Pléiade, éd. Bernard Grasset et éd. Gallimard, Paris 1976, pp 313 ss
- MANT DAVID Can randomised trials inform clinical decisions about individual patients ?, The Lancet, 1999, pp 743 ss
- MARTIN JEAN L'évolution de la médecine et les droits et devoirs des personnes et de la société, Bulletin des médecins suisses 2001, pp 120 ss

-
- MASCHETTA CLAUDE Le Conseil de l'Europe et la cohésion sociale,
Sécurité sociale 2/1999, pp 103 ss
- MASON JOHN K. /
MACCALL SMITH R. A. Law and medical ethics, 4th ed. Butterworths,
1994
- MASTRONARDI PHILIPPE A. Menschenwürde als materielle "Grundnorm"
des Rechtsstaates?, in: "Verfassungsrecht der
Schweiz", Schulthess Juristische Medien AG,
Zurich 2001, pp 233 ss.
- Der Verfassungsgrundsatz der
Menschenwürde in der Schweiz - ein Beitrag
zu Theorie und Praxis der Grundrechte,
Duncker & Humblot, Berlin 1978
- MATHIEU BERTRAND Die ethischen normen und das Recht:
Legitimation durch die "Weisen" und
demokratische Legitimation, in "Ethik und
Medizin - Was leistet die Kodifizierung von
Ethik?", Wallstein Verlag, Wallstein 1997, pp
221 ss
- MATTEI JEAN-FRANÇOIS La révolution antique: d'Alcméon à Galien,
in: "Philosophie, éthique et droit de la
médecine", Presses universitaires de France,
Paris 1997
- MAURER ALFRED Das neue Krankenversicherungsrecht,
Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1996
- Schweizerisches Privatversicherungsrecht,
3^{ème} éd., Stämpfli, Berne 1995
- Bundessozialversicherungsrecht, Helbing &
Lichtenhahn, Bâle 1994
- Schweizerisches Unfallversicherungsrecht,
2^{ème} éd., Stämpfli, Berne 1989
- Schweizerisches Sozialversicherungsrecht,
tome I, 2^{ème} éd., 1983, tome II, 2^{ème} éd.,
Stämpfli, Berne 1981

-
- MCELDOWNEY JOHN F. Public Law, 2^{ème} éd., Sweet & Maxwell, London 1998
- MCLACHLAN HUGH V. Smokers, virgins equity and health care costs, *Journal of medical ethics* 1995, pp 209 ss
- MCLEAN SHEILA A.M. A UK Perspective on Health Care Constraints, in "The Right to Health Care in Several European Countries", Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp 57 ss
- MEIER RENÉ Sécurité sociale et solidarité, *Sécurité sociale* 1999, pp 60 ss.
- MESSAGE DU CONSEIL FÉDÉRAL
Relatif à une nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1ss
Concernant la révision de l'assurance-maladie, du 6 novembre 1991, FF 1992 I 79 ss
- METTLER CHRISTOPH / BANGERTER SIMON
Commentaire de l'ATF 126 II 377, AJP 2001, pp 588 ss
- MEULEMANS E. W.M. Zorgaanspraken en wachtlijsten, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2000, pp 137 ss
- MEYER - BISCH PATRICE
L'écoéthique - Interférence entre logiques économiques et logiques des droits de l'homme, in "Ethique économique et droits de l'homme - la responsabilité commune", Editions universitaires, Fribourg 1998
Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux, Stämpfli, Berne 1993
- MEYER-BLASER ULRICH
Die Bedeutung von Art.4 BV für das Sozialversicherungsrecht, ZSR 1992 II pp 299 ss
Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, ASR, Heft 494, Stämpfli, Berne 1985

MÜLLER GEORG

Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, article 4, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich/Stämpfli, Berne, 1995

MÜLLER JÖRG PAUL

Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: "Verfassungsrecht der Schweiz", Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2001, pp 621 ss

Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung", in: "Die neue Bundesverfassung, Stämpfli, Berne 2000, pp 103 ss

Grundrechte in der Schweiz, Stämpfli, Berne 1999

Grundrechte, in: "Handbuch des bernischen Verfassungsrechts", Haupt / Stämpfli, Berne 1995, pp 29 ss

Introduction aux droits fondamentaux in : "Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874", Helbing & Lichtenhahn, Bâle / Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich / Stämpfli, Berne, 1987

Soziale Grundrechte in der Verfassung ?, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1981

Die Drittwirkung der Grundrechte, ZBl 1978, pp 235 ss

Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, RDS 1971, pp 457 ss

MURER ERWIN

Wohnen, Arbeit, Soziale Sicherheit und Gesundheit, in: "Verfassungsrecht der Schweiz", Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2001, pp 967 ss

-
- Das ältere Unfallopfer soll für sein Alter nicht bestraft werden, SZS 1991, pp 71 ss
- Vom Schutz des Starken im Schwachen oder das Bild des Schwachen im Sozialversicherungsrecht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, éd. universitaires, Fribourg 1990, pp 360 ss
- MURER ERWIN /
STAUFFER H. (HRSGB.) Bundesgesetz über die Unfallversicherung, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1991
- NAABORG RONALD Changer le système de santé aux Pays-Bas : vers la fin des mesures de contrôle des coûts ? in : "Maîtrise des coûts et qualité des soins : les défis du financement des systèmes de santé", Association internationale de la sécurité sociale, Genève 1992, pp 133 ss
- NEW BILL The rationing agenda in the NHS, BMJ 1996, pp 1593 ss
- NEWDICK CHRISTOPHER The NHS in private hands? Regulating private providers of NHS services, in: "Law and Medicine" Oxford University Press, Oxford 2000, pp 1 ss
- The Organisation of Health Care, in: "Principles of Medical Law", Oxford University Press, Oxford 1998, pp 28 ss
- Ressource Allocation in the National Health Service, American Journal of Law & Medicine 1997, pp 291 ss
- Who should we treat ?, Clarendon Press, Oxford 1995
- Patients or Residents ? Long-term Care in The Welfare State, Medical Law Review, no 4, 1996, pp 144 ss
- OFFICE FÉDÉRAL DES

-
- ASSURANCES SOCIALES La santé en Suisse, Editions Payot, Lausanne
1993
- Manuel de standardisation pour l'évaluation
médicale et économique des prestations
médicales, Berne 1998
- OFFICE FÉDÉRAL DE
LA STATISTIQUE Coûts du système de santé – résultats
définitifs 1996, Neuchâtel 1998
- PERRIN GUY Rationalisation et humanisation, deux
objectifs prioritaires pour une réforme de la
sécurité sociale, in : "Emploi et politique
sociale", Réalités sociales, Lausanne 1982
- POLIKOWSKI M./ LAUFFER R./
RENAUD D./ SANTOS-
EGGIMANN B. Analyse des effets de la LAMal: le
"catalogue des prestations" est-il suffisant
pour que tous accèdent à des soins de
qualité?, OFAS, Rapport de recherche no
12/00, Berne 2000
- RAMEIX SUZANNE Fondements philosophiques de l'éthique
médicale, Ellipses, Paris 1996
- RAWLES J. & K. The QALY Argument : A Physician's and A
Philosopher's View, Journal of Medical
Ethics 1990, pp 93 ss
- RAWLS JOHN A Theory of Justice, Oxford University Press,
Oxford 1972
- RENGELINK HENK Leeftijdscriminatie in de gezondheidszorg:
een kwestie van risico's inschatten?, in:
"Wanneer is het leven te kostbaar?", Boom,
Aamsterdam 2000, pp 17 ss
- RHIANNON TUDOR E. Points for pain: waiting list priority scoring
system, BMJ 1999; 318, pp 412 ss
- RHINOW RENÉ Die Bundesverfassung 2000, Helbing &
Lichtenhahn, Bâle 2000

-
- RICHLI PAUL Hoheitliche Leistungspflichten und Leistungsbegrenzungen im Gesundheitswesen als Grundrechtsproblem, RSA 1998, pp 243 ss
- RIEMER-KAFKA GABRIELA Die Pflicht zur Selbstverantwortung, Universitätsverlag, Freiburg 1999
- RIVETT GEOFFREY From Cradle to Grave - Fifty years of the NHS, King's Fund, London 1997
- ROHNER SERAINA Sports extrêmes et assurance-accidents obligatoire, Sécurité sociale 2000, pp 275 ss
- ROSCAM ABBING E. W. Middelentocdeling op macroniveau, in "Grenzen aan de zorg; zorgen aan de grens" Liber Amicorum voor Prof. dr H.J.J. Leenen, Samson, Alphen aan den Rijn 1990, pp 57 ss
- ROSCAM ABBING H. D. C. Commentaire de l'arrêt C-157/99 de la CJCE, RZA 2001, pp 536 ss
- Internet, the Patient and the Right to care for Health, European Journal of Health Law, 2000, pp 221 ss
- Goed verzekeraarschap, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2000, pp 139 ss
- Public Health Insurance and Freedom of Movement within the European Union (Cases Kohl and Decker), European Journal of Health Law no 6, 1999, pp 1 ss
- Richtlijnen voor medisch handelen in gezondheidsrechtelijk perspectief, Nederlandse Tijdschrift voor Geneeskunde 1998, 142, pp 2480 ss
- Hoe toegankelijk blijft de gezondheidszorg ?, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1998, p. 261
- Recht op gezondheidszorg en verzekeringsstelsel : bereidheid tot

verandering ?, Tijdschrift voor
Gezondheidsrecht 1997, pp 317 ss

Goed verzekeraarschap en wettelijke
ziektelastenverzekeringen, RZA 1997, pp 52
ss

Ziektekosten, zorg en verantwoordelijkheid
van de overheid, in Idee, Tijdschrift van het
wetenschappelijk bureau van D66, 1997, pp 1
ss

De patiënt en recht op kwaliteit van zorg :
voldoet het kwaliteitsbeleid ?, Tijdschrift
voor Gezondheidsrecht 1996, pp 205 ss

Toegankelijkheid gezondheidszorg, in:
"Gezondheidsbeleid in Europa", Bohn Stafleu
van Loghum, Houten 1995, pp 165 ss

Public Health in the Treaty of Amsterdam,
European Journal of Health Law, 1998, pp
171 ss

Recht op gezondheidszorg : een beschouwing
over grenzen aan het stellen van grenzen, in
"Grenzen aan de zorg; zorgen aan de grens"
Liber Amicorum voor Prof. dr H.J.J. Leenen,
Samson, Alphen aan den Rijn 1990, pp 84 ss

International organizations in Europe and the
right to health care, Kluwer, Amsterdam
1979

Rechten van de mens, Tijdschrift voor
Gezondheidsrecht 1977, pp 128 ss

ROSCAM ABBING H. D. C /
HAMILTON-VAN HEST G.C.J.M
MARKENSTEIN L. F.

De rechtspositie van de verzekerde in het
nederlandse ziektekostenverzekeringssystem
- een analyse op hoofdlijnen, Molengraaf
Instituut voor Privaatrecht, Universiteit
Utrecht, 1995

-
- ROUSSEAU JEAN-JACQUES Le contrat social, Garnier-Flammarion, Paris 1966
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA Die Leistungskürzung oder –verweigerung gemäss Art. 37-39 UVG", Universitätsverlag, Freiburg, 1993
- SACKETT D.L./
ROSENBERG W.M.C./
GRAY J.A.M./HARNES R.B./
RICHARDSON W.S. Evidence based medicine: what it is and what it isn't, BMJ 1996; 312, pp 71 ss
- SALADIN PETER Grundrechte im Wandel, 3^{ème} éd., Berne 1982
Die Kunst der Verfassungserneuerung, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1998
- SALADIN PETER /
AUBERT MARTIN Sozialverfassung, in: "Handbuch des bernerischen Verfassungsrechts", Haupt / Stämpfli, Berne 1995, pp 95 ss
- SARTRE JEAN-PAUL Les mains sales, coll. folio, Gallimard, Paris 1948
L'existentialisme est un humanisme, éd. Nagel, Paris 1963
- SCHIPS BERND Wäre die beschränkung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung auf (definierte) Grossrisiken ein möglicher Beitrag zur Kostensenkung im Gesundheitswesen?, SZS 2000, pp 202 ss.
Einige ökonomische Ueberlegungen zur Lösung der finanziellen Probleme im Gesundheitssystem, RSA 1998, pp 235 ss
- SCHMIDT ALINE Le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (article 12 de la Constitution). Historique et consécration constitutionnelle, FEAS 2001, pp 17 ss.

-
- SCHOTT MARKUS Patientenauswahl und Organallokation, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2001
- SCHRIJVERS A. J. P. (ÉD) Health and Health Care in the Netherlands, Elsevier / De Tijdstroom, Maarssen 1997
- SHELDON TONY Dutch doctor refuses to treat smokers, BMJ 1998, 316, p. 247
- SCHÜRCH SIBYLLE Rationierung in der Medizin als Straftat, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2000
- SINGER PETER Practical Ethics, 2^{ème} éd., Cambridge University Press, New York 1999
- Rethinking Life & Death, Oxford University Press, Oxford 1994
- SMITH RICHARD The NHS: the possibilities of the endgame, BMJ 1999, 318, pp 209 ss
- SPIRA RAYMOND Die Rechtspflege in der neuen Krankenversicherung, CHSS, no 5/1995
- Le nouveau régime de l'assurance-maladie complémentaire, SVZ 1995 pp 192 ss
- SPRUMONT DOMINIQUE The Right to Health Care in Swiss, Canadian and American Law, in "The Right to Health Care in Several European Countries", Kluwer Law International, The Hague 1999, pp 67 ss
- Regard critique sur les rapports entre éthique et droit médical, Cahiers médico-sociaux 1996, pp 255 ss
- Le droit aux soins dans les bouleversements actuels du secteur de la santé, Bulletin Université Neuchâtel, no 132, 3/1999, pp 39 ss
- STEFFEN GABRIELLE /
GUILLOD OLIVIER:
- Landesbericht Schweiz, in: "Zivilrechtliche regelungen zur Absicherung der

-
- Patientenautonomie am Ende des Lebens", Springer, Heidelberg 2000, pp 229 ss
- STOLCK E./ KOOLMAN X./
VAN BUSSCHBACH J. Kosteneffectiviteit: een hulpmiddel bij het maken van keuzes in de zorg?, in: "Wanneer is het leven te kostbaar?", Boom, Amsterdam 2000, pp 51 ss
- SUTTON GRAHAM C. Will you still need me, will you still screen me, when I am past 64 ?, BMJ 1997; 315, pp 1032 ss
- TEFF HARVEY Reasonable Care – Legal Perspectives on the Doctor – Patient Relationship, Clarendon Press, Oxford 1994
- TSCHUDI HANS PETER Die Sozialziele der neuen Bundesverfassung, SZS 1999, pp 364 ss
- La Constitution sociale de la Suisse (L'Etat social), traduction Isabelle Houriet, Documents de l'Union syndicale suisse, Berne 1987
- Die gemeinsame Wohlfahrt (BV Art. 2)", in: "Le droit social à l'aube du XXIe siècle, Ed. Payot, Lausanne 1989, pp 115 ss
- UEBERSAX PETER Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz, AJP 1998, pp 3 ss
- VALTERIO MICHEL Droit et pratique de l'assurance invalidité, les prestations, Commentaire systématique et jurisprudentiel, Réalités sociales, Lausanne 1985
- VAN EVERDINGEN J.J.E. Cholesterolverlaging als testcase voor macroeconomische keuzes in de gezondheidszorg, Medisch Contact 1997, pp 1573 ss
- VILLIGER MARK E. EMRK und UNO-Menschenrechtspakte, in: "Verfassungsrecht der Schweiz", Schulthess

-
- Juristische Medien AG, Zurich 2001, pp 647 ss
- Handbuch der Menschenrechtskonvention (EMRK), 2^{ème} éd., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1999
- DE VRIES REILINGH JEANINE L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966", Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1998
- WEBER-DÜRLER BÉATRICE Rechtsgleichheit, in: "Verfassungsrecht der Schweiz", Schulthess Juristische Medien AG, Zurich 2001, pp 657 ss.
- WEISS WALTHER La santé en Suisse, Ed. Payot, Lausanne 1993
- WENDY EDGAR Rationing in Health Care - A New Zealand Perspective on an International Dilemma, Congrès médical suisse, août 1999
- WERRO FRANZ La capacité de discernement et la faute en droit suisse de la responsabilité, Ed. universitaires, Fribourg 1986
- WHITE LAWRENCE W./
WAITHE MARY ELLEN The Ethics of Health Care Rationing as a Strategy of Cost Containment in "Allocating Health Care Ressources", Humana Press, Totowa 1995, pp 23 ss
- WHO The World Health Report 2000 - Health Systems: Improving Performance, World Health Organization, Genève 2000
- WICCLAIR MARK R. Ethics and the Elderly, Oxford University Press, New York 1993
- WICK CHARLES LOUIS Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Sozialversicherungsrecht, Juris Druck + Verlag, Zurich 1976
- WIEDERKEHR RENÉ Commentaire de l'ATF 126 II 314, AJP 2001, p. 216

WILLIAMS ALAN

The rationing debate: Rationing health care by age: The case for, *BMJ* 1997; 314, pp 820 ss

"Cost-effectiveness Analysis : Is it Ethical?", *Journal of Medical Ethics* 1992, pp 7 ss

Economics of coronary artery bypass grafting, *BMJ* 1985; 291, pp 326 ss

WOLFF H./ DURIEUX-
PAILLARD S./

MEYNARD A. / STALDER H.

Précarité et accès aux soins: "Mieux vaut être riche et en bonne santé que pauvre et malade, *Médecine & Hygiène* 2000, pp 1927 ss.

WOLFFERS FELIX

Grundriss des Sozialhilferechts, 2^{ème} éd., Verlag Paul Haupt, Berne 1999

WOOLANDER S./
HIMMELSTEIN D.

When money is the mission; the high costs of investor-owned care, *The New England Journal of Medicine* 1999, pp 444 ss

ZUNDEL MAURICE

Morale et mystique, 2^{ème} éd., éd. Anne Sigier, Québec 1986

Je est un Autre, 2^{ème} éd., éd. Anne Sigier, Québec 1986

Dialogue avec la vérité, 3^{ème} éd., Desclée de Brouwer, Paris 1991

Quel Homme et quel Dieu, 3^{ème} éd. Saint-Augustin, Saint-Maurice 1997

Croyez-vous en l'homme?, 3^{ème} éd., éd. du Cerf, Paris 1998

Liste des abréviations

AJP	Allgemeine juristische Praxis (PJA)
al.	alinéa
All ER	The All England Law Reports
art.	article
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse (recueil officiel)
AWBZ	Wet van 14 december 1967, Stb. 617, houdende algemene verzekering bijzondere ziektekosten (Algemene wet bijzondere ziektekosten)
Awgb	Algemene wet gelijke behandeling van 2 maart 1994, Stb. 230
BMJ	British Medical Journal
B.M.L.R	British Medical Law Reports
BMS	Bulletin des médecins suisses
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil National
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (ZGB), RS 210
CE	Communauté européenne
CEDH	Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
cf.	confer
chap.	chapitre
CICE	Cour de Justice des Communautés européennes
Cst.	Constitution de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (BV), RS 101
Cst.-NL	Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden van 24 augustus 1815, Stb. 45

CUDE	Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entré en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, RS 0.107
DALY	Disability adjusted life year
DFI	Département fédéral de l'Intérieur
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
éd.	éditeur / édition
FF	Feuille fédérale (Suisse)
FMH	Fédération des médecins suisses
GP	general practitioner
HSC	Health Service Circular
in	dans
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (UVG), RS 832.20
LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (IVG), RS 831.20
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (KVG), RS 832.10
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (VVG), RS 221.229.1
lit.	littéra
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, FF 2000 4657
Med. L. Rev.	Medical Law Review
MedR	Medizinrecht
NHS	National Health Service
OAMal	Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie, RS 832.102
OFAS	Office fédéral des assurances sociales (BSV)

OIT	Organisation internationale du travail
OLAA	Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents, RS 832.202
OMS	Organisation mondiale de la santé
op. cit.	opus citatum
OPAS	Ordonnance du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins), RS 832.112.31
p.	page
pp	pages
Pacte I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.1
Pacte II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.2
QALY	Quality adjusted life year
RAMA	Jurisprudence et pratique administrative de l'assurance-maladie et accidents
RDS	Revue de droit suisse
RdM	Recht der Medizin
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
RZA	Rechtspraak Zorgverzekering
S	Section (art. dans lois du Royaume-Uni)
Stb	Staatsblad
Stcr	Staatscourant
ss	suivant(e)s
SZS	Revue suisse d'assurances sociales (RSAS)
TK	Tweede Kamer (2 ^{ème} chambre du parlement néerlandais)

TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
UE	Union européenne
WTGZ	Wet tarieven gezondheidszorg van 20 november 1980, Stb. 646
WTZ	Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen van 24 december 1998, Stb. 438
ZFW	Wet van 15 oktober 1964, Stb. 392, houdende regelen met betrekking tot de geneeskundige verzorging door middel van ziektenfondsverzekering (Ziektenfondswet)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

Sites internet

Europe

Conseil de l'Europe: <http://www.coe.fr>
Union européenne: <http://europa.eu.int>

Suisse

Confédération suisse: <http://www.admin.ch>
OFAS: <http://www.bsv.admin.ch>
OFJ: <http://www.ofj.admin.ch>
FMH: <http://www.fmh.ch>
BMS: <http://www.saez.ch>
Pharma Information: <http://www.interpharma.ch>

Pays-Bas

Ministère de la santé: <http://www.minvws.nl>

Royaume-Uni

Département de la santé: <http://www.doh.gov.uk>
NHS: <http://www.nhs.uk>
BMJ: <http://www.bmj.com>

1 Des mythes et des chiffres

1.1 Des mythes tenaces

1.1.1 Le mythe de l'immortalité

Notre réalité humaine, aussi mystérieuse qu'elle soit, est que nous sommes de passage². Reconnaître cette réalité représente le premier pas vers une réelle humilité, réponse à ce qui nous dépasse et inévitable commencement de toute discussion ayant trait à la santé et à la vie. Notre passage a un début et une fin et nous ne connaissons ni le quand ni le comment de cette fin; elle est tout autre³.

La mort est la rupture du cordon ombilical entre nous et le monde physique⁴. Croyant ou non, mis à part quelques exceptions (et encore faudrait-il percer les secrets du cœur), chacun ressent de l'angoisse devant cette rupture qui se vit finalement dans la plus pure solitude⁵. C'est la parole déchirante d'impuissance de la Prieure agonisante mise en scène par Bernanos: "L'angoisse adhère à ma peau comme un masque de cire... Oh! que ne puis-je arracher ce masque avec mes ongles!"⁶. C'est l'interrogation sans espoir de Camus à travers le docteur Rieux: "...puisque l'ordre du monde est réglé par la mort, peut-être vaut-il mieux pour Dieu qu'on ne croie pas en lui et qu'on lutte de toutes ses forces contre la mort, sans lever les yeux vers ce ciel où il se tait"⁷. C'est le cri surprenant du crucifié: "Mon Dieu, mon Dieu, pourquoi m'as-tu abandonné?"⁸.

Angoisse, solitude, mais aussi peur de ne pas avoir fait ce qu'on aurait voulu et questionnement quant à l'après sont les éléments liés à la mort et qui conduisent parfois à son refus. Commence alors la course pour éviter l'inévitable, oubliant que la mort est une possibilité absolument certaine⁹, en

² Emmanuel Lévinas: "Le Temps et l'Autre": "La mort est ce quelque chose de tout autre qui va nous arriver un jour".

³ Emmanuel Lévinas: "La Mort et le Temps", p. 16, "Mort comme départ sans retour, question sans donnée, pur point d'interrogation".

⁴ Maurice Zundel: "Quel Homme et quel Dieu", Saint-Maurice 1997, p. 151.

⁵ Pour Jankélévitch, l'angoisse se rapporte plus au passage de la vie à la mort qu'à l'au-delà, cf. Vladimir Jankélévitch: "Penser la mort?", Paris 1994, p. 105.

⁶ Georges Bernanos: "Dialogue des carmélites", coll. La Pléiade, p. 1604.

⁷ Albert Camus: "La peste", coll. folio, p. 121.

⁸ Traduction oecuménique de la Bible, Mt. 27, 46.

⁹ Emmanuel Lévinas: "La Mort et le Temps", livre de poche, p. 54.

sursis dès notre naissance¹⁰. C'est encore le désir de ne pas entendre les paroles fatidiques assénées à Paul Nikolaïevitch dans le pavillon des cancéreux: "Maintenant, professeur, c'est fini ! Tu ne retourneras plus chez toi, compris? Tu peux demander tout ce que tu veux, mais ta maison, tu ne la reverras plus. Tu peux renvoyer tes lunettes et ton pyjama neuf"¹¹.

Dans notre rêve d'immortalité, nous cherchons à ce que le temps ne s'arrête jamais pour nous, jusqu'à risquer que le rêve prenne le pas sur la réalité de notre vie¹², sur notre maintenant. Comme dans un cercle vicieux, la mort qu'on a tant cherché à éviter prend le goût amer de la fin de ce qui n'a jamais été vraiment commencé¹³. La vraie grande question ne tourne peut-être pas autour de la mort et de la manière de l'éviter, mais de la vie et du comment vivre. Elle nous aidera peut-être à éviter de nous trouver devant ce bilan: " Non, c'est impossible, je n'ai pas vécu; je ne veux pas mourir"¹⁴.

La mort n'est pas seulement notre réalité individuelle, mais aussi celle de la personne proche, réalité souvent incompréhensible et révoltante¹⁵. C'est l'angoisse de celui qui reste, impuissant, sur le quai de la gare, assistant au départ d'un train qui ne reviendra pas. Pour empêcher le départ de ce train, le proche, pétri par sa propre angoisse, tentera peut-être de mettre absolument tout en oeuvre, comme le père de Jaymce Bowen dans le cas "Child B" qui en est un exemple poignant (cf. 7.4.3).

Finalement, il y a encore la mort d'autrui qui, même éloignée ne nous laisse jamais totalement indifférents, car elle nous renvoie à notre propre sort, à notre propre condition humaine. La mort d'autrui est ferment de solidarité, car "la mort d'autrui qui meurt m'affecte dans mon identité même de moi responsable"¹⁶.

¹⁰ Maurice Zundel: "Quel Homme et quel Dieu", Saint-Maurice 1997, p. 154.

¹¹ Alexandr Soljénitsyne: "Le pavillon des cancéreux", Livre de poche, p. 27.

¹² "On se console comme si l'on pouvait échapper à la mort", Emmanuel Lévinas: "La Mort et le Temps", livre de poche, p. 54.

¹³ "C'est devant la mort que l'on prend conscience que la vie aurait pu être quelque chose d'immense...", Maurice Zundel: "L'expérience de la mort", Choisir no 36 (1962), p 17, cité par Marc Donzé: "Pauvreté et libération", Genève 1980-1981, p. 251.

¹⁴ Maurice Zundel: "Croyez-vous en l'homme?", Paris 1998, pp 117 - 118.

¹⁵ Emmanuel Lévinas: "La Mort et le Temps", livre de poche, p. 41, "Il y a là une fin qui a toujours l'ambiguïté d'un départ sans retour, d'un décès mais aussi d'un scandale (est-il possible qu'il soit mort?)".

¹⁶ Emmanuel Lévinas: "La Mort et le Temps", livre de poche, p. 15.

La mort est bien là: la nôtre, celle de nos proches et celle d'autrui. Vouloir la vaincre à tout prix est une illusion à laquelle nos systèmes de soins, quels qu'ils soient, ne pourront jamais répondre. Nous ne pourrions jamais faire l'économie de la réconciliation avec notre finitude¹⁷.

1.1.2 Le mythe du parfait bien-être

Ce mythe est illustré de manière particulièrement forte par ce titre de la *Weltwoche*: "*Den Krebs einfach wegimpfen?*"¹⁸. Il s'agirait alors "simplement" d'éradiquer le cancer par un vaccin. La phrase recouvre à la fois l'illusion d'un état de santé que nous pourrions maîtriser, l'espoir de vivre plus longtemps, sans maladie, et donc de repousser le moment de la rupture. Ces illusions et ces espoirs ne sont pas des phénomènes nouveaux. A l'époque nous pensions: "quand nous aurons découvert un vaccin contre la polio, un médicament contre la tuberculose, un médicament contre les infections, une méthode pour voir ce qui se passe à l'intérieur du corps humain, nous irons mieux!" Ces découvertes sont appliquées depuis de nombreuses années, mais les mêmes espoirs subsistent: "quand nous aurons trouvé un vaccin contre le cancer, contre le SIDA, un médicament contre la maladie de Kreutzfeld Jakob, nous irons mieux!"

Dans quelques dizaines d'années, les découvertes correspondant à ces espoirs seront appliquées, mais les espoirs subsisteront¹⁹. La donnée du problème est simple; nous cherchons à maîtriser la vie et la mort. L'illusion se trouve là. La phrase "*den Krebs einfach wegimpfen?*" pourrait être remplacée par *den Tod einfach bekämpfen*. Le mythe du parfait bien-être a ses racines dans le mythe de l'immortalité. Qui aura alors le courage de répéter que la mort est inévitable et que la majorité des maladies graves ne peuvent pas être guéries?²⁰

Le mythe du parfait bien-être va toutefois bien au-delà, puisqu'il ne vise pas seulement à éluder la mort, mais aussi les défaillances de notre corps et de

¹⁷ Alain Finkielkraut: "Du droit à la liberté de choix dans le domaine de la santé", in: "Des choix à faire, des valeurs à préserver", Forum Louis Jeantet 1998, p. 22.

¹⁸ *Weltwoche* du 30 mars 2000, p. 61.

¹⁹ Daniel Callahan: "False Hopes", New York 1998, p. 26.

²⁰ Richard Smith: "The NHS: the possibilities for the endgame" *BMJ* 1999; 318, pp 209-210; Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", Lausanne 2000, p. 4.

notre esprit. Le mythe du parfait bien-être nous incite à imaginer l'être humain parfait: dents blanches, ni trop gros ni trop maigre, sportif, équilibré, en bonne santé, joyeux, etc. Il s'agit alors de ne pas être entravé par un corps ou un esprit qui pourraient avoir des défaillances dans les activités et la vie choisies. Le mythe du parfait bien-être est donc aussi enraciné dans notre désir de mener notre vie à notre guise. Mais qu'en est-il de cette personne si déformée par son handicap qu'il est difficile de la regarder en face, alors qu'une lueur dans ses yeux interpelle et semble dire: "c'est aussi possible ainsi, même si c'est très dur!"

Le mythe du parfait bien-être est aussi refus de la souffrance. John Stuart Mill a placé l'absence de souffrance comme un des buts suprêmes dans la recherche du bonheur²¹. La médecine risque de nous offrir l'illusion d'une possible échappatoire face à la souffrance le plus souvent jugée injuste. Il est grand temps de nous demander si toutes les souffrances peuvent vraiment trouver une réponse médicale²². Il est grand temps de réaliser qu'aucun système de soins ne pourra nous apporter un vaccin contre la souffrance.

1.1.3 Le mythe du guérisseur

La quête des deux mythes exposés ci-dessus nous entraîne forcément à placer un espoir en quelqu'un ou quelque chose qui pourrait amener une solution et qui pourrait nous éviter d'être confrontés à un sort que nous n'aurions pas choisi. Les nombreux progrès de la médecine confortent cet espoir: chaque fois qu'une nouvelle technique chirurgicale a été testée avec succès ou qu'un nouveau médicament est mis sur le marché, renaît l'espoir d'une vie meilleure, plus longue et sans souffrance. Les scientifiques eux-mêmes y contribuent, dans l'euphorie d'un progrès répondant à leur propre espoir²³. "*Den Krebs einfach wegimpfen?*" est encore révélateur de cet espoir.

Dans ce contexte, les paroles de Richard Smith (éditeur du *British Medical Journal*) soulent le glâs d'espoirs surdimensionnés: "*death is inevitable; most*

²¹ "By happiness it is intended pleasure and absence of pain", John Stuart Mill: "Utilitarianism", New York 1970, p. 249.

²² Forum Louis Jeantet: "Des choix à faire, des valeurs à préserver", pp 125 ss; Daniel Callahan: "False Hopes", New York 1998, p. 166.

²³ Citant Michael Fossel: "We will be able to prevent, even reverse, aging within two decades. At the same time, and as part of the same progress, we will also cure most of the diseases that now frighten and destroy us", Daniel Callahan: "False Hopes", New York 1998, p. 50.

*major diseases cannot be cured; antibiotics are no use for flu; artificial hips wear out; hospitals are dangerous places; drugs all have side-effects, most medical treatments achieve only marginal benefit and many don't work at all; screening tests produce false negative results: and there are better ways to spend money than on more healthcare technology*²⁴.

Ces déclarations nous replacent abruptement devant une réalité dans laquelle les mythes s'envolent: nous ne sommes pas immortels, nous risquons de tomber malade et beaucoup de maladies ne peuvent pas être guéries. Sans une telle prise de conscience, l'espoir en la médecine devient pathologique²⁵ et se transforme à son tour en un mythe où guérisseur et potion magique arrêtent l'avancement en âge, suppriment la souffrance et nous mènent à un état de bien-être parfait²⁶.

1.2 Des chiffres et des problèmes de financement

1.2.1 Statistiques

L'évolution de la médecine et ce que nous en attendons ont leurs coûts. En comparaison internationale, la Suisse présente des dépenses de santé très élevées, puisqu'elle figure en deuxième position du classement, juste après les Etats-Unis et devant l'Allemagne²⁷. Pour les trois pays concernés par ce travail, les chiffres suivants donnent une idée de l'évolution et de la comparaison des coûts dans les trois pays examinés dans ce travail²⁸.

²⁴ Richard Smith: "The NHS: "Possibilities for the endgame", BMJ 1999; 318, pp 209-210, repris également dans Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", Lausanne 2000, p. 4.

²⁵ Daniel Callahan: "False Hopes", New York 1998, p. 100.

²⁶ "Die Erfolge der Medizin verführen die Menschen dazu zu glauben, dass sie eines Tages aus ihrer Leiblichkeit, und damit aus ihrer Abhängigkeit und Bedürftigkeit, ausziehen könnten", cf. Ruth Baumann-Hölzle: "Moderne Medizin - Chance und Bedrohung", Berne 2001, p. 7.

²⁷ Pharma Information: "La santé publique en Suisse", 2001, p. 52.

²⁸ OFAS: "Statistiques de l'assurance maladie 2000", Berne 2001, p. 118; OMS: "The World Health Report 2000 - Health Systems: Improving Performance", pp 194-195.

	Suisse	Pays-Bas	Royaume-Uni
Dépenses de santé 1997 per capita en US\$	3'564	2'041	1'303
% PIB 1998	10.4%	8.7%	6.8%
% PIB 1997	10.2%	8.7%	6.7%
% PIB 1995	9.6%	8.9%	6.9%
% PIB 1980	7.3%	8.0%	5.6%

L'évolution en % du PIB est clairement à la hausse, à l'exception du Royaume-Uni. Pour ce pays, il faut toutefois relever qu'en 2000, le gouvernement a décidé d'injecter d'importants montants dans le système de santé, ce qui devrait conduire à une hausse notable (cf. chap. 7).

Pour la Suisse, des chiffres plus détaillés sont également révélateurs, car ils montrent non seulement les coûts croissants de la santé et des soins pris en charge par la LAMal, mais aussi la comparaison de l'indice des coûts des soins avec l'indice d'évolution des prix²⁹:

	1985	1990	1995	1997	1999	2000
Total coûts santé (Mio CHF)	18'384	26'279	36'161	38'670	41595	-
Coûts de la santé <i>per capita</i> (en CHF arrondi)	2'600	3'700	5'000	5'363	-	-

²⁹

OFAS: "Statistiques de l'assurance maladie 2000", Berne 2001; OFAS: "Statistiques de l'assurance maladie 1999", Berne 2000; Pharma Information: "La santé publique en Suisse", 2000, pp 38 ss.

Indice évolution des prix	100	113.3	132.3	134.1	135.2	137.2
Indice coûts des soins	100	133.8	189.7	218.9	241.9	256.0
Prestations assurance oblig. soins LAMal (en Mio CHF)	-	-	11'307	13'138	14'620	15'478

Les prestations servies par l'assurance-maladie obligatoire peuvent être réparties de la manière suivante (chiffres 1999): hôpital 34.9%; médecin 25.7%; médicaments 19.9%; EMS + Spitex 9.6%; autres 9.9%³⁰.

Il est également important de relever que le système de santé suisse charge fortement les ménages privés (chiffres 1997), puisque le financement effectif est opéré de la manière suivante: ménages 64.9%; collectivités publiques 24.9%; entreprises 6.8%; autres: 3.4%. A ce titre l'évolution de la prime moyenne suisse (adultes de plus de 26 ans) est également significative de la charge que les coûts de la santé représentent pour les ménages et ce, sans égard à leur capacité financière³¹:

	1996	1997	1999	2000	2001	2002
Primes moy. CH (26 ans+) en CHF	166	188	204	212	223	245

Une autre influence sur le système de santé est constituée par l'augmentation de l'espérance de vie, qui se situe en Suisse à 83 ans pour les femmes et 75.6

³⁰

OFAS: "Statistiques de l'assurance maladie 1999", Berne 2000, p. 13.

³¹

OFAS: "Statistiques de l'assurance maladie 2000", Berne 2001, p. 64; OFAS: "Statistiques de l'assurance maladie 1999", Berne 2000, p. 99. Par ailleurs, l'OFAS annonce une augmentation moyenne des primes dans toute la Suisse pour l'année 2002 de 9.74%; cf. *Le Temps* du 7 octobre 2001: "Primes d'assurance maladie pour 2002: l'augmentation qui fait mal".

ans pour les hommes³². En même temps, la proportion de la population âgée de plus de 65 ans augmente aussi: environ 9.6 % en 1950; environ 15.1% en 1998³³.

L'évolution démographique, les progrès technologiques et nos habitudes en matière de soins laissent présager que les dépenses de santé continueront à augmenter, si des mesures ne sont pas prises³⁴.

1.2.2 Les ressources limitées - réalité et mythe

Les économistes ont certainement raison de proclamer que les ressources sont limitées³⁵; d'ailleurs, leur science est notamment destinée à étudier comment utiliser ces ressources rares. Sciences et logique pure le disent bien: aucune ressource n'est inépuisable, toute vie est limitée. Dans un langage plus économique, aucun pays ne pourra affecter plus que le montant de son PIB à la santé³⁶. Sans même penser à la totalité du PIB, il faut bien se rendre à l'évidence qu'un Etat n'a pas comme seule tâche celle de rendre accessibles les soins. Afin d'équilibrer les dépenses, il importe d'éviter de dépasser une certaine part du PIB, sous peine de devoir supprimer ou pour le moins réduire les ressources affectées à d'autres tâches telles que la formation par exemple.

La constatation du caractère limité des ressources relève donc de l'évidence³⁷. Là où le bât peut blesser toutefois, c'est l'utilisation qui est faite de cette constatation. À partir du moment où la constatation est employée dans un contexte figé, telle une incontournable fatalité, comme s'il n'y avait qu'une seule clef possible de répartition de ces ressources - l'actuelle -, nous entrons

³² OMS: "The World Health Report 2000 - Health Systems: Improving Performance", pp 160-161 (chiffres 1999).

³³ Pharma Information: "La santé publique en Suisse", 2000, p. 5.

³⁴ "Tous les ressorts sont montés pour un accroissement", cf. Pierre Gilliland: "Le rapport Gilliland sur le système de santé genevois", Genève 1996, pp 64 ss; une très récente étude néerlandaise indique également de manière étayée que cette évolution inévitable, Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Gezondheidszorg in sociaal-economisch perspectief", Den Haag, 2000.

³⁵ Cf. notamment: Gavin Mooney: "Economics, Medicine and Health Care", London 1992, p. 2: "Our starting text is simply, "In the beginning, middle and end, is and will be scarcity of resources"".

³⁶ Daniel Callahan: "False Hopes", New York 1998, p. 38.

³⁷ Cf. aussi les développements de Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", Bâle, Genève, Munich 2001, pp 14 ss.

dans une impasse³⁸. Cette impasse dicterait par exemple que les dépenses de santé ne peuvent dépasser 15% du PNB.

Le gâteau des ressources étatiques doit être divisé, puisque l'Etat doit remplir diverses tâches. Les chiffres en pourcentage du PIB indiquent comment ces ressources sont réparties. En matière de santé, les chiffres ont été donnés ci-dessus. Ils indiquent qu'en Suisse, plus du 10% des ressources sont affectées à la santé. Dans les pays démocratiques, ce sera finalement au peuple de décider comment définir les tâches de l'Etat et où seront placées les priorités. Ceci ne se fait pas une fois pour toutes, mais peut être adapté³⁹.

Une fois cette démarche effectuée, une tranche, correspondant à une part des ressources étatiques, sera affectée aux soins et elle suffira ou non à couvrir tous les soins de toute la population; elle nous forcera probablement à nous confronter à une réalité inconfortable⁴⁰. Notre étude traitera, sous un angle juridique, de la question de savoir comment pourrait être gérée une tranche insuffisante, ce qui pose inévitablement la question du rationnement ou plus pudiquement, de la définition des priorités. Nous tenons cependant à préciser ici que la grandeur de la tranche pourrait également être remise en question et qu'elle pourrait être définie de manière à ce qu'elle soit suffisante pour couvrir une consommation en soins "raisonnables" pour l'ensemble de la population. Par contre, au vu de la charge des coûts de la santé notamment pour les ménages, une limite maximale devra probablement être fixée, ce qui semble d'ailleurs voulu par une petite majorité de la population suisse⁴¹. Choisir la voie du rationnement ou non est bel et bien un choix politique et non l'acceptation d'une fatalité découlant de la constatation selon laquelle les ressources ne sont pas inépuisables⁴². De réalité, le caractère limité des

38 "While it is true that resources will always be limited it is far from clear that resources for health care are justifiably as limited as they are sometimes made to appear", John Harris: "QALYfying the value of life", *Journal of medical ethics* 1987; 13, p. 122.

39 Ceci nécessite toutefois des données statistiques et des informations claires et fiables; sur le manque de clarté en matière de budget social en Suisse, cf. Pierre Gilliard / Stéphane Rossini: "Le budget social de la Suisse", Lausanne 1995, pp 19 ss.

40 Christopher Newdick: "Who should we treat?", Oxford 1995, p. 19.

41 Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", Lausanne 2000, p. 9.

42 Dans ce sens aussi: Sibylle Schürch: "Rationierung in der Medizin als Straftat", Bâle, Genève, Munich, 2000, p. 213: "Ressourcenknappheit: ein relativer Begriff".

ressources ne doit pas devenir un mythe, par des chiffres figés et peut-être faussement parlants, sur lequel nous n'aurions aucune emprise.

1.3 Influence des mythes sur les systèmes de soins et sur la solidarité

A travers les générations, la force des mythes de l'immortalité et du parfait bien-être nous a conduit à trouver des moyens qui augmentent fortement l'espérance de vie, notamment par un développement fulgurant des techniques médicales destinées à prolonger la vie et à en augmenter la qualité. Il ne faudrait pas arriver à la conclusion que ce progrès est mauvais! La véritable question est plutôt: les effets de ce progrès doivent-ils être acceptés à n'importe quel prix?

Les chiffres présentés montrent que si une réflexion de fond n'est pas engagée, le prix à payer pourrait être celui de la solidarité et peut-être, paradoxalement, celui de la qualité de vie, si les ressources affectées au système de soins empiètent trop sur d'autres budgets de l'Etat, p. ex. celui de l'éducation. De nombreuses propositions sont faites, notamment en faveur d'un système de soins sur mesure, laissant une plus grande autonomie à la personne⁴³ ou pour n'assurer que des gros risques⁴⁴. Telle personne choisirait alors de ne s'assurer que pour les soins hospitaliers, une autre choisirait de ne pas s'assurer pour des traitements coûteux. Sous couvert de choix, de telles propositions remettent en question la solidarité entre les personnes, oubliant que la pression financière pourrait conduire à ce qu'une partie de la population ne s'assure que de manière insuffisante, n'ayant pas les moyens de payer plus de primes.

Un des postulats de base de ce travail est que la solidarité est un fondement indispensable de notre société et qu'elle ne doit pas être remise en question. A ce titre, nous rejetons les solutions qui pourraient paraître attrayantes à première vue et qui conduiraient à ce que les soins de qualité ne soient réservés qu'à ceux qui ont les moyens de les payer. L'exemple des Etats-Unis

⁴³ Notamment Bernard Bärtschi: "Le consentement éclairé en situation de rationnement", *Médecine & Hygiène* 2001, pp 624 ss.

⁴⁴ Bernd Schips: "Wäre die Beschränkung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung auf (definierte) Grossrisiken ein möglicher Beitrag zur Kostensenkung im Gesundheitswesen?", *SZS* 2000, pp 202 ss.

nous incite à écarter ces solutions, puisque le système qui y prévaut, dans lequel seule une partie de la population peut s'assurer pour les soins, se trouve en tête du classement des pays qui dépensent le plus en matière de santé⁴⁵.

Nous ne pouvons ni faire l'économie de la remise en question des mythes évoqués plus haut, ni celle d'un langage clair qui rappelle que la solidarité a un prix⁴⁶.

⁴⁵ En 1997, les Etats-Unis ont consacré 13,7% de leur PIB à la santé et plus précisément: 4'187US\$ per capita, cf. OMS: "The World Health Report 2000 - Health Systems: Improving Performance", p. 195.

⁴⁶ Elle a aussi du prix: la paix sociale; cf. Pierre Gilliland / Stéphane Rossini: "Le budget social de la Suisse", Lausanne 1995, p. 135.

2 Les droits fondamentaux

2.1 Fondements

2.1.1 Etat social et liberté individuelle

Il existe un lien très étroit entre la conception de l'Etat et la manière d'appréhender les droits fondamentaux de l'être humain. La conception de l'Etat trace les lignes directrices du rôle de l'Etat et des individus qui le forment. En langage moderne, on pourrait même parler de partage de compétences entre sphères d'activité de l'Etat et de l'individu. Selon la conception, le poids sera davantage placé sur la responsabilité de chaque individu pour son propre épanouissement - et de ce fait, sur la protection contre des ingérences de l'Etat - ou sur l'obligation de l'Etat de veiller sur ses citoyens - et de ce fait, sur le droit à des prestations positives de la part de l'Etat.

Depuis plusieurs siècles, la conception de l'Etat est reproduite dans un contrat par lequel les individus transfèrent une part de leur sphère d'activité à l'Etat⁴⁷, appelé aussi contrat social⁴⁸ ou contrat de société⁴⁹. Selon Hobbes, le contrat prévoit une délégation du pouvoir à un souverain de type monarchique, afin que la sécurité extérieure soit assurée. Locke ajoute que, par le biais de cette sécurité, il s'agit aussi de protéger la propriété; le contrat prévoit une délégation du pouvoir à une majorité. Pour Rousseau, le contrat social sert à défendre et à protéger la personne et les biens⁵⁰; il trouve son expression dans une loi qui reflète la volonté générale. Dans le contexte de la fin du 20^{ème} et du début du 21^{ème} siècle marqués par la globalisation, Fischer pense que le contrat de société doit poursuivre quatre buts: le développement de la concurrence économique, le développement durable, la justice sociale et la démocratie enracinée dans un état de droit⁵¹.

Le survol rapide de l'évolution du contrat de société montre que, si les buts et l'organisation sont différents, il y a une même idée fondamentale: les individus ont un certain intérêt à se mettre ensemble et à s'organiser.

⁴⁷ Thomas Hobbes : "Leviathan", pp 106 ss; John Locke: "Two Treatises of Government - second Treatise", pp 330 ss.

⁴⁸ Jean-Jacques Rousseau: "Du contrat social".

⁴⁹ Joschka Fischer: "Für einen neuen Gesellschaftsvertrag", 2000.

⁵⁰ Jean-Jacques Rousseau: "Du contrat social", p. 51.

⁵¹ Joschka Fischer: "Für einen neuen Gesellschaftsvertrag", 2000, p. 166.

Aujourd'hui, cet intérêt pourrait être nommé augmentation de la prospérité. En Suisse, le but du contrat de société trouve son expression dans l'art. 2 Cst. et est marqué par quatre éléments fondamentaux: la sécurité, le développement de la prospérité commune, le développement durable et la justice sociale. A chaque fois qu'un contrat de société est remis en question, une même question se pose: jusqu'où les individus ont-ils intérêt à joindre leurs efforts?

En matière de soins, le contrat se traduit par une contribution économique par laquelle les individus joignent leurs efforts en vue d'un intérêt commun qui consiste à rendre accessibles des soins, p. ex. par la création d'une structure hospitalière. La question qui se pose est de savoir jusqu'où cet intérêt d'organisation de la collectivité va primer sur le sacrifice des ressources par l'individu.

Le retour à ces fondements présente un intérêt tout particulier dans un monde où le pouvoir est moins maîtrisable et le rôle de l'Etat fortement remis en question. Il faut alors se rappeler que les acteurs centraux ne sont ni le pouvoir politique, ni le pouvoir économique, mais les individus. Ce sont les individus qui décident à un moment donné jusqu'où et comment ils veulent donner des compétences à autrui (en l'occurrence l'Etat), pour favoriser l'épanouissement personnel de chacun et la prospérité de tous.

Les droits fondamentaux forment une expression de ce contrat, de cette répartition de compétences. Selon que les individus attendent plutôt une protection de la part de l'Etat ou misent sur leur responsabilité individuelle, le catalogue de droits sera plus long, constitué ou non de droits sociaux (cf. 2.1.2). Les droits fondamentaux illustrent le dilemme entre Etat social et liberté individuelle.

2.1.2 La protection de la dignité humaine

L'organisation de l'Etat et plus particulièrement de l'ordre juridique, n'a de sens que si elle est orientée vers l'être humain⁵² et mieux encore, vers tous les êtres humains. L'être humain en est l'origine, le centre et la finalité⁵³; il est la

⁵² "L'Etat... se justifie dans la mesure où il satisfait aux préoccupations de l'individu", Patrice Meier-Bisch: "Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux", 1993, p. 1.

⁵³ "Ce sont les hommes qui font l'Etat", Jean-Jacques Rousseau: "Le contrat social", p. 85.

source du droit⁵⁴ ou plus précisément, l'origine des sources du droit. La nouvelle Constitution fédérale, entrée en vigueur le 1.1.2000, place la protection et le respect de la dignité humaine en tête du catalogue des droits fondamentaux (art. 7). Soulignant ce rôle central, le Message du Conseil fédéral précise que "la garantie de la dignité humaine constitue le noyau et le point de départ d'autres droits fondamentaux, détermine le contenu de ces droits et constitue une valeur indicative pour les interpréter et les concrétiser⁵⁵".

La protection de la dignité humaine a la double fonction de droit fondamental d'une part et de source des autres droits fondamentaux d'autre part⁵⁶. Elle est protégée par l'ordre juridique dans son entier (droit privé et droit public)⁵⁷ et sert de principe directeur pour l'interprétation des autres droits fondamentaux⁵⁸ et pour toutes les activités étatiques⁵⁹. Par la protection de la dignité humaine, on cherche à définir et à protéger ce qui caractérise et ce qu'est l'être humain⁶⁰. Pour souligner sa fonction de source des droits de l'homme, la protection de la dignité humaine est analysée en début de ce chapitre et non sous 2.3 comme les autres droits individuels de protection de la personnalité.

Plusieurs arrêts du Tribunal fédéral mentionnent la garantie de la dignité humaine comme une source de droits fondamentaux, notamment de la liberté personnelle, et précisent qu'il s'agit de protéger la dignité de l'homme et sa valeur propre⁶¹. Dans un arrêt, le Tribunal fédéral déclare, en citant le *Bundesverfassungsgericht* allemand, que le droit d'être entendu découle aussi

⁵⁴ Patrice Meier-Bisch: "Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux", 1993, p. 1.
FF 1997 I 142.

⁵⁵
⁵⁶ Selon la DUDH ainsi que toutes les conventions onusiennes (voir préambules), les droits de l'homme découlent de la dignité inhérente à la personne humaine; Mastronardi lui reconnaît trois fonctions: objectif de notre système de valeurs, principe directeur et droit fondamental; cf. Philippe A. Mastronardi: "Menschenwürde als materielle "Grundnorm" des Rechtsstaates?", 2001, p. 236.
ATF 113 la 314.

⁵⁷
⁵⁸ Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 1.

⁵⁹ Ces trois aspects de la garantie de la dignité humaine ont été évoqués dans l'ATF 127 I 14, en rapport avec le traitement forcé dans le domaine de la psychiatrie.

⁶⁰ Alain Finkielkraut: "L'humanité perdue", 1996, p. 86: "... le concept de dignité humaine attribué à chaque personne, en vertu même de son humanité, une valeur intrinsèque et absolue, ...".

⁶¹ ATF 111 la 233; 113 la 262; 123 I 118; 124 I 42.

de la dignité de la personne qui est touchée par une décision⁶². Une autre fois, il explique ce qu'il entend par dignité humaine: c'est ce qui garantit à chaque personne ce qu'elle est en droit d'attendre de la collectivité publique, du simple fait de son existence humaine⁶³. Finalement, il ajoute que la garantie du minimum vital est la condition d'une existence humaine digne⁶⁴ (cf. 2.5.3).

La dignité humaine est souvent invoquée, mais rarement définie ou alors, de manière négative, en référence à l'interdiction des traitements dégradants ou inhumains⁶⁵ (art. 3 CEDH et art. 7 Pacte II). Il est vrai qu'une définition risque d'enfermer une notion aussi vaste dans une conception valable à un moment donné⁶⁶ ou de la soumettre à une échelle de valeurs personnelle⁶⁷. Sans avoir la prétention de livrer une définition universelle⁶⁸, ni de figer le pourtour de ce principe fondamental, il nous semble utile de faire ressortir quelques éléments centraux qui découlent de la dignité humaine en son aspect positif:

- En premier lieu, elle recouvre les conditions élémentaires de survie, sans lesquelles toute discussion quant à la valeur de l'être humain devient inutile⁶⁹. Bien entendu, ces conditions élémentaires de survie se rapportent d'abord à l'interdiction de porter atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle, mais la réalisation concrète de la survie en fait

⁶² ZBI 65, 1964, p. 216-217.

⁶³ ATF 121 I 372 (conditions minimales d'existence).

⁶⁴ ATF 122 I 103.

⁶⁵ "Tel peut être le cas d'un traitement propre à causer sinon de véritables lésions, du moins de vives souffrances physiques ou morales, de nature à créer des sentiments humiliants de peur, d'angoisse et d'infériorité, et à briser éventuellement la résistance physique ou morale", ATF 124 I 236, résumant la jurisprudence de la CEDH.

⁶⁶ ATF 127 I 14; Philippe A. Mastronardi: "Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz – ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte", 1978, pp 18, 175 et "Menschenwürde als materielle "Grundnorm" des Rechtsstaates?", 2001, p 237.

⁶⁷ Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 4.

⁶⁸ Essai de définition par Philippe A. Mastronardi, "Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz – ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte", 1978, p. 63: "Gebot zur Wahrung und Mehrung von Gleichheit und Freiheit, als Auftrag zur Erziehung zur Mündigkeit und zur Verminderung von staatlichem und gesellschaftlichem Zwang".

⁶⁹ "Die Sicherung elementarer menschlicher Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung und Obdach ist die Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt", ATF 121 I 371.

également partie⁷⁰. Ce lien étroit entre dignité humaine et non-exclusion sociale a été souligné par le Conseil de l'Europe, avec le projet Dignité humaine et exclusion sociale⁷¹.

- La communication avec autrui est également une condition vitale de survie⁷², reconnue comme telle par le Tribunal fédéral⁷³ et par conséquent une condition de la dignité humaine⁷⁴. Elle est un élément nécessaire à l'intégration dans une communauté.
- Tout aussi important pour la survie, le respect est également un élément fondamental de la dignité humaine. Il s'agit non seulement de l'absence d'humiliation⁷⁵ ou plus largement du respect dû par l'Etat et tous les tiers⁷⁶, mais aussi du respect de soi-même. Sartre le nomme ce "petit quelque chose en plus"⁷⁷ et Rawls le classe parmi les biens primaires⁷⁸.
- La sécurité est également un élément nécessaire à la dignité humaine, car l'être humain a besoin d'un sentiment de sécurité⁷⁹ pour accomplir son

⁷⁰ Jörg Paul Müller: "Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten", 2001, p. 628.

⁷¹ Claude Maschetta: "Le Conseil de l'Europe et la cohésion sociale", Sécurité sociale 2/1999, p. 105.

⁷² Philippe A. Mastroradi: "Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz – ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte", 1978, pp 67 – 68; Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 172.

⁷³ ATF 99 Ia 286; 102 Ia 297 (concernant la possibilité, pour un détenu, d'échanger de la correspondance).

⁷⁴ "... l'usage de la parole pour communiquer la pensée, ce mécanisme nécessaire et suffisant pour que l'homme soit homme...", Primo Levi: "Les naufragés et les rescapés - Quarante ans après Auschwitz", 1989, p. 90; "... accepter l'éclipse de la parole, était un symbole funeste: il signalait l'approche de l'indifférence définitive.", id. p. 100.

⁷⁵ "Qu'appellez-vous la dignité ?... – Le contraire de l'humiliation, dit Kyo", André Malraux: "La condition humaine", p. 528.

⁷⁶ "En ce sens, les droits fondamentaux constituent un "modèle d'une communauté fondée sur la solidarité et le respect de l'autre...", Patrice Meier-Bisch: "Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux", 1993, p. 7.

⁷⁷ "Ça prouve que tu voulais ta bouffe et un petit quelque chose en plus. Lui il appelle ça le respect de soi-même." Jean-Paul Sartre: "Les mains sales", p. 91.

⁷⁸ "A very important primary good is a sense of one's own worth", John Rawls: "A Theory of Justice", 1972, p. 92.

⁷⁹ "But the security no human being can possibly do without: on it we depend for all our immunity from evil, and for the value of all and every good, beyond the passing moment", John Stuart Mill: "Utilitarianism", p. 298.

projet de vie qui n'est pas limité à la survie instantanée, mais bâti sur la durée⁸⁰.

- Lié au respect de soi-même, il y a un élément qu'on pourrait appeler l'humanité possible, l'échappatoire de la simple donnée biologique⁸¹, le passage de quelque chose à quelqu'un⁸². En ce sens, la dignité humaine représente aussi une tâche qu'a chaque être humain⁸³, non quelque chose d'acquis mais quelque chose à conquérir⁸⁴. Il s'agit en quelque sorte de la dimension transcendante de l'être humain.
- Il y a aussi cette caractéristique propre à l'être humain qui lui permet de prendre lui-même les décisions relatives à sa vie, appelée son droit à l'autodétermination et qui lui permet d'apprécier librement une situation et d'agir selon cette appréciation⁸⁵, d'être la source et l'origine de son action⁸⁶. Ce droit est la condition d'exercice de nombreux droits constitutionnels⁸⁷.

L'énumération de ces éléments indique qu'il y a un lien étroit entre la garantie de la dignité humaine et la protection de la survie. Celle-ci en est un élément absolument nécessaire, une condition *sine qua non*. Par contre, les éléments cités montrent également qu'il ne s'agit pas d'une survie purement biologique, mais plutôt d'une survie de la valeur intrinsèque de chaque être humain.

⁸⁰ Hans Peter Tschudi: "Die Sozialziele der neuen Bundesverfassung", SZS 1999, p. 368.

⁸¹ Philippe A. Mastronardi: "Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz – ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte", 1978, pp 18, p. 55.

⁸² "La grande douleur, c'est justement de se voir refuser cette transcendance (humaine) qui est décidément, pour un homme, la seule possibilité d'exister", Maurice Zundel: "Croyez-vous en l'homme?", 1998, pp 18-19.

⁸³ Philippe A. Mastronardi: "Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz – ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte", 1978, p. 62.

⁸⁴ Maurice Zundel: "Croyez-vous en l'homme?", 1998, p. 36.

⁸⁵ ATF 111 Ia 232-233; 113 Ia 262; 115 Ia 246; ZBl 1993 p. 507; 119 Ia 474; 123 I 118; par la négative: "Schliesslich wird die Menschenwürde durch den Umstand, dass die Medikation entgegen dem Willen des Beschwerdeführers durchgeführt wird und daher das Gefühl der Fremdbestimmung und des Ausgeliefertseins hinterlässt, zentral betroffen", ATF 127 I 17.

⁸⁶ Maurice Zundel: "Quel homme et quel Dieu?", 1997, p. 33.

⁸⁷ ATF 100 Ia 193; 97 I 49.

2.1.3 Plusieurs catégories de droits fondamentaux

Pendant de nombreuses années, les droits fondamentaux ont été divisés en deux grands groupes (appelé ci-après: classification traditionnelle), afin de délimiter les droits à fonction défensive et les droits liés à une prestation positive de l'Etat:

- Les libertés individuelles (*Freiheitsrechte*)⁸⁸, qui visent à protéger chaque être humain dans ses rapports avec l'Etat et lui garantissent d'être respecté dans sa dignité;
- Les droits sociaux, qui visent à ce que chaque citoyen ait les moyens concrets, et donc aussi financiers, de vivre (par exemple droit au logement, à la formation, au travail, au minimum vital et droit aux soins)⁸⁹.

Le problème majeur posé par cette classification était de regrouper dans une même catégorie intitulée "droits sociaux", des droits justiciables, c'est-à-dire pouvant être invoqués en justice par les individus (p.ex. droit à l'éducation de base)⁹⁰, et des éléments non justiciables (p.ex. "droit" au logement).

Récemment, une partie de la doctrine suisse a modifié cette répartition, pour répondre notamment au problème qui vient d'être évoqué, en proposant une classification des droits justiciables en trois ou quatre groupes⁹¹:

- Les *libertés*, comprenant notamment les droits de protection de la personnalité;
- Les *garanties de l'Etat de droit* qui comprennent notamment le principe de l'égalité de traitement, l'interdiction de discriminer, l'interdiction de l'arbitraire et les garanties de procédure;
- Les *droits sociaux*: droits à des conditions minimales d'existence, à un enseignement de base, à l'assistance judiciaire gratuite et à une sépulture décente;

⁸⁸ Droits fondamentaux classiques selon la terminologie néerlandaise.

⁸⁹ Cette répartition se trouve également dans la DUDH et les Pactes.

⁹⁰ Pour plus de détails, cf. 2.6.

⁹¹ En quatre groupes: Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier: "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, pp 3 ss. En trois groupes, les droits politiques étant analysés à part: Ulrich Häfelin / Walter Haller: "Schweizerisches Bundesstaatsrecht", 2001, pp 69 ss.; René Rhinow: "Die Bundesverfassung 2000", 2000, pp 97 ss. et 340 ss.

-
- Les *droits politiques* (droit et liberté de vote, droit d'élire et d'être élu, droit de référendum et d'initiative populaire).

La division quadripartite a été élaborée pour tenir compte, notamment, des différentes manières de fonctionner des droits fondamentaux, p. ex. en ce qui concerne leurs limites (cf. 2.3.2)⁹². Par ailleurs, il faut souligner que cette classification ne concerne que les droits fondamentaux justiciables. Les éléments qui étaient jusqu'alors classés dans les droits sociaux (p.ex. droit au logement, droit au travail, droit aux soins) sont considérés comme des buts sociaux, suivant ainsi la systématique de la nouvelle Constitution.

Müller propose une autre répartition en quatre groupes, basée sur des distinctions thématiques⁹³. À noter encore que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹⁴ propose également une répartition thématique, mais en cinq parties: dignité (comprend les droits de protection de la personnalité), libertés, égalité, solidarité et citoyenneté.

En ce qui concerne les droits faisant partie des libertés, l'Etat a principalement une fonction d'abstention, sous réserve du devoir de protection positive (*positive Schutzpflicht*) examiné plus loin; il ne doit pas (ou seulement à des conditions restrictives) porter atteinte aux droits des particuliers. Par contre, en ce qui concerne les droits sociaux, des prestations positives⁹⁵ sont demandées à l'Etat, en principe dans le but de protéger les plus faibles⁹⁶. Les prestations positives impliquent un coût financier, ce qui forme l'enjeu central de la distinction, surtout en période de manque de ressources.

La distinction entre les libertés et les droits sociaux, telle qu'elle se trouve déjà dans la classification traditionnelle, n'est pas uniquement académique. Par le lien étroit que les droits sociaux ont avec les budgets et les ressources

⁹² Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier: "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, p. 3.

⁹³ 1. Dignité humaine, égalité, procédure équitable, 2. Démocratie, base de l'état de droit, 3. Principes directeurs d'ordre économique, propriété, 4. Principes directeurs d'ordre social; cf. Jörg Paul Müller: "Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten", 2001, p. 626; en ce qui concerne les droits sociaux, il réserve le terme aux droits justiciables, les autres éléments faisant partie des buts sociaux.

⁹⁴ Journal officiel des Communautés européennes 2000/ C364/01.

⁹⁵ Jean-François Aubert: "Traité de droit constitutionnel suisse", supplément, 1982, p. 205.

⁹⁶ Thomas Fleiner-Gerster: "Allgemeine Staatslehre", 1995, p. 109.

de l'Etat, et en l'absence d'un contenu normatif suffisamment déterminé (critère de justiciabilité)⁹⁷, les tribunaux vont s'abstenir en principe d'accorder de tels droits sans une volonté claire du législateur, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs⁹⁸. Jusqu'en 1995⁹⁹, le Tribunal fédéral a largement confirmé que les droits fondamentaux ont pour fonction de protéger les particuliers contre l'Etat et non de leur accorder des prétentions contre celui-ci¹⁰⁰. Les droits sociaux, qui n'octroient pas une protection mais un droit à une prestation, ont plutôt la fonction d'un mandat donné au législateur¹⁰¹, puisqu'ils couvrent des domaines souvent complexes et nécessitant de nombreuses précisions¹⁰². Ces difficultés ont amené la doctrine à distinguer les droits sociaux des buts sociaux.

Le dilemme concernant les droits sociaux se situe avant tout au niveau de la conception du rôle de l'Etat face à l'être humain et reflète la tension déjà évoquée entre idéal d'humanité et réalité économique. Si l'être humain, sa dignité et sa valeur propre sont vraiment la justification et la finalité de l'organisation étatique et de l'ordre juridique, il est difficilement concevable de prendre pour seul critère de différenciation, c'est-à-dire de reconnaissance, les conséquences financières d'un droit fondamental alors que les droits sociaux sont souvent la condition pour réaliser d'autres droits, tel le droit à la vie. D'un autre côté, il y a cette réalité économique difficilement évitable, qui fixe des limites naturelles à nos aspirations¹⁰³.

Dans le cadre de notre travail, plus que d'insister sur une classification des droits fondamentaux justiciables, il s'agit essentiellement de délimiter les droits sociaux des buts sociaux, d'analyser la force des buts sociaux et d'examiner l'obligation de protection positive (*positive Schutzpflicht*) découlant des droits de protection de la personnalité. Nous étudierons, notamment, si les buts sociaux peuvent être justiciables.

⁹⁷ Patrice Meier-Bisch: "Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux", 1993, p. 67; Jörg Paul Müller: "Introduction aux droits fondamentaux", 1987, no 88.

⁹⁸ Jean-François Aubert: "Traité de droit constitutionnel suisse", supplément, 1982, p. 205.

⁹⁹ Premier arrêt sur les conditions minimales d'existence, ATF 121 I 367.

¹⁰⁰ ATF 103 Ia 378; 104 Ia 97; 107 Ia 307; 108 Ia 278; Jörg Paul Müller: "Introduction aux droits fondamentaux", 1987, no 74-75.

¹⁰¹ Thomas Fleiner-Gerster: "Allgemeine Staatslehre", 1995, p. 109.

¹⁰² Jean-François Aubert: "Un droit social encadré", RDS 1991 I, p. 165.

¹⁰³ Rawls reflète à notre avis ces deux facettes par ses deux principes de justice; "A Theory of Justice", 1972, p. 60.

2.2 Les droits fondamentaux en droit international

2.2.1 La position de la Suisse envers le droit international

La Suisse n'est pas isolée et connaît des problèmes similaires à ceux des autres pays. Plusieurs conventions internationales se rapportant aux droits de l'être humain ont été signées, soit à l'échelon international, soit à l'échelon européen et la Suisse est maintenant partie à la plupart de ces conventions, à l'exception de celles qui fixent des exigences plus concrètes, particulièrement en ce qui concerne l'assurance-maladie et le système de soins. Le système moniste a pour effet que les conventions internationales font partie intégrante du droit suisse dès leur ratification¹⁰⁴. Par contre, elles n'ont un effet direct, qui peut être invoqué par les particuliers, que si elles ont un contenu normatif suffisamment déterminé pour que le juge puisse s'y référer, ce qui pose notamment problème au niveau des droits sociaux¹⁰⁵. Cependant, même en l'absence d'un effet direct reconnu, les dispositions de droit international, même celles qui ne sont pas justiciables, influencent de plus en plus la législation et la jurisprudence¹⁰⁶.

Quant au droit communautaire, il sera applicable dans de nombreux domaines par le biais des accords sectoriels avec l'Union européenne, dès que ceux-ci seront ratifiés par tous les Etats-membres ou à des échéances fixées par les accords eux-mêmes. Les secteurs concernés par les accords feront non seulement partie intégrante du droit suisse, mais les dispositions communautaires pourront être invoquées par les particuliers devant les tribunaux suisses. Plus encore, le juge devra en principe en examiner l'application d'office, même si elles ne sont pas invoquées.

¹⁰⁴ Voir p. ex. ATF 106 Ib 187.

¹⁰⁵ Jeanine de Vries Reilingh : "L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966", 1998, p. 139.

¹⁰⁶ Par exemple l'arrêt du Tribunal fédéral qui évoque clairement le droit du receveur d'organe à jouir du meilleur état de santé physique qu'il soit capable d'atteindre, en faisant référence à l'article 12 du Pacte I, cf. ATF 123 I 138.

2.2.2 ONU: la paix des nations

2.2.2.1 La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH)

Premier catalogue des droits de l'homme, la DUDH a été établie en 1948 sous l'égide de l'ONU, dans le contexte de l'après-guerre. Le grand principe directeur en est donc la paix des nations et son inspiration est la réaction aux horreurs de la deuxième guerre mondiale. La protection des droits de l'homme est un moyen d'interruption du processus de violence, une prémisses de l'équilibre global¹⁰⁷. Même si la DUDH n'est qu'une déclaration et non un traité liant les Etats, sa nature programmatrice fut une source d'inspiration pour de nombreux textes élaborés ultérieurement et qui lui confèrent le rôle d' "étoile polaire"¹⁰⁸.

Le Préambule fixe les grands principes : reconnaissance de la dignité de tous les membres de la famille humaine, des droits égaux et inaliénables, dans le but de favoriser la liberté, la justice et la paix dans le monde. Cette formulation sera reprise telle quelle dans tous les actes émanant de l'ONU. Suivent ensuite un catalogue des droits fondamentaux classiques (art. 2 – 21) et un catalogue des droits sociaux, économiques et culturels (art. 22 – 27), comprenant notamment le droit à un niveau de vie suffisant et à la protection contre la maladie. Cet ordre reprend donc la distinction traditionnelle bipartite entre les droits fondamentaux (cf. 2.1.2). Le terme "droit" doit être relativisé, car la DUDH ne lie pas les Etats et n'est *a fortiori* pas directement invocable par les particuliers. Par contre, elle a une valeur interprétative et une force morale certaines¹⁰⁹.

2.2.2.2 Les Pactes de l'ONU

C'est en 1966 que l'ONU concrétise la DUDH par deux Pactes¹¹⁰: le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I)¹¹¹ et le Pacte

¹⁰⁷ Jeanine de Vries Reilingh : "L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966", 1998, pp 73, 84.

¹⁰⁸ Jeanine de Vries Reilingh : "L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966", 1998, p. 76.

¹⁰⁹ Jeanine de Vries Reilingh : "L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966", 1998, p. 77.

¹¹⁰ Il y a de grandes similitudes entre les Pactes et la DUDH ; cf. Jeanine de Vries Reilingh : "L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966", 1998, p. 76.

relatif aux droits civils et politiques (Pacte II)¹¹². Par ces deux Pactes, l'ONU complète ainsi la codification des droits de l'homme au niveau mondial¹¹³. La Suisse a eu besoin d'un long temps de réflexion¹¹⁴ pour ratifier ces Pactes, qui sont finalement entrés en vigueur le 18 septembre 1992, sans réserve.

C'est surtout le Pacte I qui entre en ligne de compte dans cette étude, puisqu'il traite du lien entre les ressources de chaque Etat et leur utilisation, sur fond de droits de l'homme. Il reflète parfaitement l'idée selon laquelle les droits sociaux et économiques sont la concrétisation des droits de l'homme¹¹⁵. A cet effet, il contient des engagements pris par les Etats, mais aussi des droits plus substantiels (art. 6 - 15), tels que le droit de toute personne à jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre (cf. 3.2).

Bien entendu, au vu de la très grande diversité du niveau des ressources des Etats, il a fallu nuancer les droits sociaux par la prise en compte des ressources effectivement disponibles. Ceci est particulièrement manifeste dans la disposition relative aux soins. Les droits sociaux du Pacte I doivent de ce fait être considérés plutôt comme des buts sociaux au sens de la terminologie employée dans ce travail (cf. 2.6), c'est-à-dire comme une déclaration de l'intention de faire un effort, un panneau indicateur de la direction à prendre. Ils montrent que la tension déjà relevée entre idéal d'humanité et réalité économique se retrouve également en droit international.

Les Etats doivent livrer des rapports périodiques sur la mise en œuvre des Pactes et ces rapports sont ensuite contrôlés par des organismes onusiens (art. 16 du Pacte I). Comme il n'y a pas de tribunal (à l'image de la Cour européenne des droits de l'homme) chargé du contrôle de l'application des Pactes dans le cas concret, ce contrôle est laissé aux tribunaux nationaux, dont la compétence se limite aux dispositions directement applicables.

111 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I), RS 0.103.1.

112 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II), RS 0.103.2.

113 H.D.C. Roscam Abbing : "Rechten van de mens", TvGR 1977, p. 128.

114 FF 1991 I 1131.

115 "... l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels,... sont créées", Pacte I, Préambule paragraphe 3.

Il est important de préciser que le Tribunal fédéral ne reconnaît pas en principe d'effet direct aux dispositions du Pacte I¹¹⁶, alors qu'il le reconnaît pour le Pacte II¹¹⁷. Les arguments sont semblables à ceux employés pour les droits sociaux: les formulations ne sont pas assez précises, ce qui en fait un acte à caractère de programme qui s'adresse au législateur¹¹⁸; aucun droit individuel subjectif ne peut donc en être tiré¹¹⁹.

2.2.2.3 La Convention relative aux droits de l'enfant (CUDE)¹²⁰

La CUDE est fondée sur la DUDH et proclame que l'enfant, défini comme une personne âgée de moins de 18 ans, a droit à une aide et à une assistance spéciale¹²¹. Cette protection spéciale n'est pas seulement accordée à l'enfant en vertu de sa position de faiblesse¹²², mais aussi parce qu'il est l'avenir de la société et qu'il faut l'élever dès son plus jeune âge dans les valeurs chères à l'ONU, c'est-à-dire notamment la paix¹²³.

Mis à part le droit à la vie (art. 6 al. 1), le droit à la survie (art. 6 al.2), le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3) etc., la CUDE contient aussi des droits sociaux, comme p.ex., le droit à jouir du meilleur état de santé possible (cf. 3.3.2).

Le message du Conseil fédéral relatif à la CUDE ne prend pas position quant à l'effet direct (justiciabilité) des dispositions, mais laisse aux juges le soin de répondre à cette question¹²⁴. Concrètement, il appartiendra donc au juge de déterminer si la disposition invoquée est justiciable, c'est-à-dire si elle a un contenu normatif suffisamment clair. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral a reconnu un effet direct à l'article 12 de la CUDE (droit de l'enfant à être

¹¹⁶ ATF 120 Ia 10; 121 V 232; 121 V 249; 122 I 103; 126 I 243; mais plus nuancés: Pascal Mahon / Christoph Müller: "La dimension sociale dans la Constitution fédérale, aujourd'hui et demain", Bulletin de la Fédération des employés d'assurances sociales, 1998, p. 30.

¹¹⁷ Jeanine de Vries Reilingh: "L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966", 1998, pp 204 - 205.

¹¹⁸ ATF 120 Ia 11 - 12.

¹¹⁹ Pascal Mahon: "Droits sociaux et réforme de la Constitution", 1996, p. 390.

¹²⁰ RS 0. 107 entrée en vigueur en Suisse le 26 mars 1997.

¹²¹ Préambule de la CUDE, paragraphe 4.

¹²² Préambule CUDE, paragraphe 9.

¹²³ Préambule CUDE, paragraphe 7.

¹²⁴ FF 1994 V, pp 20 et 39.

entendu)¹²⁵ et à l'art. 7 (notamment le droit de connaître ses parents)¹²⁶. Il ne reconnaîtra vraisemblablement pas le caractère justiciable aux dispositions concernant les droits sociaux. En effet, il semble peu probable qu'on en arrive à une solution différenciée selon que la disposition invoquée appartient au Pacte 1 ou à la CUDE.

2.2.2.4 La Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS)¹²⁷

Toujours dans le contexte de l'après-guerre et dans le but d'assurer notamment la paix des peuples, la Constitution OMS, signée en 1946, reflète également l'esprit des textes onusiens. Dans cette même logique de paix, elle proclame en son préambule que "la santé des peuples est une condition fondamentale de la paix du monde et de la sécurité"¹²⁸. L'art. 1 précise que le but de l'OMS est d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible. La Constitution OMS est un exemple de concrétisation des droits de l'homme dans un domaine social : la santé.

Cette Constitution ne peut bien sûr pas être invoquée directement par un particulier, puisqu'elle sert uniquement à la création d'une organisation. S'il faut pourtant la mentionner ici, c'est qu'elle joue un rôle important pour le thème de cette étude, car elle donne des définitions qui, malgré les critiques les concernant, font encore référence dans le domaine de la santé. La Constitution sera donc analysée plus en détails dans les chap. 3.1 en ce qui concerne les définitions de la santé et 3.2 en ce qui concerne le droit à la santé.

2.2.2.5 L'Organisation internationale du travail (OIT)

C'est encore dans le contexte de l'après-guerre que la nouvelle Constitution de l'OIT a été signée¹²⁹. A nouveau, l'objectif de la paix universelle est invoqué, mais cette fois, pour fonder la justice sociale¹³⁰. Plusieurs

¹²⁵

ATF 124 III 90.

¹²⁶

ATF 125 I 262.

¹²⁷

RO 1948, pp 1002 ss.

¹²⁸

Préambule, paragraphe 4.

¹²⁹

RS 0.820.1.

¹³⁰

Préambule, paragraphe 1: "Attendu qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale".

conventions touchant les domaines du travail et de la sécurité sociale ont été élaborées dans le cadre de l'OIT.

La plus importante en rapport avec ce travail est la Convention no 102 du 28 juin 1952 concernant la norme minimum de la sécurité sociale¹³¹. La Suisse n'a ratifié cette convention qu'en partie. Ce sont justement les domaines des soins médicaux et des indemnités en cas de maladie qui n'ont pas été acceptés, entre autres l'art. 7 qui prévoit que les parties doivent garantir les prestations pour les soins médicaux préventifs et curatifs à ceux qui en ont besoin.

Il faut encore mentionner la Convention no 128 du 29 juin 1967 concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants¹³² qui a donné lieu à une célèbre jurisprudence en matière de faute grave¹³³.

2.2.3 Conseil de l'Europe: une union plus étroite

2.2.3.1 Convention de sauvegarde des droits fondamentaux et des libertés fondamentales (CEDH)¹³⁴

La CEDH a été élaborée dans le contexte de l'après-guerre, en référence directe à la DUDH¹³⁵. Elle a été ratifiée par la Suisse en 1974 avec quelques réserves et déclarations interprétatives. La période de l'après-guerre est notamment caractérisée par les discussions quant à la création d'une action économique et politique commune en Europe¹³⁶, dont la création du Conseil de l'Europe (CdE) sera un premier pas¹³⁷. Le but de la CEDH est de réaliser une union plus étroite entre les pays membres du CdE, en se référant aux

¹³¹ RS 0.831.102.

¹³² RS 0.831.105.

¹³³ La réduction des prestations de l'assurance-invalidité (art. 7 LAI) pour négligence grave a été jugée incompatible avec la convention; l'effet direct de la disposition concernée a donc été reconnu, cf. ATF 119 V 171. Cette jurisprudence a été étendue à la LAA sur la base de la Convention OIT no 102 et du Code européen de sécurité sociale (cf. 2.2.3.3), notamment dans l'ATF 121 V 42, et a conduit à la modification de l'art. 37 al. 2 LAA (cf. 5.6.4.2).

¹³⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101.

¹³⁵ Préambule, paragraphe I.

¹³⁶ Max Jansen / Iohan K. De Vree : "The ordeal of unity – The politics of European integration since 1945", 1988, p. 87.

¹³⁷ Selon les statuts du CdE, son but est de favoriser le progrès économique et social.

valeurs fondamentales d'humanisme de notre tradition occidentale, et par là même de renforcer l'union entre les pays¹³⁸. Alors que la DUDH est de nature essentiellement programmatrice, il y a dans la CEDH une réelle volonté de prendre des mesures pour en assurer la garantie¹³⁹. Pour en renforcer le caractère contraignant, contrairement à d'autres conventions internationales, la CEDH prévoit la création d'une Cour européenne des droits de l'homme, qui peut notamment être saisie par un individu, victime d'une violation de ses droits par un Etat-membre (art. 34).

Le champ d'application de la CEDH s'étend aux droits individuels, tels que le droit à la vie (art. 2), l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (art. 3), l'interdiction de discrimination (art. 14), etc. Il n'y a pas de véritables droits sociaux dans la CEDH. Par contre, il faut se poser la question de savoir si les conditions élémentaires de survie ne font pas obligatoirement partie de ces droits individuels (cf. 2.5.3)¹⁴⁰.

L'applicabilité directe de la CEDH et de ce fait son caractère justiciable ont été reconnus par le Tribunal fédéral en 1975 déjà¹⁴¹. Par contre, la protection qu'offre la CEDH n'est en général pas plus large que celle qui découle de la Constitution fédérale¹⁴².

2.2.3.2 *La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine*¹⁴³

Les développements de la médecine et de la recherche scientifique nécessitent une réglementation juridique mieux adaptée aux problèmes spécifiques de ces domaines et permettant d'éviter les abus. La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine est la première tentative

¹³⁸ Préambule, paragraphe 3.

¹³⁹ Préambule, paragraphe 5.

¹⁴⁰ "...correctif aux mécanismes d'exclusion et aux situations d'extrême pauvreté empêchant toute possibilité de vivre dans la dignité", Marco Bonghi:

"L'effectivité sociale de la CEDH", 1993, pp 87-88.

¹⁴¹ ATF 101 Ia 69.

¹⁴² Par exemple ATF 126 I 115.

¹⁴³ Convention européenne pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1997, STE no 164 et Protocole additionnel à la Convention européenne pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine portant sur l'interdiction du clonage d'êtres humains, du 12 janvier 1998, STE no 168.

d'élaborer des règles contraignantes au niveau international dans le domaine de la médecine¹⁴⁴. Elle vise à créer un standard commun de protection en faveur des patients¹⁴⁵. La Suisse n'a pas encore ratifié cette Convention¹⁴⁶.

L'objectif de la Convention est de protéger la dignité de tout être humain à l'égard des applications dans le domaine médical, notamment contre les dangers qui découlent d'un usage improprie de la biologie ou de la médecine¹⁴⁷, mais toujours dans le but d'assurer plus d'unité entre les Etats membres. En son art. 2, la Convention souligne la primauté du bien de l'être humain sur toute autre considération telle que l'intérêt de la société ou de la science. Le droit à l'autodétermination est un des piliers de la convention (art. 5 – 9). En son art. 3, la Convention consacre le droit à un accès équitable aux soins de santé (*equitable access to health care*). Cette disposition sera examinée plus en détails sous 3.3.5.3.

A nouveau, il n'est pas possible de déterminer avec certitude si la Convention sera directement applicable en droit suisse. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral mentionnée sous 2.2.2.2, la réponse variera en fonction des dispositions. Il est à prévoir que le "noyau dur", c'est-à-dire notamment les dispositions sur l'autodétermination, le consentement, le respect de la vie privée et l'information seront directement applicables¹⁴⁸. Par contre, dans la ligne de la jurisprudence concernant le Pacte I et les droits sociaux en général, il est peu probable que l'art. 3 concernant le droit d'accès aux soins soit directement applicable¹⁴⁹, à moins que l'accent ne soit mis sur le principe d'égalité de traitement (d'accès) implicitement contenu dans cet article, ce qui rejoindrait la construction proposée sous 3.5.

L'application de la Convention est contrôlée au niveau national. Contrairement à la CEDH et aux Pactes ONU, la Convention ne prévoit ni juridiction propre, ni obligation pour les Etats parties de fournir des rapports périodiques¹⁵⁰. L'article 30 donne la possibilité au Secrétaire général du CdE de demander des explications à un Etat.

¹⁴⁴ Rapport du DFJP en vue de la procédure de consultation, septembre 1998, p. 2.

¹⁴⁵ Rapport du DFJP en vue de la procédure de consultation, septembre 1998, p. 4.

¹⁴⁶ Le Message du 12 septembre 2001 peut être consulté sur le site internet de l'OFJ.

¹⁴⁷ Convention européenne pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, STE no 164, Préambule, § 11.

¹⁴⁸ Rapport du DFJP en vue de la procédure de consultation, septembre 1998, p. 9.

¹⁴⁹ Dans ce sens, cf. Message du 12 septembre 2001, p. 15.

¹⁵⁰ Rapport du DFJP en vue de la procédure de consultation, septembre 1998, p. 6.

2.2.3.3 *Charte sociale et Code européen de sécurité sociale*

En ce qui concerne la Suisse, la Charte sociale¹⁵¹ est l'exemple d'un accouchement long et douloureux d'un enfant mort-né; la Suisse n'est pas partie à cette convention. La Charte sociale a notamment pour but de garantir et de promouvoir la protection sociale dans les Etats qui y sont parties et par là, d'exercer une fonction d'anti-dumping social¹⁵². Le niveau de protection garanti doit correspondre à celui de la Convention OIT no 102 qui n'est ratifiée qu'en partie par la Suisse.

Le Code européen de sécurité sociale¹⁵³ fixe des garanties minimales de protection, notamment en matière de soins, qui sont plus précises que les principes de la Charte et plus étendues que celles de la Convention OIT no 102¹⁵⁴. En matière de soins, il prévoit notamment la couverture d'une proportion minimale de la population, une description des soins et la durée de prise en charge. Un Protocole prévoyant des garanties plus étendues est annexé au Code. La Suisse n'a ratifié que la partie du Code relative aux prestations vieillesse, invalidité, survivants, aux accidents et maladies professionnels et aux prestations relatives à la famille. Entre autres, la partie relative aux soins médicaux est totalement exclue par une réserve.

2.2.4 **Droit communautaire: l'intégration par le Marché commun**

2.2.4.1 *Augmentation de la prospérité par la libre circulation*

En introduction, il convient de rappeler que le but principal de l'UE est la réalisation d'un marché commun et que les quatre libertés (libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux) en sont le moyen. La réglementation communautaire est subordonnée à ce but fondamental; elle nécessite une analyse sous l'angle des libertés.

Historiquement, la naissance de la Communauté européenne est également liée à l'après-guerre¹⁵⁵. L'originalité est que les pères fondateurs ont voulu se

¹⁵¹ Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, STE no 35.

¹⁵² H.D.C. Roscam Abbing: "Toegankelijkheid gezondheidszorg", 1995, p. 168.

¹⁵³ Code européen de sécurité sociale du 6 avril 1964, ratifié par la Suisse avec d'importantes réserves le 16 septembre 1977, cf. RS 0.831.104.

¹⁵⁴ Préambule du Code européen de sécurité sociale, paragraphe 4.

¹⁵⁵ Voir l'appel de Winston S. Churchill en faveur de "United States of Europe" le 19 septembre 1946 à l'université de Zurich, in Brent Nelsen / Alexander C.-G.

distancer des grandes déclarations concernant la paix et les droits de l'homme¹⁵⁶. Il fallait créer une unité, afin d'assurer la place de l'Europe dans le monde et d'en développer le niveau de vie¹⁵⁷. Créer une unité sur les plans politique ou militaire semblait irréalisable à l'époque. Le premier pas était de rassembler l'Allemagne et la France, par un moyen très concret, dans un domaine bien délimité : la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). Par conséquent, dans l'optique communautaire, l'intégration, qui est un objectif politique, devait être atteinte par le biais de l'économie¹⁵⁸. Le chemin politique semblait trop ambitieux à l'époque, mais il était possible d'avancer ensemble, dans la même direction, tenant compte des besoins concrets, toujours dans ce même but : "a working peace system"¹⁵⁹. 40 ans plus tard, le Traité d'Amsterdam¹⁶⁰ contient un nombre accru de dispositions à caractère politique et social et une Charte des droits de l'homme a été adoptée (cf. 2.2.4.2).

2.2.4.2 Droits de l'homme

En Europe, la question des droits de l'homme est traitée de manière prépondérante par le CdE et plus particulièrement dans la CEDH. Dans un premier temps, la Communauté européenne a volontairement laissé de côté la question des droits de l'homme dans le traité¹⁶¹. Il serait toutefois

Stubbs (éd.) : "The European Union – Readings on the Theory and Practice of European integration", 1994, p. 5.

¹⁵⁶ Paul Craig / Grainne de Búrca : "EC Law - Text, Cases, & Materials", 1995, p. 299.

¹⁵⁷ Max Jansen / Johan K. De Vree : "The ordeal of unity – The politics of European integration since 1945", 1988, p. 141.

¹⁵⁸ Max Jansen / Johan K. De Vree : "The ordeal of unity – The politics of European integration since 1945", Balthoven 1988, p. 144; déjà Montesquieu disait que "l'effet naturel du commerce est de porter à la paix", "De l'esprit des lois", vol. I, p. 324.

¹⁵⁹ David Mitrany : "A working peace system", in : "The European Union – Readings on the Theory and Practice of European integration", 1994, pp 77 – 95.

¹⁶⁰ Traité sur l'Union européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992) version consolidée, signée à Amsterdam le 2 octobre 1997 et Traité instituant la Communauté européenne (signé à Rome le 25 mars 1957), version consolidée, signée à Amsterdam le 2 octobre 1997.

¹⁶¹ Le projet de 1953 (pour la création de ce qu'on appelait une communauté politique européenne) prévoyait en son art. 2 le développement de la protection des droits de l'homme comme un but ; voir Max Jansen / Johan K. De Vree :

inimaginable qu'une institution telle que la Communauté européenne passe à côté de ce qui devrait être le fondement de tout ordre juridique (tout au moins en Occident). C'est pourquoi, la Cour de Justice des communautés européennes (CEJ) a peu à peu admis la place des droits de l'homme non seulement pour les institutions de l'UE, mais pour chaque Etat membre. Le champ d'application reste toutefois restreint aux domaines touchés par le droit communautaire¹⁶².

Dans la ligne de cette évolution, il faut d'abord signaler que le traité d'Amsterdam a introduit la possibilité de sanctionner un Etat membre qui ne respecterait pas les droits de l'homme et les libertés fondamentales (art. 7 traité UE) et une référence explicite à la CEDH dans l'art. 6 al. 2 du Traité UE.

En automne 2000, une Charte des droits fondamentaux a été adoptée par le Parlement européen, le Conseil et la Commission¹⁶³. Elle contient bon nombre de droits fondamentaux classiques, mais aussi des droits à caractère social. La nature juridique de ce document n'est pas encore très claire, puisque la Charte ne fait pas partie de la législation communautaire primaire et n'a de ce fait pas de caractère obligatoire¹⁶⁴. Même si elle était intégrée dans la législation primaire, le champ d'application de la Charte poserait problème, car les droits qu'elle contient s'adressent en première ligne aux institutions de l'Union européenne, et aux Etats membres, mais, pour ces derniers, seulement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'UE (art. 51). L'art. 51 al. 2 précise d'ailleurs que la Charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour l'UE.

Les art. 1 - 3 de la Charte protègent respectivement la dignité humaine, la vie et l'intégrité physique. A cet effet, il faut relever l'art. 3 qui prévoit des dispositions spécifiques en matière de médecine et de biologie. Les art. 20 - 21 prévoient le principe de l'égalité en droit et de la non-discrimination. En matière sociale, il faut mentionner pour le domaine qui concerne ce travail,

"The ordeal of unity – The politics of European integration since 1945", 1988, p. 129.

¹⁶² Paul Craig / Grainne de Búrca: "EC Law - Text, Cases, & Materials", 1995, p. 336.

¹⁶³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/ C364/01); commentaires en rapport avec le droit de la santé dans Elisabeth Dujmovits: "Die EU-Grundrechtscharta und das Medizinrecht", Recht der Medizin 2001, pp 72 ss.

¹⁶⁴ Elisabeth Dujmovits: "Die EU-Grundrechtscharta und das Medizinrecht", Recht der Medizin 2001, p. 83.

l'art. 34 qui prévoit un droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et l'art. 35 qui concerne l'accès aux soins (cf. chap. 3).

2.2.4.3 *Droits sociaux*

La place donnée aux droits sociaux est encore timide, puisque seule la Charte les mentionne expressément. L'Europe sociale semble être une des plus difficiles à réaliser, alors même que le haut niveau de protection sociale est un des buts fixés à l'art. 2 du Traité CE. Il est vrai qu'il faut apporter une nuance à cette déclaration, en ce sens qu'elle est en quelque sorte subordonnée au fonctionnement du Marché commun puisque, d'après l'art. 2 du traité CE, c'est par la création du Marché commun que pourra être réalisé notamment le haut niveau de protection sociale. Les dispositions concernant la sécurité sociale ne visent pas, comme dans bien d'autres cas, l'harmonisation des législations nationales, mais leur coordination.

En matière de sécurité sociale, suite aux accords sectoriels¹⁶⁵, la Suisse devra appliquer les règlements 1408/71¹⁶⁶ et 574/72¹⁶⁷. Plus de détails concernant ces règlements et leur application dans un Etat membre peuvent être trouvés sous 4.2 en ce qui concerne les Pays-Bas.

2.3 La protection constitutionnelle de la personnalité

2.3.1 Une fonction protectrice

Les droits fondamentaux entrant dans cette catégorie ont pour fonction essentielle de protéger l'individu contre un acte de l'Etat portant une atteinte à

¹⁶⁵ Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 III.2, pp 5440 ss.; cf. aussi Bettina Kahil-Wolff: "L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse-CE et le droit des assurances sociales", SJ 2001, pp 81 ss.

¹⁶⁶ Règlement no 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 149 du 5 juillet 1971, p 2), modifié en dernier lieu par le règlement no 307/1999 (JO L38 du 12 février 1999, p 1).

¹⁶⁷ Règlement no 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relatif à l'application du Règlement 1408/71, modifié en dernier lieu par le règlement 307/1999 (JO L38 du 12 février 1999, p 1).

un élément essentiel de sa personnalité. Dans ce travail, nous emploierons la terminologie "droits de la personnalité" ou "protection constitutionnelle de la personnalité" plutôt que celui de liberté personnelle, nous alignant ainsi sur la terminologie employée par Müller¹⁶⁸. Cette terminologie nous semble plus adaptée à la systématique de la nouvelle Constitution qui distingue notamment le droit à la vie du droit à la liberté personnelle (art. 10 Cst.).

Pour l'Etat, les droits de la personnalité ne comportent pas seulement une obligation de s'abstenir de porter atteinte, mais aussi une obligation de protection positive contre les atteintes (*positive Schutzpflicht*¹⁶⁹). En matière de droit à la vie et de droit à l'intégrité psychique et physique, les meilleurs exemples de protection positive se trouvent dans le domaine des activités policières (devoir de protection de l'existence menacée). Cette obligation couvre la protection de principe du droit individuel concerné, mais n'a pas pour corollaire un droit à des mesures déterminées (cf. développements notamment sous 2.3.2) ou à une protection contre toutes les formes d'atteintes ou risques imaginables¹⁷⁰.

Le but premier des droits fondamentaux est de protéger l'individu contre une atteinte de l'Etat (effet vertical) et non de protéger la personne contre des atteintes d'autres personnes ou contre elle-même¹⁷¹. Il faut toutefois relativiser cette déclaration par la reconnaissance d'un certain effet qu'ont les droits fondamentaux sur les relations entre particuliers (effet horizontal). Selon le Tribunal fédéral, un effet horizontal indirect des droits fondamentaux est aujourd'hui admis par la doctrine majoritaire en Suisse¹⁷². Par conséquent, toutes les lois (y compris le droit privé) doivent être élaborées en fonction des droits fondamentaux et même les réaliser¹⁷³ et l'interprétation de ces lois doit être conforme aux droits fondamentaux. Le but

¹⁶⁸ "Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz", Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, pp 7 ss.

¹⁶⁹ ATF 126 II 314: "... eine staatliche Schutzpflicht gegen Gefährdungen, die von Dritten verursacht werden"; cf. aussi commentaire de l'ATF 126 II 314 par René Wiederkehr, AJP 2001, p. 216.

¹⁷⁰ ATF 126 II 315; l'arrêt fait référence notamment aux ressources limitées de l'Etat.

¹⁷¹ Exceptionnellement, la protection de la personne contre elle-même pourra justifier une atteinte, cf. p. ex. ATF 124 I 42.

¹⁷² ATF 120 V 316; 111 II 245.

¹⁷³ Jean-François Aubert : "Traité de droit constitutionnel suisse", supplément, 1982, p 202; Ulrich Häfelin / Walter Haller : "Schweizerisches Bundesstaatsrecht", 2001, pp 87ss.

de cet effet horizontal indirect est de protéger le plus faible, non seulement contre des atteintes de l'Etat, mais aussi contre celles de membres de la société¹⁷⁴, par le droit constitutionnel et plus précisément par les droits fondamentaux. Il s'agirait en quelque sorte d'une harmonisation par les droits fondamentaux.

L'art. 35 Cst. précise cet effet horizontal indirect, puisqu'il préconise que les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (al. 1) et que, dans la mesure où ils s'y prêtent, les droits fondamentaux doivent aussi être réalisés dans les relations entre particuliers (al. 3)¹⁷⁵. Pour ce travail, l'art. 35 al. 2 Cst. est particulièrement important, puisqu'il stipule que quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux. A notre avis, les soins fournis dans le cadre du système social font partie des tâches étatiques. Par conséquent, les fournisseurs de soins privés mais rémunérés par le biais des assurances sociales font partie des personnes assumant une tâche de l'Etat lorsqu'ils attribuent les prestations prises en charge par ces assurances. En effet, c'est l'accès aux prestations qui est déterminant pour le sujet qui nous concerne, plus que le rapport patient-médecin. Dans cette perspective, le médecin est le principal intermédiaire pour avoir accès à ces prestations et exerce une tâche de l'Etat au sens de l'art. 35 al. 2 Cst.¹⁷⁶. En ce qui concerne les prestations remboursées par les assurances complémentaires, si elles sont liées à des prestations entrant dans le cadre des assurances sociales, nous pensons qu'il s'agit aussi de prestations de nature étatique, car une distinction dans le cadre d'un même traitement général ne nous semblerait pas opportune.

Les droits fondamentaux suivants sont examinés dans le cadre de ce travail: la protection de la dignité humaine qui a été analysée au début de ce chapitre en raison de son caractère de source des droits fondamentaux (cf. 2.1.1), le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique et psychique, le droit à l'autodétermination et de manière séparée, de par sa nature spécifique, le

174 ATF 111 II 253.

175 Ulrich Häfelin / Walter Haller : "Schweizerisches Bundesstaatsrecht", 2001, p. 89; René Rhinow: "Die Bundesverfassung 2000", 2000, p. 152; en lien avec le droit à la vie, cf. Yvo Hangartner: "Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe", 2000, pp 6-8.

176 Gross parle de "staatliche Leistungsverwaltung in Privatrechtsform" et soumet cette activité, notamment, au principe de l'égalité de traitement et à la liberté personnelle; cf. Jost Gross: "Die persönliche Freiheit des Patienten", 1977, pp 121-122.

principe de l'égalité de traitement (cf. 2.4.2)¹⁷⁷. Le droit à des conditions minimales d'existence sera également examiné plus loin, en même temps que les droits ou buts sociaux (cf. 2.5).

2.3.2 Les atteintes aux droits fondamentaux

Toute atteinte aux droits fondamentaux doit respecter les quatre conditions mentionnées dans l'art. 36 Cst.: l'atteinte est fondée sur une base légale (plus l'atteinte est grave, plus cette base légale doit être précise et contenue dans une loi formelle); elle est destinée à préserver un intérêt public; elle respecte le principe de la proportionnalité; le noyau intangible du droit est préservé. L'art. 36 Cst. vise essentiellement les libertés, mais elle peut également intervenir, de manière sélective, dans le cadre des prestations positives de l'Etat ou du principe de l'égalité de traitement¹⁷⁸.

Dans le domaine médical, il s'agit au surplus d'examiner l'influence du droit à l'autodétermination sur les autres droits protégeant la personnalité. En droit civil, le consentement, qui est une expression du droit à l'autodétermination, constitue un élément justificatif d'une atteinte aux droits de la personnalité, dans le cadre d'un rapport de droit privé. En droit constitutionnel, la question du consentement à une atteinte aux droits fondamentaux n'est pas clairement réglée et la tension entre le droit à l'autodétermination et le droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est souvent qu'évoquée¹⁷⁹. Il s'agit finalement de déterminer si et dans quelle mesure une personne peut limiter ses droits fondamentaux par sa propre volonté. Le don d'organes est l'exemple le plus concret¹⁸⁰, puisque le consentement du donneur est admis comme un motif

¹⁷⁷ Cf. aussi la classification quadripartite des droits fondamentaux, exposée notamment par Andreas Auer / Giorgio Mainvernì / Michel Hottelier: "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, pp 475 ss.

¹⁷⁸ ATF 126 I 28; Jörg Paul Müller: "Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten", 2001, pp 640-641. Par contre, la plupart des auteurs, se fondant sur le Message FF 1997 I 196, réservent l'art. 36 Cst. à la fonction défensive des droits fondamentaux, cf. Béatrice Weber-Dürler "Rechtsgleichheit", 2001, p. 664; Andreas Auer / Giorgio Mainvernì / Michel Hottelier: "Droit

constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, p. 65; Ulrich Häfelin / Walter Haller: "Schweizerisches Bundesstaatsrecht", 2001, pp 93-94. Notamment Marco Borghi: "L'image de la mort en droit public", 1990, pp 29 ss; en rapport avec le droit à la vie, cf. Yvo Hangartner: "Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe", 2000, p. 71.

¹⁸⁰ Notamment ATF 123 I 112.

justificatif d'une atteinte souvent majeure à l'intégrité corporelle. Le droit à l'autodétermination peut donc avoir une fonction limitatrice d'autres droits fondamentaux dans certains domaines et à certaines conditions, notamment dans le domaine de la santé.

2.3.3 Le droit à la vie

2.3.3.1 *Éléments caractéristiques*

Jusqu'à la révision constitutionnelle, le droit à la vie découlait du droit non écrit à la liberté personnelle, dont il formait le noyau intangible. Il bénéficiait de ce fait d'une protection absolue¹⁸¹. Dans la nouvelle Constitution, le droit à la vie est énoncé expressément (art. 10 al. 1 Cst.) et est distingué du droit à la liberté personnelle (al. 2). Le caractère intangible du droit à la vie ne concerne à notre avis que la protection contre les actions intentionnelles de tuer. Autrement dit, le droit à la vie, dont le champ d'application est plus large que ce noyau, est à traiter comme les autres droits fondamentaux et seule l'action faite dans l'intention de tuer atteint le noyau intangible de ce droit¹⁸².

Tout être humain, quels que soient son âge, son sexe, sa nationalité ou sa situation a droit à sa vie¹⁸³, c'est-à-dire à son existence biologique¹⁸⁴, et ceci depuis le début de sa vie jusqu'à la mort. Si les critères de la mort cérébrale tentent de définir la mort¹⁸⁵, la question du début de la vie est plus difficile à résoudre. Ni la CEDH, ni la Constitution fédérale, ni l'art. 31 CC, ni le

¹⁸¹ ATF 98 Ia 515 ; Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 14.

¹⁸² Voir également Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 13. Opinions contraires selon lesquelles le droit à la vie, dans son aspect défensif, ne protège que contre les actes intentionnels de l'Etat et se trouve ainsi noyau intangible en lui-même, cf. Yvo Hangartner : "Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe", 2000, p. 5 ; René Rhinow : "Die Bundesverfassung 2000", 2000, p. 107.

¹⁸³ ATF 98 Ia 515 : "Es gibt mit anderen Worten kein lebensunwertes menschliches Leben"; Jörg Paul Müller : "Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation", RDS 1971 I, p. 462 : "Das bedeutet auch, dass jede Bewertung eines konkreten Lebens im Sinne einer möglichen Höher- oder Minderbewertung verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist".

¹⁸⁴ Les autres éléments de l'humanité sont protégés par le droit à la dignité humaine et à la liberté personnelle, respectivement à l'autodétermination.

¹⁸⁵ La mort cérébrale est évoquée pour la première fois par le TF dans l'arrêt ATF 98 Ia 514.

Tribunal fédéral, ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont donné à ce jour de réponse à cette question éminemment controversée¹⁸⁶.

2.3.3.2 Les limites du droit à la vie

Pour l'Etat, le droit à la vie n'implique pas seulement un élément négatif (s'abstenir d'un acte intentionnel ou d'une négligence conduisant à la mort¹⁸⁷), mais aussi un devoir de protection de l'existence menacée (*positive Schutzpflicht*)¹⁸⁸ qui va au-delà de la mise en place d'une législation pénale¹⁸⁹. Un refus ou une omission de protéger la vie peut constituer une atteinte à ce droit fondamental. Ce dernier élément peut être illustré par l'action policière pour protéger la victime d'un tiers malveillant, mais aussi par l'action sociale pour protéger la personne qui n'a pas les moyens de survivre (cf. droit à des conditions minimales d'existence, 2.5).

Par contre, le droit à la protection policière n'implique pas un droit à des mesures déterminées, car la détermination des mesures est dépendante des ressources à disposition. Il n'y a pas, par exemple, de droit à être constamment escorté. La célèbre affaire Schleyer, jugée en Allemagne, montre bien cette limite entre le droit à une protection étatique découlant du droit à la vie et le refus d'un droit à des mesures déterminées¹⁹⁰. Dans l'affaire Osman, en relation avec l'art. 2 al. 1 CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme arrive à des conclusions semblables, mais précise qu'en cas de danger de mort concret, les autorités doivent prendre les mesures qui auraient pu raisonnablement diminuer ce risque¹⁹¹. Par ailleurs, en rapport

¹⁸⁶ FF 1997 I 149 ; Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 16.

¹⁸⁷ Les deux éléments font partie de l'élément défensif du droit à la vie, cf. Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, pp 12-17.

¹⁸⁸ Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 18; Mark E. Villiger : "Handbuch der Menschenrechtskonvention (EMRK)", 1999, p. 171.

¹⁸⁹ Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier : "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, p. 142; Yvo Hangartner : "Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe", 2000, p. 6.

¹⁹⁰ Il s'agissait de savoir si l'Etat devait libérer les prisonniers demandés en rançon; le Bundesverfassungsgericht a jugé que le droit à la vie ne donnait pas de droit à exiger un tel acte, cf. BVerfGE 46, 160 ss.

¹⁹¹ Décision de la Cour européenne de justice, Recueil 1998-VIII, requête no 23452/94, notamment p. 33 de l'arrêt: "... il faut interpréter cette obligation (obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui) de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif.

avec un traitement médical non pris en charge par les caisses-maladie, le *Bundesverfassungsgericht* allemand a précisé que la *positive Schutzpflicht* découlant du droit à la vie et du droit à l'intégrité physique ne donnent pas droit à un traitement déterminé¹⁹².

En vue de l'analyse qui sera effectuée dans le chapitre 8 concernant le raisonnement, nous proposons d'examiner l'étendue de la protection du droit à la vie, compte tenu des considérations relatives aux conditions générales d'atteinte aux droits fondamentaux et à la protection positive émises ci-dessus, de manière schématique¹⁹³:

- Un acte commis avec l'intention de tuer atteint le noyau intangible du droit à la vie et est de ce fait absolument prohibé¹⁹⁴, non seulement dans le cadre du droit constitutionnel, mais également par les art. 111 ss CP;
- Un acte portant atteinte à la vie, mais sans intention de tuer est soumis aux conditions que doit remplir une atteinte aux droits constitutionnels et peut être justifié par le consentement de la personne concernée¹⁹⁵;
- L'omission (ou le refus) de protéger la vie d'une personne porte atteinte au droit à la vie (*positive Schutzpflicht*); elle est soumise aux conditions que doit remplir une atteinte aux droits constitutionnels et peut être justifiée par le consentement de la personne concernée;
- L'omission (ou le refus) d'une mesure déterminée de protection de la vie d'une personne dépasse l'obligation de protection positive et ne constitue pas en principe un objet de protection du droit à la vie.

Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation".

192 "Ein mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzbarer Anspruch auf Bereithaltung spezieller Gesundheitsleistungen, die der Heilung von Krankheiten dienen oder jedenfalls bezwecken, dass sich Krankheiten nicht weiter verschlimmern, kann aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht hergeleitet werden; arrêt du 5.3.1997, *Medizinrecht* 1997, pp 318-319, rendu en rapport avec un nouveau médicament visant le traitement d'un carcinome rénal, dont le coût dépassait largement DM 100'000.-, et dont l'efficacité n'était pas encore véritablement prouvée.

193 Dans la mesure du possible, nous essaierons d'appliquer le même schéma aux droits fondamentaux examinés dans ce travail.

194 Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 13.

195 Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 15.

Par ailleurs, comme mentionné plus haut, le droit à la vie peut prêter à controverse, non quant à son essence, mais quant à son lien avec la liberté de son titulaire (autodétermination). D'un côté, il y a ceux qui donnent à la vie un caractère sacré, absolu, ne pouvant pas être dominée par l'homme¹⁹⁶ et de l'autre ceux qui pensent que l'être humain a seul la maîtrise de son destin et que sa vie est sujette à son acceptation (ou son refus) et donc à sa décision, en vertu de son droit à l'autodétermination¹⁹⁷. La tension entre ces deux pôles se fait particulièrement sentir dans les questions touchant à l'euthanasie et à l'avortement, mais aussi dans la conception qu'on se fait des soins¹⁹⁸.

La réponse, jamais définitive, à cette question dépend de la conception de la vie à un moment donné¹⁹⁹: est-elle caractérisée par le support biologique ou par la capacité de relation? La première conception, si elle est absolue, conduit à une interdiction de l'euthanasie, de l'avortement et à de sérieux problèmes lorsqu'il y a une nécessité de faire des choix en matière de soins, notamment en relation avec des traitements vitaux faisant appel à des technologies de pointe. La deuxième conception, si elle est absolue, conduit à une impasse pour certaines affections psychiatriques ou certains handicaps.

Pour notre part, nous pensons que le droit à la vie ne doit pas être pris isolément, car il couvre avant tout l'aspect biologique de notre existence, mais il doit être examiné à la lumière de la protection de la dignité humaine qui inclut tous les aspects de la vie au sens large²⁰⁰. La question n'est plus alors: la vie à tout prix? Mais, une existence digne à tout prix? La conjugaison de la protection de la dignité humaine et du droit à la vie donne un droit à une existence digne.

¹⁹⁶ Instruction de la Congrégation pour la doctrine de la foi (Eglise catholique romaine): "Le don de la vie", p. 5.

¹⁹⁷ P.ex.: "Il peut alors décider d'accepter de vivre", Albert Camus: "Le mythe de Sisyphe", p. 65; "Ainsi, la première démarche de l'existentialisme est de mettre tout homme en possession de ce qu'il est et de faire reposer sur lui la responsabilité totale de son existence", Jean-Paul Sartre: "L'existentialisme est un humanisme", p. 12.

¹⁹⁸ Deux arrêts récents en matière de traitement psychiatrique forcé semblent donner à la protection de la vie et de l'intégrité la priorité sur le droit à l'autodétermination, cf. ATF 127 I 6; 126 I 119.

¹⁹⁹ Cette conception influencera les principes juridiques et leur interprétation.
²⁰⁰ Rappelons qu'avant l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution fédérale, le droit à la vie n'était qu'une partie du droit à la liberté personnelle qui couvrirait tous les éléments de l'existence, cf. ATF 118 Ia 315; 123 I 118; 126 I 114.

2.3.4 Le droit à l'intégrité physique et psychique

2.3.4.1 Eléments caractéristiques

L'art. 10 al. 2 Cst. protège l'intégrité de la personne humaine dans son ensemble biologique ou fonctionnel - corps et esprit - en tant qu'élément de la liberté personnelle²⁰¹. L'intégrité psychique recouvre tout ce qui caractérise la personne individuelle de manière non visible et non palpable et l'intégrité physique concerne l'aspect "matériel" de la vie humaine. La première raison d'être d'une telle disposition est de protéger l'individu contre toute forme de torture et de traitements inhumains ou dégradants; ces éléments sont d'ailleurs explicitement mentionnés dans l'art. 10 al. 3 Cst. En ce sens, ce droit constitue l'équivalent des art. 3 CEDH et 7 du Pacte II. Cette protection constitue également le noyau intangible du droit à l'intégrité physique et psychique²⁰².

La protection octroyée par l'art. 10 al. 2 Cst. va toutefois au-delà de ce noyau intangible et protège l'être humain contre toute atteinte à son intégrité, même si l'atteinte est effectuée dans le but d'améliorer son état de santé (actes médicaux), et ce, peu importe qu'elle soit grave ou non, qu'elle ait pour conséquence un dommage ou une guérison et qu'il y ait souffrance ou non²⁰³. Le Tribunal fédéral a reconnu une atteinte à l'intégrité physique et psychique dans les cas suivants: vaccination contre la diphtérie²⁰⁴, contrôle dentaire obligatoire²⁰⁵, injection de fluor dans l'eau potable²⁰⁶.

2.3.4.2 Les limites du droit à l'intégrité physique et psychique

Comme pour le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique et psychique comprend également un droit à une protection positive (*positive Schutzpflicht*) de l'Etat²⁰⁷. Ce droit ne va toutefois pas jusqu'à accorder une

²⁰¹ Le Tribunal fédéral précise que la liberté personnelle protège l'intégrité de l'être humain dans toutes ses formes, cf. ATF 127 I 12.

²⁰² Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 20.

²⁰³ Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 25.

²⁰⁴ ATF 99 Ia 749.

²⁰⁵ ATF 118 Ia 427.

²⁰⁶ ZBl 1991, pp 25 ss.

²⁰⁷ Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 25.

protection contre toute atteinte et contre tous les risques possibles, notamment du fait des ressources limitées de l'Etat²⁰⁸.

La jurisprudence relative à la CEDH, particulièrement l'arrêt *López Ostra c. Espagne*, offre des développements intéressants en matière d'émissions environnementales²⁰⁹. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que les émissions nocives d'une station d'épuration atteignent les requérants dans leurs droits protégés par l'art. 8 CEDH et que l'Etat est responsable car il a enfreint son obligation de protection, même si le dommage n'est pas encore survenu. Certains auteurs considèrent qu'un droit à un environnement sain est garanti, en tant qu'élément de la troisième génération des droits fondamentaux²¹⁰.

Par analogie avec le droit à la vie, l'étendue de la protection garantie par le droit à l'intégrité physique et psychique peut être exposé schématiquement :

- Un acte commis avec l'intention de blesser, de faire souffrir ou d'occasionner de graves troubles psychiques à la personne concernée atteint le noyau intangible du droit à l'intégrité physique et psychique et est de ce fait absolument prohibé²¹¹;
- Un acte portant atteinte à l'intégrité, mais sans intention de blesser, de faire souffrir ou d'occasionner des troubles psychiques est soumis aux conditions que doit remplir une atteinte aux droits constitutionnels et il peut être justifié par le consentement de la personne;
- L'omission (ou le refus) de protéger l'intégrité physique et psychique d'une personne porte atteinte au droit à l'intégrité physique et psychique (*positive Schutzpflicht*); elle est soumise aux conditions que doit remplir une atteinte aux droits constitutionnels;

²⁰⁸

ATF 126 II 315.

²⁰⁹

L'arrêt *López Ostra c. Espagne* du 9 décembre 1994, Série A no 303-C, est résumé et commenté par Ariane Ayer: "Droit international de l'environnement: responsabilité de l'Etat pour inactivité législative et droit des particuliers", Bâle 2001, pp 90 ss.

²¹⁰

Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier: "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, p. 30; Ariane Ayer: "Droit international de l'environnement: responsabilité de l'Etat pour inactivité législative et droit des particuliers", 2001, pp 76 ss.

²¹¹

ATF 127 I 30.

-
- L'omission (ou le refus) d'une mesure déterminée de protection de l'intégrité physique et psychique d'une personne ne constitue pas un objet de protection du droit à l'intégrité physique et psychique.

Il faut relever que le consentement de la personne concernée joue un rôle plus important ici que pour le droit à la vie, puisqu'il peut justifier des atteintes portées sans l'intention de blesser, de faire souffrir ou d'occasionner de graves troubles psychiques. Ceci permet notamment d'éviter que tout acte médical ne constitue une atteinte au droit à l'intégrité physique et psychique.

2.3.5 Le droit à l'autodétermination²¹²

2.3.5.1 *Éléments caractéristiques*

Le droit à l'autodétermination est un élément de la liberté personnelle et découle principalement de l'art. 10 al. 2 Cst.²¹³. La jurisprudence a peu à peu élargi le droit à la liberté personnelle, y incluant notamment le droit à l'autodétermination²¹⁴ et le droit à un certain degré d'épanouissement personnel²¹⁵. Par contre, le Tribunal fédéral a précisé que seuls les aspects importants du mode de vie de chacun, nécessaires à l'épanouissement de la personnalité, sont protégés par ce droit fondamental²¹⁶.

Le droit à l'autodétermination pose deux problèmes majeurs:

-
- ²¹² La terminologie "droit à l'autodétermination", notamment employée par J. P. Müller et fondamentale en droit constitutionnel des Pays-Bas, reflète particulièrement bien l'importance qui doit être donnée aux choix de la personne sur sa vie au sens large; cf. Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, pp 42 ss.
- ²¹³ Il a déjà été reconnu par le Tribunal fédéral en 1919 concernant la crémation, ATF 45 I 133 : "Es liegt darin, sowohl eine sachrechtliche Verfügung, als die Betätigung wissenschaftlicher und ethischer Ueberlegungen der persönlichen Anschauungen über die Bedeutung von Tod und Vergänglichkeit"; Walter Haller: "Persönliche Freiheit", 1987, p. 17; Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, pp 42 ss.
- ²¹⁴ Notamment ATF 90 I 36 ; 114 Ia 358, 115 Ia 246, 127 I 12.
- ²¹⁵ Selon l'ATF 124 I 40, la liberté personnelle contient aussi la protection de la dignité humaine et toutes les libertés nécessaires à l'épanouissement de la personne. Le désir d'avoir des enfants fait notamment partie de l'épanouissement personnel, cf. ATF 119 Ia 474.
- ²¹⁶ ATF 113 Ia 6; 119 Ia 474; 120 Ia 149; 124 I 86.

- Dans un sens étroit, c'est-à-dire en ce qu'il ne concerne que le processus de formation de la volonté de la personne concernée elle-même, il ne peut concerner que les personnes capables de se déterminer, c'est-à-dire, en droit suisse, capables de discernement au sens de l'art. 16 CC²¹⁷;
- Il entre fréquemment en tension avec d'autres droits fondamentaux, tels que le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique (cf. 2.3.2).

Le droit à l'autodétermination est souvent traité comme un simple élément du droit à l'intégrité psychique²¹⁸, lui-même élément de la liberté personnelle, alors qu'il s'agit probablement de la caractéristique principale du droit à la liberté personnelle, d'autant plus que les autres éléments (notamment le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique et psychique, la liberté d'aller et venir) sont maintenant mentionnés expressément dans la Constitution fédérale. C'est pourquoi, nous préférons analyser le droit à l'autodétermination séparément, plutôt que de le faire simplement découler du droit à l'intégrité physique et psychique, qui accorde avant tout une protection objective. Le droit à l'autodétermination est l'expression de l'autonomie de la volonté, forcément subjective, qui protège la liberté du processus de décision de la personne (évaluer les données de fait et en tirer les conclusions pour arriver à une décision)²¹⁹; il est un élément essentiel de la dignité humaine. Dans un arrêt récent, sans parler expressément de droit à l'autodétermination, le Tribunal fédéral préconise que la *Fremdbestimmung*²²⁰ constitue une atteinte à la dignité humaine²²¹.

Certains auteurs estiment que le droit à l'autodétermination est protégé par l'art. 13 al. 1 Cst. (respect de la sphère privée)²²². Puisque l'art. 13 Cst. doit

²¹⁷ Seule une interprétation large, incluant la représentation des personnes incapables de discernement, permettrait d'étendre le champ d'application de ce droit à tous les êtres humains.

²¹⁸ Pas de différenciation entre intégrité psychique et autodétermination dans : Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier : "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, pp 149 ss.

²¹⁹ Le Tribunal fédéral précise toutefois que le droit à l'autodétermination ne recouvre pas une liberté d'action totale, cf. ATF 116 Ia 442.

²²⁰ La traduction littérale - détermination par un tiers - ne reflète qu'imparfaitement le sens de ce terme.

²²¹ ATF 127 I 17.

²²² Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier : "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, p. 155; le Message inclut le droit d'organiser sa vie dans le droit au respect de la sphère privée, Cf. FF 1997 I 154.

être considéré comme un élément du droit à la liberté personnelle²²³, un rattachement secondaire à cette disposition ne fait que renforcer la distinction qui doit être faite entre le droit à l'intégrité psychique et le droit à l'autodétermination. Ce rattachement correspond à la systématique de la CEDH, selon laquelle le droit à l'autodétermination est un élément de l'art. 8 CEDH²²⁴. Pour notre part, nous préférons toutefois le rattacher à l'art. 10 al. 2 Cst., en tant que caractéristique principale de la liberté personnelle.

2.3.5.2 Les limites du droit à l'autodétermination

Le noyau intangible du droit à l'autodétermination protège, par analogie à celui du droit à l'intégrité psychique, l'anéantissement intentionnel de la volonté ou de la personnalité²²⁵. Ce serait le cas p. ex. si une médication était donnée dans le seul but de détruire la personnalité de quelqu'un.

Comme pour les autres droits de la personnalité, le droit à l'autodétermination ne protège pas seulement contre une atteinte de l'Etat, mais il donne aussi droit à une certaine protection positive (*positive Schutzpflicht*). Celle-ci consisterait à protéger les conditions essentielles à la libre formation de la volonté. Cependant, là encore, cette protection ne donne pas droit à des mesures de protection déterminées²²⁶.

Même si les éléments de réflexion donnés par la jurisprudence et la doctrine au sujet des limites du droit à l'autodétermination sont moins clairs et plus brefs que pour les droits examinés plus haut, nous pensons que le schéma déjà esquissé à deux reprises peut être repris ici:

- Un acte commis avec l'intention d'anéantir la volonté de quelqu'un atteint le noyau intangible du droit à l'autodétermination et est de ce fait absolument prohibé;

²²³ ATF 127 I 11.

²²⁴ Cf. notamment Mark E. Villiger: "EMRK und UNO-Menschenrechtspakte", 2001, p. 654.

²²⁵ ATF 106 Ia 281; 108 Ia 61; ZBl 1991, p. 32; ATF 126 I 115; 127 I 30; Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 13.

²²⁶ Par exemple dans le cadre des arrêts sur l'insémination artificielle, le Tribunal fédéral a jugé que le désir d'avoir un enfant devait être protégé par l'Etat, c'est-à-dire que celui-ci ne pouvait pas interdire l'insémination artificielle en général, mais que cette protection ne donnait pas un droit à obtenir une mesure déterminée d'insémination artificielle, cf. ATF 115 Ia 248; 119 Ia 476

-
- Un acte portant atteinte à la faculté d'une personne de se déterminer, mais sans intention de le faire, est soumis aux conditions que doit remplir une atteinte aux droits constitutionnels;
 - L'omission (ou le refus) de protéger la faculté de se déterminer d'une personne porte atteinte au droit à l'autodétermination (*positive Schutzpflicht*); elle est soumise aux conditions que doit remplir une atteinte aux droits constitutionnels;
 - L'omission (ou le refus) d'une mesure déterminée de protection de la faculté de se déterminer d'une personne ne constitue pas un objet de protection du droit à l'autodétermination.

Il faut rappeler qu'au sens étroit, le droit à l'autodétermination ne concerne que les personnes capables de discernement. Il faudrait se demander dans quelle mesure il protège également tout processus de formation de la volonté relatif à la personne concernée, même s'il est effectué par un tiers habilité. Dans le domaine des soins, ceci soulève le problème de la représentation thérapeutique qui sera évoqué sous 3.3.2 et 9.7.2.

2.4 Justice et égalité de traitement

2.4.1 Quelques réflexions sur la justice

2.4.1.1 Introduction

Nous souhaitons aborder le concept de la justice en examinant les sens donnés à ce mot dans le langage commun, puis en les développant pour en faire ressortir des éléments caractéristiques. Il nous apparaît que le mot justice est utilisé principalement de deux manières différentes: l'idée de rétribution et l'idée d'égalité. Les deux éléments nous amèneront à mieux comprendre la signification du principe de l'égalité de traitement d'une part et de l'exigence d'égalisation découlant d'une certaine justice sociale.

2.4.1.2 Idée de rétribution

Lorsqu'un malheur survient dans la vie d'une personne qui semble ne pas l'avoir "mérité", par exemple le bon père de famille, engagé dans des activités caritatives, qui se retrouve en fauteuil roulant, on entendra dire: "c'est injuste... il n'a pas mérité cela...". Le terme de justice employé ainsi

signifie que les mérites et la manière de vivre de quelqu'un sont mis en relation avec la qualité de la vie qu'il devrait avoir en récompense.

Cette utilisation du terme "justice" implique que l'être humain peut avoir une influence sur le déroulement des choses de la nature. On oublie par là-même que le travail de la nature ne peut être ni juste, ni injuste, mais qu'il s'agit d'un fait et que personne ne peut le mériter²²⁷. Il n'en demeure pas moins que le terme justice est souvent employé ainsi et que cette utilisation a été largement favorisée par une certaine tendance piétiste, caricaturée par Camus²²⁸.

Une bonne illustration de cette problématique, de cette lutte et de la révolte qui y est liée, se trouve dans l'Ancien Testament, chez Job, cet homme si droit, qui voit soudainement tous les malheurs déferler sur lui et qui se révolte parce que pour lui, l'être humain acquiert des droits par sa conduite morale²²⁹. C'est finalement le sens de la souffrance qui est en cause ici et plus précisément la condamnation de la souffrance de l'"innocent".

La reconnaissance d'une telle injustice entraîne chez les proches, mais plus généralement chez la plupart des êtres humains, un *désir de réparer*. Ce désir repose sur une solidarité fondamentale²³⁰ entre êtres humains, basée sur une aspiration à la sympathie pour l'autre, sur un certain sentiment d'unité²³¹, mais surtout sur l'instinct de survie de chacun. Ce dernier élément reflète le calcul selon lequel nous souhaiterions aussi recevoir de l'aide dans une situation similaire, nous éloignant d'une conception trop idéaliste d'une tendance naturelle à l'amour du prochain²³². Plus encore, et combinant tous ces éléments, c'est la reconnaissance de soi-même en autrui²³³ qui est déterminante. L'autre est indispensable à notre existence²³⁴ et le face-à-face

227 John Rawls : "A Theory of Justice", 1972, pp 102 et 104.

228 "Mes frères, vous êtes dans le malheur, mes frères, vous l'avez mérité", Albert Camus: "La peste", p. 91.

229 Voir introduction au livre de Job dans la traduction oecuménique de la bible (TOB), 1988, p. 1469.

230 Rawls parle de devoir naturel d'aider l'autre, John Rawls : "A Theory of Justice", 1972, p. 114.

231 John Stuart Mill: "Utilitarianism", p. 275.

232 Critiquant la vision trop idéaliste, Alain Finkielkraut: "La sagesse de l'amour", 1984, pp 142ss.

233 "... l'accueil fait au visage...", Emmanuel Levinas : "Totalité et infini", p. 80.

234 Jean-Paul Sartre: "L'existentialisme - est un humanisme", p. 67.

nous contraint à rompre notre indifférence et nous rend responsables²³⁵. Le désir de réparer tend vers une certaine égalisation des situations: "dans cet accueil du visage s'instaure l'égalité"²³⁶.

2.4.1.3 Idée d'égalité

La deuxième utilisation possible du mot justice implique un élément de comparaison de la situation d'une personne avec celle d'une autre: "X n'est pas traité de la même manière que Y; c'est injuste". Le point de départ d'une telle déclaration est que X et Y devraient être traités de manière semblable sur la base de leur appartenance à un même groupe (le groupe des êtres humains, une nationalité, une tranche d'âge, etc.). Dans ce contexte, l'égalité correspondrait à la relation faite entre deux personnes au moins qui, bien que différentes sous certains aspects, sont comparées et jugées semblables ou non par référence à un standard pertinent de comparaison (appartenance à un groupe déterminé), qu'il reste à déterminer²³⁷. Cette comparaison implique que les personnes se trouvant dans des situations semblables devraient être traitées de manière semblable et les personnes se trouvant dans des situations différentes, de manière différente.

La portée de l'exigence d'égalité de traitement peut être très large (tous égaux) ou plus nuancée, respectant les différentes situations; elle peut porter sur les conditions initiales (égalité des chances²³⁸) ou sur le résultat²³⁹. Elle peut porter sur deux éléments²⁴⁰:

235 Emmanuel Lévinas: "Totalité et Infini", p. 235; Alain Finkielkraut: "La sagesse de l'amour", 1984, pp 40, 142.

236 Emmanuel Lévinas: "Totalité et Infini", p. 236.

237 Samantha Besson: "L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers", 1999, p. 8, citant P. Westen: "Speaking of equality", 1990, p. 120.

238 John Locke: "Two Treatises of Government - Second Treatise", p. 304.

239 Développé dans ATF 125 125.

240 Inspiré de John Rawls: "A Theory of Justice", 1972, pp 60 et 97 (principle of equal liberty and principle of equality of opportunity).

- Comparaison entre les êtres humains sur la base de leur valeur et de leur liberté propre, ce qui conduit aux *principes de l'égalité de traitement et de la non-discrimination*²⁴¹ ;
- Comparaison entre les êtres humains sur la base de leur place dans le système économique et social ce qui conduit à la notion de justice sociale, liée à une certaine *exigence d'égalisation*²⁴².

Alors que le principe de l'égalité de traitement implique une comparaison et un traitement en fonction de cette comparaison, l'exigence d'égalisation comporte à la fois la confrontation aux différences de fait existantes, une dimension institutionnelle, visant à créer les conditions-cadre pour favoriser l'égalisation et une dimension de réparation, de redressement de situation, de correction.

2.4.2 Le principe de l'égalité de traitement et l'interdiction de discriminer

2.4.2.1 Introduction

Il faut distinguer le principe d'égalité de traitement en tant que tel (art. 8 al. 1 Cst.) et l'interdiction de discriminer (art. 8 al. 2 Cst.)²⁴³. Le premier vise à prohiber des différenciations ou des assimilations non justifiées, alors que le deuxième accorde une protection spéciale, supplémentaire, à certains groupes de personnes²⁴⁴. Par différenciation ou assimilation injustifiée, il faut entendre celles qui ne sont pas fondées sur un motif raisonnable²⁴⁵.

Conformément au principe de l'égalité de traitement, des situations de fait semblables doivent être traitées de manière semblable et des situations

²⁴¹ Appelé aussi égalité de citoyenneté démocratique ou égalité abstraite, Samantha Besson: "L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers", 1999, p. 16.

²⁴² Appelé aussi égalité de condition ou égalité concrète, Samantha Besson:

"L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers", 1999, p. 16.
²⁴³ Jörg Paul Müller, "Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung", 2000, p. 111; la différenciation est également faite dans l'ATF 126 V 74.

²⁴⁴ Dans un arrêt relatif au critère de l'âge en matière d'AI, le Tribunal fédéral parle de "besonders qualifizierte Begründungspflicht", ATF 126 V 73.

²⁴⁵ Cf. notamment ATF 125 I 178; Béatrice Weber-Dürler: "Rechtsgleichheit", 2001, p. 661.

différentes, de manière différente. Le principe d'égalité ne signifie donc pas une égalité au-delà de toute différence, mais bien le traitement égalitaire de ce qui est égal²⁴⁶. Il est fondé sur l'aspiration que nous avons de traiter X de la même manière qu'Y parce que les deux sont des êtres humains et doit prévenir toute inégalité qui n'est pas fondée sur une cause justifiée.

Ce qui paraît simple au premier abord - traiter ce qui est égal de manière égale et ce qui est différent de manière différente - a fait l'objet de nombreux arrêts du Tribunal fédéral, appelé à se prononcer sur ce qui est semblable et ce qui est différent, dans des cas concrets²⁴⁷. Le problème se pose moins pour les distinctions ou les assimilations clairement insoutenables que pour tous les cas intermédiaires²⁴⁸. Déterminer ce qui est égal et ce qui ne l'est pas relève du jugement de valeur du moment²⁴⁹.

L'art. 8 Cst. sera examiné plus en détails en lien avec l'analyse de critères de rationnement (chap. 9), puisque chaque critère sera confronté au principe de l'égalité de traitement et à l'interdiction de discriminer.

2.4.2.2 *L'interdiction de discriminer*

Les discriminations directes ou indirectes, *notamment* pour cause de race, âge, sexe, mode de vie, langue, situation sociale, convictions, déficience physique, mentale ou corporelle sont expressément prohibées par l'art. 8 al. 2 Cst. L'énumération est non exhaustive, mais le fait qu'un critère soit expressément mentionné dans la liste le renforce. L'interdiction des discriminations vise à protéger les personnes appartenant aux groupes sociaux qui ont une place défavorisée dans la société²⁵⁰, à banir les rapports

²⁴⁶ Thomas Fleiner-Gerster : "Allgemeine Staatslehre", 1995, p. 94.

²⁴⁷ Voir par exemple ATF 123 I 141 : "le principe de l'égalité de traitement ne permet pas de distinctions qu'aucun fait important ne justifie, ou de soumettre à un régime identique des situations de fait qui présentent entre elles des différences importantes, de nature à impliquer un traitement différent".

²⁴⁸ Jean-François Aubert : "Traité de droit constitutionnel suisse", vol. II, 1982, p. 647.

²⁴⁹ ATF 122 I 349-350 (dans le domaine des assurances sociales, une différenciation entre personnes avec ou sans domicile en Suisse peut être admissible; 120 Ia 203 (fonctionnaires du canton de Berne et employés travaillant dans ce canton doivent être traités sur pied d'égalité en matière de trajets pour se rendre à leur travail); 110 Ia 14, 106 Ib 189, 103 Ia 520 ss; cf. aussi Béatrice Weber-Dürler : "Rechtsgleichheit", 2001, p. 663.

²⁵⁰ Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 414.

de sujétion entre groupes de personnes ainsi que les jugements de valeur sur la base de caractéristiques qu'elles n'ont pas choisies et pouvant conduire à la stigmatisation de ces personnes²⁵¹. Deux éléments doivent être relevés: la dimension collective (appartenance à un groupe de personnes) et le dénigrement, la mise en marge de ces personnes²⁵². Le terme "discrimination" est donc à prendre de manière plus restrictive en droit constitutionnel que dans le langage courant²⁵³.

Plusieurs théories ont été élaborées afin de déterminer la force d'une liste de critères sur la base desquels la discrimination est prohibée²⁵⁴:

- La théorie allemande des *Anknüpfungsverbote* prohibant de manière absolue les discriminations reposant sur les critères énoncés²⁵⁵;
- A l'opposé, l'art. 8 al. 2 Cst. ne serait que le négatif de l'al. 1 et ne serait donc qu'une partie intégrante, non distincte du principe de l'égalité de traitement²⁵⁶;
- La théorie de la protection spécifique de groupes marginalisés par la société dans l'histoire, défendue par Jörg Paul Müller²⁵⁷;
- Et finalement deux arrêts du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances²⁵⁸ qui, tout en n'entrant pas dans la controverse, semblent

²⁵¹ ATF 106 Ib 188 ; 116 V 208 ; Jörg Paul Müller: "Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung", 2000, p. 106.

²⁵² Intervention de René Rhinow au Conseil des Etats, BO CE 1998, p. 35.

²⁵³ Jörg Paul Müller: "Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten", 2001, p. 630: l'auteur donne pour exemple la "discrimination" (dans le langage courant) des conducteurs de motocycles par rapport aux conducteurs d'autres véhicules à moteur ou des propriétaires par étage par rapport aux locataires.

²⁵⁴ Notamment: Ulrich Häfelin / Walter Haller: "Schweizerisches Bundesstaatsrecht", 2001, pp 219-220; Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, pp 412 ss; René Rhinow: "Die Bundesverfassung 2000", 2000, pp 141 ss; Béatrice Weber-Dürler: "Rechtsgleichheit", 2001, pp 668 ss.

²⁵⁵ Pour la Suisse, Walter Kälin: "Grundrechte im Kulturkonflikt - Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft", 2000, p. 107.

²⁵⁶ Le Message parle "d'une autre manière de le formuler (le principe de l'égalité de traitement)", cf. FF 1997 I p. 144.

²⁵⁷ Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 414.

²⁵⁸ ATF 126 II 377 (le refus du renouvellement d'une autorisation de séjour à un étranger incapable de travailler pour cause d'invalidité a été jugée admissible) et 126 V 70 (le fait de réserver l'adaptation d'un véhicule à moteur aux seules personnes majeures a été jugé inadmissible).

adopter une position intermédiaire entre la deuxième et la troisième théorie avec la notion de "soupçon de différenciation inadmissible"²⁵⁹.

Dans ce travail, nous opterons dans les grandes lignes pour la théorie de Jörg Paul Müller, à une réserve près: il n'est pas nécessaire à notre sens que le groupe de personnes ait déjà été discriminé par le passé²⁶⁰. Ceci reviendrait à un texte qui ne répondrait pas aux risques de discriminations dans l'avenir. Le passage du Message - "Il s'agit de ceux dont l'histoire récente a montré qu'ils sont souvent à l'origine de discriminations..."²⁶¹ - ne peut que signifier qu'il faut protéger les groupes de personnes qui, selon notre expérience passée, risquent spécialement d'être discriminés. La référence à l'histoire ne porte donc pas sur la détermination des groupes, mais sur l'expérience. D'ailleurs, le Message renforce cette thèse: "Elle ne peut donc empêcher le développement futur de la jurisprudence tendant à proscrire de nouvelles sources de discrimination"²⁶². Finalement, le caractère non exhaustif de l'énumération ne fait que conforter cette interprétation.

Il y a une présomption d'atteinte dès qu'il y a traitement spécial pour les groupes de personnes concernés par l'art. 8 al. 2 Cst.²⁶³. Le groupe doit pouvoir être identifié en tant que tel et son dénigrement doit être évident. Plusieurs auteurs estiment que la protection n'a pas la même intensité pour tous les groupes de personnes énumérés à l'art. 8 al. 2 Cst.²⁶⁴. Mettre tous les groupes sur le même pied reviendrait effectivement à affaiblir le caractère plutôt absolu de cette disposition et à faire de l'interdiction de discriminer un

²⁵⁹ Les deux arrêts concernent des personnes invalides, mais sans que le critère relatif aux déficiences corporelles ou psychiques soit directement en cause. A notre avis, il ne faut pas tirer une théorie générale relative à l'interdiction de discriminer, mais replacer les arrêts dans leur contexte, c'est-à-dire visant un critère âge et un critère difficile à définir, relatif à la capacité de travailler.

²⁶⁰ René Rhinow: "Die Bundesverfassung 2000", 2000, p. 140; avis contraire: Jörg Paul Müller: "Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung", 2000, p. 109.

²⁶¹ FF 1997 I pp 144-145.

²⁶² FF 1997 I p. 146.

²⁶³ Jörg Paul Müller: "Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung", 2000, p. 113 ; voir aussi BVerfGE 85, 191

²⁶⁴ Etienne Grisei: "Egalité", 2000, p. 76; Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 414.

simple élément du principe de l'égalité de traitement. Pour les critères entrant dans la prohibition de discriminer, nous proposons la gradation suivante²⁶⁵:

- Protection absolue, ne souffrant aucune restriction: discrimination sur la base de la race²⁶⁶, il s'agit en quelque sorte du noyau intangible du droit²⁶⁷;
- Protection très renforcée, avec présomption d'atteinte, réfragable seulement pour des raisons très pertinentes: discrimination sur la base du sexe, de l'origine, de la langue, du handicap, des convictions religieuses et politiques;
- Egalité de traitement renforcée, c'est-à-dire application des règles générales découlant du principe de l'égalité de traitement, mais interprétées à la lumière de la prohibition de discrimination, visant à accorder une protection renforcée aux personnes susceptibles d'être discriminées: autres groupes.

Cette gradation revient à prendre en compte plusieurs des théories évoquées ci-dessus, en distinguant selon les groupes de personnes auxquels se rapportent les critères. Elle nous semble compatible avec la récente jurisprudence du Tribunal fédéral qui concernait les critères de l'âge et du handicap²⁶⁸.

2.4.2.3 *Le principe de l'égalité de traitement*

Pour la détermination de ce qui est égal et de ce qui ne l'est pas, il faut examiner si tous les X doivent être traités de la même manière que tous les Y (égalité arithmétique) ou si des distinctions quant aux moyens financiers, à l'âge, à l'utilité sociale, à la qualité de vie, à l'état civil, au mode de vie, etc. peuvent être acceptables dans notre ordre juridique et selon notre conception

²⁶⁵ Rhinow évoque également trois groupes, mais dont la composition ne recoupe pas exactement ce qui est proposé ici; cf. René Rhinow: "Die Bundesverfassung 2000", 2000, p. 144.

²⁶⁶ Aucune raison pertinente ne peut justifier une discrimination sur la base de la race.

²⁶⁷ Le fait que l'application de l'art. 36 Cst. au principe de l'égalité de traitement soit contestée (cf. 2.3.2), n'empêche pas à notre sens la reconnaissance d'un noyau intangible à l'interdiction de discriminer; cf. aussi Jörg-Paul Müller: "Grundrechte", 1995, pp 52 ss.

²⁶⁸ ATF 126 II 377; 126 V 70.

de la justice et de l'Etat social. La reconnaissance du bien-fondé de telles distinctions conduirait alors à établir des critères de comparaison, créant des catégories à l'intérieur desquelles les personnes devraient être traitées de la même manière. En fait, il s'agit de fixer l'objectif (ou le projet de société) à atteindre et de donner ensuite un contenu au principe de l'égalité de traitement²⁶⁹. Ces critères doivent de plus être compatibles avec l'interdiction de discriminer.

Le Tribunal fédéral estime que toute différence de traitement doit être fondée sur des faits importants qui permettent de la justifier²⁷⁰. Deux éléments doivent être soulignés: la différence repose sur des situations objectivement différentes et elle doit pouvoir être justifiée. L'analyse qui sera faite au chap. 9 comprend l'examen de chaque critère de rationnement au travers de ces deux éléments.

2.4.2.4 *Egalité de traitement et justice sociale*

Selon la conception que l'on se fait de la justice, on pourra opter simplement pour une interdiction des différences (ou des assimilations) injustifiées ou alors y ajouter une exigence d'égalisation en vue de corriger les disparités sociales²⁷¹.

Le Tribunal fédéral exprime beaucoup de retenue lorsqu'il s'agit de tirer des conclusions de justice sociale du principe de l'égalité de traitement. En matière d'impôts directs par exemple, il reconnaît sans autres l'application du principe de l'égalité de traitement entre personnes ayant les mêmes ressources financières, mais pas pour la fixation de la progression du taux d'impôts en fonction de la capacité financière²⁷², alors qu'il a reconnu le principe même de la progression comme découlant de la justice²⁷³. Par contre, lorsque le Tribunal fédéral a fondé le droit à l'assistance judiciaire gratuite dans l'art. 4 Cst., il a clairement fait référence aux ressources financières (voire à

²⁶⁹ Georg Müller: "Article 4", 1987, p. 24.

²⁷⁰ P. ex.: ATF 122 I 348 (différenciation sur la base de la durée des autorisations de séjour / analyse de l'esprit de la LAMal); 121 I 134 (en matière de concurrence).

²⁷¹ Jean-Louis Duc / Pierre-Yves Greber: "La portée de l'article 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale", RDS 1992 pp 474-655.

²⁷² ATF 110 Ia 14, 15.

²⁷³ ATF 99 Ia 652, confirmé à maintes reprises, notamment dans ATF 122 I 103.

l'absence de celles-ci) pour accorder ce droit à ceux qui sont défavorisés, en invoquant le principe de justice²⁷⁴.

L'interdiction de discrimination sur la base de la situation sociale (et donc économique) d'une personne (art. 8 al. 2 Cst) joue également un rôle dans le domaine de la justice sociale. Même s'il n'est pas question de changer la structure de notre société fondée sur le marché et une certaine concurrence sur le plan économique, cette disposition prévient l'application de ces mêmes mécanismes à d'autres domaines de la vie²⁷⁵, notamment la santé et l'éducation. Par contre, dans un arrêt récent relatif à l'interdiction de discriminer, le Tribunal fédéral a rappelé que cette protection n'implique aucune exigence d'égalisation²⁷⁶.

2.4.2.5 L'accès aux prestations de nature étatique

Si le principe de l'égalité de traitement et l'interdiction de discriminer ne conduisent pas à eux seuls à une exigence d'égalisation, il en va différemment lorsque l'accès à des prestations de nature étatique est en jeu. Une personne doit avoir accès aux institutions étatiques existantes et ce droit à l'accès ne peut pas être refusé pour des motifs insoutenables²⁷⁷. Par contre, cet accès ne peut être réalisé que dans la mesure où la capacité de l'institution le permet²⁷⁸ et ne peut pas servir de moyen d'élargir l'offre de prestations et entraîner par là de lourdes conséquences financières²⁷⁹. L'importance du critère des conséquences financières a également été soulignée par le Tribunal fédéral dans un arrêt relatif à l'âge-terme en matière de prévoyance professionnelle: alors que la différence d'âge entre hommes et femmes est contraire à l'art. 8 al. 3 Cst., la mise en œuvre pratique ne peut relever du Tribunal fédéral, car cela entraînerait d'importants changements dans la structure financière de la caisse de pension²⁸⁰. Le droit à l'accès aux prestations étatiques concerne

²⁷⁴ ATF 13, p. 255.

²⁷⁵ Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 424.

²⁷⁶ ATF 126 II 392.

²⁷⁷ ATF 103 la 399-400 (numerus clausus pour une école normale).

²⁷⁸ ATF 117 Ib 395 (octroi de concessions pour un aéroport); ATF 103 la 400.

²⁷⁹ ATF 117 V 318; 116 V 215; cf. aussi Pierre Moor: "Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat", 2001, p. 278.

²⁸⁰ ATF 121 V 230-231 (l'abaissement de l'âge de la retraite des hommes n'était pas possible, pour des raisons financières); voir aussi: ATF 123 V 191 (rente de veuf refusée en l'occurrence, dans le cadre d'un règlement de prévoyance particulier) et ATF 117 V 317-318.

donc uniquement les institutions existantes et ne peut servir à l'élargissement de celles-ci.

Qui dit institutions étatiques dit prestations étatiques, car c'est l'accès à ces prestations qui est soumis au principe de l'égalité de traitement. Ce n'est pas la nature juridique du fournisseur de prestations (droit public ou droit privé) qui sera déterminante, mais la nature des prestations²⁸¹. Les soins fournis dans le cadre du système social doivent être considérés à notre sens comme des prestations de nature étatique (cf. 2.3.1), entrant dans le champ de protection renforcée de l'égalité d'accès. Aux Pays-Bas, ce lien est fait de manière expresse dans la loi sur l'égalité de traitement, alors que la situation est tout à fait comparable à celle de la Suisse, puisque les soins pris en charge par les assurances sociales sont fournis la plupart du temps par des privés (cf. chap. 4).

L'accès à des prestations de nature étatique existantes est soumis de manière stricte au principe de l'égalité de traitement. Cela signifie que si l'Etat accorde des prestations à certaines personnes, il faudra des raisons pertinentes de ne pas les accorder à d'autres²⁸². En matière d'égalité entre hommes et femmes p. ex., une différence de traitement ne pourra s'imposer que si des différences biologiques ou fonctionnelles excluent l'égalité de traitement²⁸³. En ce qui concerne l'utilisation d'installations communales, le Tribunal fédéral admet que les personnes résidant dans la commune soient favorisées par rapport à d'autres, non seulement parce qu'elles contribuent au financement par les impôts, mais aussi parce que ces installations leur sont en principe destinées²⁸⁴.

A notre avis, trois conséquences ressortent de ce qui précède:

- Même dans les situations dans lesquelles l'individu n'a pas un droit subjectif à des prestations de nature étatique, il a un droit à être traité en fonction du principe d'égalité de traitement, si ces prestations sont accordées à d'autres²⁸⁵;
- Les capacités de l'institution doivent être optimisées avant d'envisager de refuser des prestations de nature étatique;

²⁸¹ Notamment Jörg Paul Müller: "Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten", 2001, p. 635.

²⁸² Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, pp 438 - 439.

²⁸³ ATF 123 I 58; 120 V 315-316; 117 V 329; 116 V 216.

²⁸⁴ ATF 121 I 286.

²⁸⁵ Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 439.

-
- Un éventuel refus de prestations de nature étatique doit être fondé sur des critères objectifs, pertinents et respectant strictement le principe de l'égalité de traitement²⁸⁶.

Ces conséquences nous mènent à reconnaître un véritable droit à l'égalité d'accès aux prestations de nature étatique qui s'étend également aux soins fournis dans le cadre du système social (cf. chap. 3).

2.5 Le droit à des conditions minimales d'existence

2.5.1 Historique et éléments caractéristiques

Le droit à des conditions minimales d'existence et donc de survie semble une évidence, à défaut de quoi, le droit à la vie ne serait que théorie. Déjà Thomas d'Aquin reconnaissait le droit à la survie matérielle par le principe selon lequel "dans la nécessité tout est commun (ou tout devient sien)"²⁸⁷. Dès le début du XXème siècle, le Tribunal fédéral a reconnu l'existence d'une obligation d'assistance constituant un devoir d'humanité et pouvant trouver sa justification dans les nécessités de l'ordre public²⁸⁸. Le droit à des conditions minimales d'existence est reconnu par l'art. 12 Cst. sous l'appellation "droit d'obtenir de l'aide dans les situations de détresse", ainsi que par l'art. 11 du Pacte I, par plusieurs constitutions cantonales (cf. plus loin), par la jurisprudence récente et depuis un peu plus longtemps par plusieurs auteurs²⁸⁹. Par ailleurs, l'art. 6 al. 2 CUDE consacre un droit à la survie²⁹⁰.

C'est en 1995 que le Tribunal fédéral a reconnu pour la première fois un droit justiciable à des conditions minimales d'existence²⁹¹. Il l'a fondé sur deux aspects: l'existence humaine (aspect individuel) et l'Etat de droit

²⁸⁶ Notamment ZBl 2000, pp 383 ss., concernant l'accès au notariat dans le canton de Bâle-Ville.

²⁸⁷ "Efficitur suum", Saint Thomas d'Aquin: "Somme théologique", art. 7 ad secundum, cité par Maurice Zundel: "Quel homme et quel Dieu ?", 1997, p. 224.

²⁸⁸ ATF 51 I 329.

²⁸⁹ P. ex.: Jean-François Aubert: "Un droit social encadré", RDS 1991, p. 165; Jörg-Paul Müller: "Soziale Grundrechte in der Verfassung?", RDS 1973 II pp 896 ss; Michel Rossinelli: "Les libertés non écrites", 1987, pp 218 ss.

²⁹⁰ "Les Etats assurent dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant".

²⁹¹ ATF 121 I 367, confirmé ensuite par: 122 I 101; 122 II 193.

démocratique (aspect social)²⁹². L'aspect individuel en fait un moyen de protéger l'existence et la dignité humaine de chacun et l'aspect social en fait un moyen de lutter contre le paupérisme qui pourrait menacer les fondements même de l'Etat.

Le Tribunal fédéral et la doctrine ont délimité l'ampleur du droit: il s'agit du minimum nécessaire à une vie dans la dignité (*menschenwürdiges Dasein*)²⁹³, à la protection contre la mendicité²⁹⁴, à la satisfaction des besoins humains élémentaires²⁹⁵, d'un minimum absolu²⁹⁶, propre à sauvegarder l'existence biologique et la dignité. Autrement dit, il s'agit d'un droit à une survie décente²⁹⁷, dont le critère principal est la sauvegarde de la dignité humaine²⁹⁸. Sous peine d'affaiblir son caractère de droit fondamental justiciable, nous ne pensons pas que ce droit recouvre les éléments préconisés par Wolffers, c'est-à-dire l'aménagement approprié du logement, la participation aux médias, une certaine mobilité, des moyens pour l'éducation des enfants, les assurances usuelles, la satisfaction de besoins individuels²⁹⁹.

Le droit à des conditions minimales d'existence ne donne droit ni à un salaire minimum tel que le droit à l'assistance néerlandais (cf. chap. 4), ni à l'exonération fiscale³⁰⁰. Le Tribunal fédéral explicite le droit à des conditions minimales d'existence en y incluant notamment la nourriture, les habits, le toit³⁰¹. Les soins médicaux ne sont pas explicitement mentionnés par le

292 "Die Sicherung elementarer menschlicher Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung und Obdach ist die Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt. sie ist zugleich unentbehrlicher Bestandteil eines rechtsstaatlichen und demokratischen Gemeinwesens", cf. ATF 121 I 371.

293 ATF 122 I 103.

294 ATF 121 I 373.

295 Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier: "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, p. 689.

296 Margrith Bigler-Eggenberger: "Nachgeführte Verfassung: Sozialziele und Sozialrechte", 1998, p. 507.

297 Le terme "survie décente" est employé dans le Message, FF 1997 I 153.

298 Ulrich Häfelin / Walter Haller: "Schweizerisches Bundesstaatsrecht", 2001, p. 258.

299 Felix Wolffers: "Grundriss des Sozialhilferechts", 1999, p. 86.

300 ATF 122 I 101.

301 Ces éléments sont explicités par Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 173; l'énumération n'est pas exhaustive, cf. Pascal Coallery: "Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im Gesundheitswesen", AJP 6/2001, pp 632 ss.

Tribunal fédéral³⁰², ce qui ne signifie pas qu'ils soient exclus d'emblée de l'énumération non exhaustive (cf. chap. 3). D'ailleurs, en rapport avec une absence de couverture selon la LAMal, le Tribunal fédéral semble reconnaître la protection constitutionnelle d'un minimum absolu en matière de soins³⁰³.

Si par son contenu le droit à des conditions minimales d'existence se rapproche des droits sociaux, son caractère de minimum absolu nécessaire à une survie décente en fait un droit fondamental justiciable.

2.5.2 Noyau intangible

Le droit à des conditions minimales d'existence est à notre sens noyau intangible, à défaut de quoi l'adjectif "minimales", selon la terminologie confirmée à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral, n'aurait pas de sens au niveau de la logique³⁰⁴. A notre avis, la terminologie de l'art. 12 Cst. ne pourrait modifier quelque chose à cette logique que si la protection accordée dépassait le droit aux conditions minimales d'existence, ce qui n'était pas le but du constituant³⁰⁵. La conséquence de ce qui précède est qu'aucune atteinte à ce droit ne peut être tolérée, même si elle remplit les conditions usuelles, puisque ce droit est noyau intangible. Par contre, le Tribunal fédéral

³⁰² Par contre ils sont cités sous le terme "assistance médicale" dans FF 1997 I 153.
³⁰³ ATF 122 I 347: "Zwar hat das Bundesgericht einen menschenrechtlichen Anspruch auf Existenzsicherung unabhängig vom aufenthaltsrechtlichen Status anerkannt, doch gilt dies nicht gleichermassen für Leistungen, die über das unmittelbar verfassungsrechtliche Minimum hinausgehen. So hat der Bundesgesetzgeber selber in denjenigen Bereichen der Sozialversicherung, die eine ausgesprochene Solidaritätskomponente enthalten, bisweilen die Ausrichtung von Leistungen an Ausländer an das Erfordernis des Wohnsitzes in der Schweiz geknüpft".

³⁰⁴ Au sujet de la controverse, voir notamment: Andreas Auer: "Le droit à des conditions minimales d'existence: un nouveau droit social?", 1997, pp 42-43; Pascal Mahon / Christoph Müller: "La dimension sociale dans la Constitution fédérale, aujourd'hui et demain", FEAS 4/1998, p. 37; Ulrich Meyer-Blaser / Thomas Gächter: "Der Sozialstaatsgedanke", 2001, p. 559; Aline Schmidt: "Le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (article 12 de la Constitution). Historique et consécration constitutionnelle", FEAS 2001, pp 20 ss.; Peter Uebersax: "Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz", AJP 1/1998, p. 12; Felix Wolffers: "Grundriss des Sozialhilferechts", 1999, p. 166.

³⁰⁵ Message FF 1997 I 152.

semble reconnaître un noyau intangible à l'intérieur même du droit à des conditions minimales d'existence, mais sans en décrire les caractéristiques et notamment sans distinguer le terme "minimal" et le "noyau du minimal", mais en opérant une distinction sur la base de la faute³⁰⁶. A ce titre, il convient de remarquer que l'art. 12 Cst. ne parle pas du tout des causes de l'impossibilité de subvenir à ses propres besoins. Nous pensons qu'il faut en déduire que, même si quelqu'un se trouve dans cette situation "par sa propre faute", le droit à des conditions minimales d'existence est garanti³⁰⁷.

Dire que le droit à des conditions minimales d'existence est un droit fondamental justiciable, ne doit pas nous amener à la conclusion que c'est à cela que se résume la protection étatique en matière sociale. Il s'agit d'un droit subsidiaire, n'entrant en considération que lorsque le système de protection sociale et plus particulièrement les assurances sociales sont lacunaires³⁰⁸. La protection sociale doit toutefois aller au-delà, dans les pays qui, comme la Suisse, disposent de beaucoup de ressources. C'est précisément le rôle des buts sociaux examinés ci-dessous et des assurances sociales en matière de soins (cf. chap. 5).

2.6 Droits sociaux et buts sociaux

Le terme "droit" contient l'idée de la contrainte et par là-même de la sanction en cas de non observance³⁰⁹. Un véritable droit doit donc pouvoir être invoqué devant un tribunal, et par conséquent être justiciable. En matière de droits sociaux, selon la terminologie traditionnelle (cf. 2.1.3), c'est cette dernière notion qui pose problème et ce, notamment, pour deux raisons:

³⁰⁶ ATF 122 II 199.

³⁰⁷ A l'encontre de l'ATF 122 II 99; mais, dans le même sens, cf. Ulrich Meyer-Blaser / Thomas Gächter: "Der Sozialstaatsgedanke", 2001, p. 559; Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 178; Aline Schmidt: "Le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (article 12 de la Constitution). Historique et consécration constitutionnelle", FEAS 2001, p. 22; plus nuancé: Peter Uebersax: "Stand und entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz", AJP 1/1998, p. 11.

³⁰⁸ Margnith Bigler-Eggenberger: "Nachgeführte Verfassung: Sozialziele und Sozialrechte", 1998, p. 507.

³⁰⁹ Hans Kelsen: "Théorie pure du droit", p. 70.

- Le principe de la séparation des pouvoirs³¹⁰: la notion de justiciabilité implique que le pouvoir judiciaire aura le pouvoir de décision, alors que l'influence de cette décision se fera ressentir sur le plan des ressources financières de l'Etat et de leur utilisation; l'allocation et la gestion des ressources relèvent de la compétence des pouvoirs législatifs et exécutifs³¹¹;
- Le contenu et la formulation même des droits qui ne peuvent pas être décrits de manière précise en quelques lignes: s'il y avait en Suisse un droit au logement, faudrait-il p. ex. en déduire que chacun peut se procurer un logement en le payant, que chacun recevrait un logement, même sans le payer, que l'Etat subventionnerait des logements ou que les propriétaires auraient l'obligation de fournir des logements³¹²? L'action du législateur sera nécessairement requise pour apporter les précisions indispensables.

Si les droits sociaux selon la terminologie traditionnelle étaient considérés comme des droits justiciables, une personne pourrait demander en justice un logement, si elle n'a pas les moyens de le payer. Il faudrait alors fixer des critères d'accès à ce droit (quelle personne?) et de délimitation de la prestation étatique (quel logement et à quel prix?). Toute personne satisfaisant le critère d'accès pourrait alors invoquer le droit au logement selon les critères de délimitation de cette prestation et ceci, indépendamment des ressources que l'Etat a à disposition. Il s'agit là du troisième problème qui se pose en rapport avec les droits sociaux: ils sont forcément dépendants des ressources à disposition.

S'il semble évident qu'il est de l'intérêt de la société d'offrir à chacun la possibilité d'avoir un toit, il y a par contre divergence quant aux moyens d'atteindre cet objectif. Une manière de répondre à ce problème est de fixer des objectifs, liés à un projet de société. Ces objectifs sont appelés buts sociaux par la nouvelle Constitution et sont fixés à l'art. 41 Cst.³¹³. Les buts sociaux sont des mandats donnés au législateur, mais aussi à l'exécutif, de

³¹⁰ Voir ATF 125 I 176.

³¹¹ "Er (der Richter) hat, angesichts der Knappheit der Ressourcen, nicht die Kompetenz, die Prioritäten bei der Mittelaufteilung zu setzen", ATF 121 I 373; 117 V 317.

³¹² Jean-François Aubert: "Petite histoire constitutionnelle de la Suisse", 1983, pp 108 - 109.

³¹³ Le TF relève cette distinction en matière de formation: l'éducation de base gratuite est un droit et ce qui va au-delà est un but social; ATF 125 I 176.

réaliser les objectifs, tenant compte des ressources à disposition (art. 41 al. 3 Cst.)³¹⁴. Il est important de souligner qu'il s'agit bien de mandats que le législateur doit s'efforcer de réaliser³¹⁵ et non de simples suggestions³¹⁶. Le texte "ils s'engagent en faveur des buts sociaux" (art. 41 al. 3 Cst.) souligne ce côté actif³¹⁷. Si le Pacte I énumère des "droits" sociaux, la formulation de leur contenu est très proche de la notion de buts sociaux.

Le but social peut être défini, à notre avis, comme un objectif dans le domaine social impliquant de la part de l'Etat une obligation de s'efforcer à le réaliser³¹⁸, une obligation de diligence. Cette définition se rapproche de la définition que certains auteurs néerlandais donnent aux droits sociaux (cf. chap. 4). L'idée d'un effort à faire en vue de la réalisation d'un objectif distingue les buts sociaux des dispositions attributives de compétence³¹⁹. Les autorités vont constamment devoir porter leur attention sur ces buts sociaux et veiller à combler les lacunes³²⁰. Les buts sociaux ont pour corollaire une responsabilité en matière de politique sociale de la part de la Confédération et

314 Thomas Fleiner-Gerster: "Allgemeine Staatslehre", 1995, p. 109; Ulrich Meyer-Blaser / Thomas Gächter: "Der Sozialstaatsgedanke", 2001, p. 557.

315 Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier: "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, p. 682; Ulrich Meyer-Blaser / Thomas Gächter: "Der Sozialstaatsgedanke", 2001, p. 557; Hans Peter Tschudi: "Die Sozialziele der neuen Bundesverfassung", SZS 1999, p. 366.

316 Ces mandats supposent une "autorité étatique en action", P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, pp 12 ss; ils ne sont pas que des "fromme Wünsche", Hans Peter Tschudi: "Die gemeinsame Wohlfahrt (BV Art. 2)", 1989, p. 117: "... doch legen sie verbindlich fest, in welche Richtung die zuständigen Staatsorgane zu handeln haben".

317 Meyer-Blaser / Gächter parlent de "substanziertes Bekenntnis zur Sozialstaatlichkeit", cf. Ulrich Meyer-Blaser / Thomas Gächter: "Der Sozialstaatsgedanke", 2001, p. 557.

318 Elle ne doit pas être qu'une simple "Schönwetter - erklärung"; cf. Margrith Bigler-Eggenberger: "Nachgeführte Verfassung: Sozialziele und Sozialrechte", 1998, p. 513.

319 IF 1997 I 202; Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier: "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, pp 682 - 683 ; voir aussi H.J.J. Leenen: "Handboek Gezondheidsrecht - Deel I - Rechten van mensen in de gezondheidszorg", 1994, p. 23 qui parle d'obligations d'effort (inspanningsverplichtingen).

320 Hans Peter Tschudi: "Die Sozialziele der neuen Bundesverfassung". SZS 1999, p. 375.

des cantons, mais non une garantie de succès³²¹. Autrement dit, les autorités n'ont qu'une obligation de moyens et non de résultat³²².

L'art. 41 al. 4 Cst. précise encore qu'aucun droit justiciable ne peut être tiré des buts sociaux. A ce sujet, la différence entre droits fondamentaux et buts sociaux a été tracée par le Tribunal fédéral en rapport avec la protection des enfants (art. 11 et 41 al. 1 lit. f Cst.)³²³. Selon cet arrêt, les buts sociaux s'adresseraient principalement au législateur, alors que les droits individuels s'adressent à toutes les autorités.

Si le droit à des conditions minimales d'existence doit être garanti de manière absolue pour chacun, les buts sociaux sont dépendants des ressources à disposition, à condition que celles-ci ne soient pas limitées arbitrairement. A la fin de ce chapitre et tout au long de ce travail, nous proposerons toutefois une construction qui pourrait donner un contenu justiciable à ces buts sociaux, en lien avec le principe d'égalité de traitement et plus précisément avec l'égalité d'accès aux prestations étatiques.

2.7 Droits et buts sociaux dans les constitutions

Les constitutions cantonales qui ont été adoptées entre 1847 (constitution genevoise) et 2000 (constitution neuchâteloise), présentent des sensibilités différentes, non seulement dues à l'époque de leur rédaction, mais aussi à leur provenance géographique. Depuis les années 70, de nombreux cantons ont entrepris une révision de leur constitution. Plusieurs constitutions sont encore en cours de révision, notamment celles des cantons de Bâle-Ville, Fribourg, Vaud et Zurich.

³²¹ FF 1997 I 203.

³²² Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier: "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, p 683; Margrith Bigler-Eggenberger: "Nachgeführte Verfassung: Sozialziele und Sozialrechte", in: "Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen", 1998, p. 513; Pascal Mahon: "Droits sociaux et réforme de la Constitution", 1996, p. 386.

³²³ ATF 126 II 391: "Im Unterschied zu den in Art. 41 Abs. 1 lit. f und g BV verankerten Sozialzielen, welche sich als Staatszielbestimmungen hauptsächlich an den Gesetzgeber richten, nimmt Art. 11 Abs. 1 BV auch die rechtsanwendenden Instanzen in die Pflicht, bei der Handhabung der Gesetze der besonderen Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen,..."

Dans le domaine des droits et buts sociaux, les révisions ont été marquées par des tendances successives: une première est caractérisée par l'introduction de droits sociaux au sens large (Jura, Bâle-Campagne et Genève); une deuxième consista à séparer les droits sociaux minimaux des buts sociaux se rapportant à une protection plus étendue (Berne, Appenzell Rhodes-Extérieures et Tessin)³²⁴; une troisième, inspirée de la nouvelle Constitution fédérale, prévoit un droit à des conditions minimales d'existence considéré comme un droit fondamental justiciable et des buts sociaux (Neuchâtel). Vu l'importance de ces révisions, nous tenons à les exposer en quelques mots.

La Constitution du Jura (1977) prévoit des droits sociaux, mais la systématique indique qu'il ne s'agit pas de droits justiciables, puisqu'ils ne figurent pas dans le titre consacré aux droits fondamentaux, mais dans le titre III traitant des tâches de l'Etat. L'art. 19 al. 1 prévoit que "le droit au travail est reconnu", mais l'alinéa 2 tempère ce droit et en fait plutôt un but social³²⁵. L'art. 22 al. 1 prévoit que "le droit au logement est reconnu" et l'al. 2 est formulé de manière plus contraignante qu'en matière de travail³²⁶. Moritz affirme que l'art. 22 a le double contenu d'un droit constitutionnel à caractère social (justiciable mais de portée limitée) et d'un programme constitutionnel tendant à la réalisation d'un but social³²⁷. D'autres buts sociaux sont formulés aux art. 18 ss.

La Constitution de Bâle-Campagne (1984) contient un titre 3 intitulé "*Sozialrechte*", placé après le titre consacré aux droits fondamentaux. La formulation de l'art. 16 laisse penser qu'il s'agit d'un véritable droit social, en ce qu'il confère une prétention à la garantie d'existence et à la sécurité sociale. La formulation de l'art. 17 qui concerne la formation, le travail et le logement, indique que cette disposition ne confère pas de prétention même si elle est placée sous le même titre intitulé "droits sociaux"; les éléments qu'il contient correspondent donc plutôt à des buts sociaux. La systématique qui sépare les droits sociaux des droits fondamentaux renforce cette interprétation.

³²⁴ La distinction est expliquée dans Jörg-Paul Müller: "Grundrechte", 1995, pp 45-46.

³²⁵ Cette disposition est de nature programmatique et correspond à un objectif social, cf. Jean Moritz: "Commentaire de la Constitution jurassienne", vol. I, 1997, p. 175.

³²⁶ "L'Etat et les communes veillent à ce que toute personne obtienne, à des conditions raisonnables, un logement approprié".

³²⁷ Jean Moritz: "Commentaire de la Constitution jurassienne", vol. I, 1997, pp 191-192.

La Constitution de Genève (1847) contient un article 10 A al. 1 (ajouté en 1992) conférant un droit au logement. La formulation de l'alinéa premier de cet article laisse penser qu'il s'agit d'un véritable droit: "Le droit au logement est garanti". Par contre, les considérations émises plus haut mènent à nuancer cette déclaration (cf. 2.6), même si l'art. 10 A est placé dans le titre II intitulé "déclaration des droits individuels".

La Constitution de Bâle (1993) prévoit une disposition intitulée "droits sociaux" (art. 29) et une disposition intitulée "but sociaux" (art. 30), relative notamment au travail, au logement et aux soins³²⁸. L'art. 29 prévoit que: "Toute personne dans le besoin a droit à un logis³²⁹, aux moyens nécessaires pour mener une existence conforme aux exigences de la dignité humaine ainsi qu'aux soins médicaux essentiels". Dans la Constitution bernoise, droits sociaux et but sociaux forment des chapitres séparés, groupés sous un titre intitulé "Droits fondamentaux, droits sociaux, but sociaux".

La Constitution d'Appenzel Rhodes-Extérieures (1995) contient une disposition intitulée "Sozialrechte" (art. 24) et une disposition intitulée "Sozialziele" (art. 25), placées dans le titre 3 consacré aux droits sociaux et but sociaux, situé après le titre 2 traitant des droits fondamentaux. L'art. 24 confère des prétentions en matière de conditions minimales d'existence, de protection et d'éducation des enfants et d'aide aux victimes d'infractions pénales. L'art. 25 concerne notamment les domaines du travail, du logement, de la formation permanente et de l'aide aux personnes âgées ou en mauvaise santé.

La Constitution du Tessin (1997) contient un art. 13 al. 1 intitulé "*diritti sociali*" qui donne un droit à des conditions minimales d'existence et à des soins médicaux essentiels: "*Ogni persona nel bisogno ha diritto ad un alloggio, ai mezzi necessari per condurre un' esistenza conforme alle esigenze della dignità umana e alle cure mediche essenziali*". L'art. 14 est consacré aux but sociaux. Les art. 13 et 14 se situent dans le titre III consacré aux droits et but sociaux, situé après le titre traitant des droits fondamentaux et devoirs.

³²⁸ Ces dispositions sont commentées dans Urs Bolz: "Materialien und Kommentare", 1995, pp 312 ss.

³²⁹ Par logis au sens de cette disposition, on entend quelque chose de très simple: logement d'urgence, locaux de protection civile, baraquements; cf. Urs Bolz: "Materialien und Kommentare", 1995, p. 316.

La Constitution neuchâteloise (2000) contient une liste de buts et mandats sociaux en son art. 34, mais la formulation des différents éléments indique que l'Etat ne s'engage qu'à prendre des mesures pour aider la personnes à faire des démarches dans les différents domaines évoqués³³⁰. Par ailleurs, l'art. 13, placé dans le chapitre intitulé "droits fondamentaux", garantit le droit à des conditions minimales d'existence.

Plusieurs constitutions contiennent des dispositions générales en matière de protection sociale, formulées sous forme de buts sociaux³³¹ ou de tâches de l'Etat³³². Par ailleurs, neuf constitutions cantonales ne prévoient ni droits sociaux, ni buts sociaux: Appenzell Rhodes Intérieures (1872), Fribourg (1857), Grisons (1892), Lucerne (1875), Schaffhouse (1876), Schwyz (1898), Vaud (1885), Valais (1907) et Zoug (1894). Il est vrai qu'elles datent presque toutes du 19^e siècle et que deux d'entre elles se trouvent actuellement en révision.

D'une manière générale, il faut relever que les droits ou buts sociaux ainsi que les dispositions générales adoptées en matière sociale ne vont pas au-delà des art. 12 et 41 Cst. Dans le domaine concerné par ce travail, force est de constater que les constitutions cantonales auront relativement peu d'influence, puisque l'efficacité pratique de ces dispositions est avant tout perceptible lorsqu'elles accordent des droits plus étendus que la Constitution fédérale ou les textes internationaux³³³.

2.8 Droits sociaux: un bloc et deux piliers

La notion de "droits sociaux" a évolué ces dernières années et la doctrine la plus récente la réserve aux droits justiciables (droit à des conditions minimales d'existence et "petits" droits sociaux, cf. 2.1.3). Pour résumer toutes les considérations émises et déterminer quelles sont l'ampleur et la

³³⁰ Jean-François Aubert: "La révision totale de la Constitution neuchâteloise", RJN 1998, p. 18; le texte charge les autorités de mener une politique sociale favorable aux différents éléments évoqués.

³³¹ La Constitution de Soleure (1986), art. 22.

³³² La Constitution de Bâle-Ville (1889), art. 11-17.

³³³ Peter Uebersax: "Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz", AJP 1/1998, p. 7.

force de la protection sociale au niveau constitutionnel, nous proposons une construction comprenant un bloc de base et deux piliers:

- Le bloc de base correspond au droit à des conditions minimales d'existence, à classer dans la catégorie des droits fondamentaux justiciables; il est la concrétisation de la protection de la dignité
- Le premier pilier est formé par les buts sociaux; ils servent à déterminer quelles doivent être les prestations (et institutions) étatiques mises à disposition;
- Le deuxième pilier est formé par un droit fondamental justiciable à l'égalité d'accès aux prestations de nature étatique existantes, fondé sur le principe de l'égalité de traitement.

Le bloc de base contient un minimum intangible. Le premier pilier contient une obligation d'effort adressée à l'Etat de mettre à disposition des prestations adaptées aux ressources disponibles et le deuxième pilier garantit en principe à chaque personne de ne pas se voir refuser l'accès à ces prestations sans raison pertinente. *Les deux piliers correspondent à un droit de pouvoir accéder à des prestations adaptées aux ressources étatiques.* Cette première conclusion sera reprise et complétée tout au long de ce travail.

L'instrument par excellence de réalisation des buts sociaux est constitué par les assurances sociales. En effet, lorsque les conditions d'accès à ces assurances sont remplies, le but social est transformé en un véritable droit, renforçant la construction que nous venons d'ébaucher. Cependant, il ne s'agit pas alors d'un droit constitutionnel; il n'est pas absolu puisque des conditions d'accès doivent être remplies, mais il permet aux titulaires d'invoquer des prétentions déterminées en justice (cf. 5).

3 Santé et soins : quelle protection constitutionnelle?

3.1 La santé

3.1.1 Quelle définition choisir ?

Les termes "santé" et "maladie" ont fait couler beaucoup d'encre en définitions les plus diverses, depuis de nombreux siècles³³⁴, dont seules quelques-unes peuvent être reprises ici. Notre choix a été opéré de manière à offrir une palette de définitions correspondant à des manières très diverses d'aborder la santé:

- Celle qui est apparemment la plus simple est une *définition négative*, selon laquelle la santé est l'absence de maladie ou d'infirmité. La santé est alors dépendante de la définition du terme "maladie", qui est lui-même difficile à cerner³³⁵. Cette notion de la santé, basée sur une définition de la maladie, est souvent reprise dans le domaine de l'assurance; pour objectiver la notion de maladie, les assureurs se réfèrent alors aux classifications internationales (ICD, DSM IV). La maladie devient alors quelque chose qui peut être diagnostiqué et nommé, qui a une origine et répond à des critères déjà vérifiés.
- A l'opposé, on parle de la santé comme d'un état de bien-être, en lui accordant une place principale dans notre recherche du bonheur. Cette tendance est illustrée par la définition de l'OMS : "La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité"³³⁶. Cette définition a été reprise avec quelques nuances dans certaines lois cantonales relatives au domaine de la santé, laissant notamment de côté le terme "complet" qui introduit une appréciation de ce qui ne peut être quantifié³³⁷.

³³⁴ Les conceptions antiques et médiévales de la santé et de la maladie sont

³³⁵ commentées dans Mirko D. Grmek: "Le concept de maladie", 1995, pp 211 ss.
Olivier Guillod et Dominique Sprumont : "Le droit à la santé : un droit en pleine émergence", 1996, p. 339.

³³⁶ Préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, RS 0.810.1.
³³⁷ P.ex.: Loi de santé du canton de Neuchâtel, art. 2 : "La santé est un état de bien-être qui tend à un équilibre physique et psychique favorisant l'épanouissement de chaque individu au sein de la collectivité". Loi sur la santé du canton du Valais,

- Hippocrate voyait la santé comme le résultat d'un équilibre harmonieux, non seulement des substances organiques (des humeurs), mais aussi des influences environnementales. La maladie est une dissociation (ou désorganisation) progressive, dans laquelle l'être humain ne trouve plus sa place naturelle dans le cours du monde, ni son harmonie intérieure³³⁸. L'équilibre entre santé et maladie est précaire; il n'y a pas de frontière nette.
- Une certaine vision systémique voit également la santé comme un équilibre entre de multiples dimensions liées à la santé, mais en précisant que cet équilibre est dynamique. La santé est alors avant tout caractérisée par la souplesse dans l'interaction et l'intégration avec son environnement (équilibre dynamique)³³⁹. La maladie peut être définie comme un manque d'intégration et une rupture d'harmonie, pouvant se manifester à différents niveaux de l'organisme aussi bien que dans les multiples interactions entre l'organisme et les systèmes plus larges dont il fait partie.
- Toujours dans la ligne de pensée systémique, des thérapeutes familiaux lient la maladie non seulement à des facteurs internes et à l'environnement, mais au proche entourage³⁴⁰. Cette vision systémique influence aussi les conséquences de la maladie: "toute maladie est un événement qui a valeur de crise pour le sujet qui le vit, aussi bien que

art. 2 : "La santé est un état de bien-être physique et psychique permettant l'épanouissement de chaque individu au sein de la collectivité".

338

Voir notamment Jean-François Mattei: "La révolution antique: d'Alemton à Galien", 1997, pp 104 ss.

339

Fritjof Capra: "Le temps du changement", Editions du Rocher, 1983, pp 306-307.

340

"L'approche médicale traditionnelle situe en effet l'essentiel de la maladie dans l'individu, en la rattachant aux éléments qui "composent" celui-ci (processus biologique, mode de vie et, éventuellement psychologie du sujet); elle analyse d'autre part les facteurs "exogènes" qui influencent ces composantes individuelles (facteurs écologiques, stress, pression sociale, etc.). Suivant une perspective systémique, en revanche, l'émergence de la maladie est simultanément reliée à tous ces éléments et aux structures relationnelles, en particulier familiales, qui ne sont réductibles ni aux facteurs internes, ni aux facteurs externes, ni à la simple sommation des deux." Marco Vanotti / Michèle Célis-Gennart: "Liens et chiasmes entre les dimensions personnelles, familiales et sociales de la maladie, 1997, p. 2.

pour l'entourage des proches...³⁴¹. Cette définition est très proche de ce qu'on pourrait décrire comme étant la maladie psychosomatique³⁴².

- Certains ne donnent pas de véritable définition, mais parlent de dimensions de la santé - par exemple un concept de santé à quatre dimensions interdépendantes: la durée et la qualité de vie, l'état de bien-être, l'absence de maladie, le système de représentation de la santé³⁴³ - ou de facteurs déterminants pour la santé - par exemple le modèle incluant l'environnement social, physique et génétique, le bien-être, la prospérité et la perception individuelle³⁴⁴.
- En réaction à toutes les définitions centrées sur le bien-être et à la complexité de certains modèles, certains ont essayé de réduire la définition à sa forme la plus simple, en laissant le flou nécessaire à une notion intangible. La santé serait alors intimement liée à l'existence même des individus et serait la capacité fonctionnelle de ceux-ci, alors que la maladie est un événement qui marque le sujet dans sa mémoire et qui suscite une réorganisation de l'individu³⁴⁵. Le terme capacité fonctionnelle est à comprendre dans un sens très large et non comme le fonctionnement d'une sorte de mécanique biologique. Nous irons même jusqu'à dire qu'il s'agit de la capacité de vivre, ou plus: la *capacité de pouvoir être*³⁴⁶. Ce terme recouvre une dynamique de la meilleure

341 Marco Vanotti / Michèle Célis-Gennart: "Liens et chiasmes entre les dimensions personnelles, familiales et sociales de la maladie, 1997, p. 1.

342 "La maladie psychosomatique se présente comme un point d'interaction douloureux entre facteurs biologiques, psychologiques et socio-familiaux", Luigi Onnis: "La maladie: un phénomène qui exige une optique de la complexité", 1997, p. 23.

343 Contandriopoulos André-Pierre: "Pourquoi est-il si difficile de faire ce qui est souhaitable ? Quelques idées sur la transformation des systèmes de santé", 1999, p. 6.

344 Robert G. Evans / Gregory L. Stoddart: "Producing health, consuming health care", Soc. Sci. Med. vol. 31, no 12, p. 1359.

345 Dominique Folscheid / Jean-Jaques Wunenburger: "La finité de l'action médicale", 1997, pp 143-144.

346 H.L.J. Leenen insiste sur le fait que la santé exerce une influence notable sur le fait de pouvoir exister pour l'être humain: "Zc (de gezondheid) bepaald in belangrijke mate de wijze waarop een mens kann existeren", in: "Volksgezondheid in het perspectief van de burger", 2000, p. 9.

réalisation possible des dimensions physiques et psychiques de la personne³⁴⁷.

Une telle pléthore de définitions montre l'importance croissante que la santé a prise dans notre vie. Etroitement liée aux mythes de l'immortalité et du parfait bien-être, elle devient une sorte de but ultime et presque une fin en soi. Selon un philosophe hollandais, la santé fonctionne comme une norme qui comble l'absence de valeurs morales qui seraient admises par l'ensemble de la société³⁴⁸. La santé devient alors idéologie, valeur morale ou même religion.

Santé et maladie correspondent à des états que nous traversons tout au long de la vie, sans que la frontière soit toujours clairement démarquée. C'est cette vision de continuité, même dans des états différents, même avec ce qui peut paraître comme des ruptures que nous aimerions proposer, nous sommes faits de jours et de nuits, de force et de faiblesse et aussi de santé et de maladie³⁴⁹. Par conséquent, nous proposons la définition suivante:

La santé est notre capacité de pouvoir être.

Cette optique présente les avantages suivants: une désacralisation de la santé, une meilleure acceptation de la maladie et finalement une attitude plus paisible sur le déroulement de notre vie. La santé n'est pas alors un état d'équilibre statique que médecins et Etat doivent nous aider à atteindre à tout prix, mais elle doit s'adapter aux conditions nouvelles, aux événements inhabituels; elle dépend de l'évolution de notre personnalité³⁵⁰; elle est capacité de vivre, de pouvoir être.

³⁴⁷ Par opposition à la définition plus statique donnée par Gross: "sie (Gesundheit) entspricht dem Normativzustand (Soll-Zustand) optimaler Entfaltung der Persönlichkeit"; Jost Gross: "Die persönliche Freiheit des Patienten", 1977, p.50.

³⁴⁸ P. Scholmanns: "La prise en charge des soins de santé par la solidarité est-elle limitée? Une reconnaissance éthique", cité par Suzanne Rameix: "L'idée de justice", 1997, p. 3.

³⁴⁹ G. Abraham / D. Vlatkovic: "Douleur et plaisir - maladie et santé - une perception subjective", 1995, pp 98-99.

³⁵⁰ "Cette santé va de pair avec une évolution éthique de notre personne et de notre système relationnel", G. Abraham / D. Vlatkovic: "Douleur et plaisir - maladie et santé - une perception subjective, 1995, p. 97.

3.1.2 Influence de la définition de la santé sur les systèmes de soins

S'attarder sur ces définitions de la santé ne relève pas du seul plaisir intellectuel, mais de la nécessité, car elles exercent une influence sur le système de santé lui-même, notamment par la détermination des soins et de notre demande en soins.

La première définition tend à un système de soins de maladie (*sickness care system*³⁵¹), puisque la santé est l'absence de maladie. Les définitions 2 - 6 ont pour conséquence un système de soins de santé, la santé étant considérée comme un état de bien-être aux dimensions multiples. La septième définition tend à des *soins de la personne* qui tiennent compte des potentialités, compétences et besoins de cette dernière.

La septième définition est celle qui nous convient le plus, pour les raisons déjà évoquées, mais aussi parce que notre préférence va aux soins de la personne. Ce concept étant très vaste, il s'agira de le délimiter lorsqu'il sera question d'accès aux soins, de prise en charge et donc du rôle de l'Etat dans ce domaine. Cela posera quelques problèmes, puisqu'en Suisse nous connaissons un système s'apparentant plutôt à celui des soins de maladie.

3.1.3 Santé et Etat

Il n'est plus question ici de définir la santé; nous avons indiqué notre préférence pour une définition très ouverte, ce qui implique de devoir déterminer quel est le rôle de l'Etat dans ce domaine. Autrement dit, il s'agit de déterminer ce qui entre dans la sphère d'activité de l'Etat et ce qui reste dans la sphère de la responsabilité individuelle. Cette conception influencera ensuite l'examen de la santé, et plus particulièrement des soins, sous l'angle des droits ou des buts sociaux. Comme pour les droits fondamentaux en général, toute cette analyse n'a de sens que si l'être humain est au centre des préoccupations³⁵².

La santé, intimement liée à la façon de conduire sa vie à travers les divers aléas de celle-ci, relève fondamentalement du domaine de la responsabilité

³⁵¹ Robert G. Evans / Gregory L. Stoddart: "Producing health, consuming health care", Soc. Sci. Med. vol. 31, no 12, p. 1347.

³⁵² "In de zorg voor de volksgezondheid behoort de mens centraal te staan", H.J.J. Leenen: "Volksgezondheid in het perspectief van de burger", 2000, p. 9.

personnelle, et cette responsabilité doit être encouragée³⁵³. En ce sens, la responsabilité pour sa santé est un élément de la responsabilité pour sa vie qui découle notamment de l'art. 6 Cst.³⁵⁴ Ce n'est que lorsque la personne n'arrive plus à assumer seule cette responsabilité, qu'elle fera appel à un tiers qualifié dans le domaine médical au sens large (demande de soins). Le rôle de l'Etat est d'assurer que chacun puisse avoir recours à cette aide lorsqu'il n'arrive plus à maintenir seul son état de santé. Si la santé est principalement du domaine de la responsabilité individuelle, l'accès aux soins relève en priorité de la responsabilité étatique et le passage de l'un à l'autre s'effectue concrètement au moment où une personne formule une demande de soins.

Les mesures de prévention et l'accès aux soins sont une question de justice et de dignité humaine, mais aussi une question d'intérêt public. Comme la lutte contre le paupérisme, la lutte contre la morbidité est nécessaire aux fondements même d'un Etat de droit démocratique. Le Tribunal fédéral a reconnu que la santé est un intérêt public³⁵⁵, non seulement en ce qui concerne les maladies contagieuses et les mesures psychiatriques en vue de limiter les conséquences de l'agressivité (protection des tiers), mais aussi en ce qui concerne le niveau de santé général de la population; il précise que les coûts sociaux ne sont pas étrangers à cette considération³⁵⁶. Dans ce même ordre d'idée, le Tribunal fédéral a également reconnu qu'il y a un intérêt public important à limiter l'explosion des coûts de la santé³⁵⁷. Dans un arrêt ultérieur en matière de transplantation d'organes, le Tribunal fédéral reconnaît un "intérêt public fondamental à la sauvegarde des vies humaines et à l'allègement des souffrances des patients"³⁵⁸. Il est un autre domaine de la santé où l'Etat, de concert avec le corps médical, doit intervenir: l'information, et notamment l'information quant à la prévention et à la

353 Olivier Guillod / Christoph Andreas Zenger: "Droit de la santé", 1996, p. 170.

354 "Toute personne est responsable d'elle-même..."; cf. à ce sujet, Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, p. 334.

355 ATF 118 Ia 437 - 438; Olivier Guillod et Dominique Sprumont: "Le droit à la santé: un droit en pleine émergence", 1996, pp 340 ss.

356 "Das öffentliche Interesse an der Gesundheitspolizei besteht aber nicht nur im Schutz Dritter. Vielmehr hat jeder einzelne schon mit Blick auf die sozialen Kosten ein Interesse an der unversehrten Gesundheit möglichst vieler Mitbürger. Das Gesundheitswesen ist im Rechtsstaat heutiger Prägung denn auch weitgehend - und jedenfalls weit über den Bereich des Schutzes vor Fremdgefährdung hinaus - als öffentliche Aufgabe (service public) konzipiert"; ATF 118 Ia 438; ZBI 1991, p. 32.

357 ATF 110 Ia 105.

358 ATF 123 I 134.

responsabilité personnelle de chacun dans la gestion de sa santé³⁵⁹ (cf. chap. 10).

La santé relève fondamentalement du domaine de la responsabilité personnelle, mais cette déclaration doit être nuancée lorsque l'Etat restreint la marge de manoeuvre d'une personne, donc lorsqu'il y a un rapport de sujétion spéciale (p. ex.: emprisonnement, internement, séjour dans un hôpital public)³⁶⁰. Dans ce cas, l'état de santé de la personne passe en grande partie dans la sphère de responsabilité de l'Etat³⁶¹. Les questions sous-jacentes à tout ce travail sont donc: jusqu'où l'Etat doit-il intervenir en matière de soins et, par conséquent, quels soins doit-il absolument garantir, quel que soit le contexte économique, et quels soins doit-il s'efforcer de mettre à disposition, en fonction des moyens disponibles?

3.2 Les soins

3.2.1 Notion

La définition des soins est étroitement liée à celle de la santé. Les *soins* sont des mesures offrant la possibilité de recouvrer la santé, de la maintenir ou de rendre la maladie plus supportable, par des moyens médicaux au sens large, incluant les composantes diagnostiques, thérapeutiques et palliatives, fournies par des personnes exerçant une profession médicale ou paramédicale³⁶².

³⁵⁹ A propos de l'autogestion de la santé: Olivier Guillod / Christoph Andreas Zenger: "Droit de la santé", 1996, p. 170.

³⁶⁰ Pierre Moor parle de rapports de puissance publique spéciaux, cf. "Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat", 2001, p. 272.

³⁶¹ Notamment ATF 106 Ia 277; Gesetz über Behandlung und Einweisung psychisch kranker Personen (Psychiatriegesetz) du canton de Bâle-Ville, 18 septembre 1996, art. 11: "Die Patientinnen und Patienten haben Anspruch auf eine Behandlung, die ihrem Leiden angemessen ist, ihre Menschenwürde achtet, dem aktuellen Stand des psychiatrischen Wissens entspricht und ein konkret zu umschreibendes Ziel verfolgt. Sie haben das Recht auf die erforderliche Pflege und Fürsorge".

³⁶² Cf. notamment Rapport du Conseil d'Etat vaudois au Grand Conseil sur le postulat Paul-Arthur Treyvaud demandant de clarifier les principes de la distribution généralisée des soins et de la lutte contre le rationnement des soins ainsi que de l'opportunité de légiférer en la matière, 240, R. 61/00, p. 16; Gabrielle Steffen / Olivier Guillod: "Landesbericht Schweiz", 2000, p. 238; une

En lien avec la définition de la santé choisie plus haut, la définition des soins peut être précisée de la manière suivante: *les soins sont des mesures médicales au sens large, incluant les composantes diagnostique, thérapeutique et palliative, fournies par des personnes exerçant une profession médicale ou paramédicale et ayant pour objectif le rétablissement ou le maintien de la capacité de pouvoir être de la personne.*

Si les soins sont inévitablement liés à la santé, l'inverse n'est pas si vrai. Il convient de rappeler que les soins ne participent que pour 10 - 20% à l'état de santé de la population³⁶³. L'amélioration du niveau de vie et des conditions d'hygiène est la cause principale de la baisse de mortalité et non les soins médicaux³⁶⁴.

3.2.2 La demande de soins

La *demande de soins* repose sur l'appréciation subjective de l'individu quant à ce qui lui est nécessaire pour recouvrer ou maintenir sa santé. Elle exprime le désir, et plus encore, la détermination de la personne de passer de l'état de santé actuellement ressenti à un état de santé plus élevé³⁶⁵ ou, selon le langage adopté dans ce travail, de retrouver ou d'améliorer sa capacité de pouvoir être, par le biais d'une aide extérieure de type médical au sens large. Plus qu'un simple besoin exprimé³⁶⁶, elle implique une démarche active de recherche d'aide.

La demande de soins se réfère donc à une décision délibérée de faire appel à une aide extérieure, qui ne devrait être formulée qu'après avoir évalué ses propres ressources. Elle implique que la personne soit capable de faire cette évaluation et de prendre une telle décision. Pour évaluer cette capacité de décision, le critère retenu en droit suisse est celui de la capacité de discernement. L'art. 16 CC pose la présomption selon laquelle chaque personne est capable de discernement à moins qu'elle ne soit privée de cette

définition semblable, mais sans l'inclusion expresse des soins palliatifs est donnée par Pierre-Yves Greber: "La garantie des soins médicaux dans le cadre de la sécurité sociale", 1990, p. 78.

363

Suzanne Rameix: "L'idée de justice", 1997, p. 16.

364

Sir Douglas Black: "Paying for health", *Journal of medical ethics* 1991, pp 118-119.

365

Mooney Gavin: "Economics, Medicine and Health Care", 1992, p. 69.

366

BMS 1999, p. 1961.

faculté par son jeune âge ou une des conditions énumérées par la loi (maladie mentale, faiblesse d'esprit, ivresse ou autres). La capacité de discernement peut être définie comme la capacité de comprendre une situation et d'agir en fonction³⁶⁷ ou encore de s'autodéterminer. Elle doit être appréciée dans le cas concret, ce qui signifie qu'il n'y a pas de critères d'âge ou de situation figés (relativité de la capacité de discernement)³⁶⁸.

La capacité de discernement est la condition pour qu'il puisse y avoir demande (ou refus) de soins. Par conséquent, la personne incapable de discernement ne peut exprimer une telle demande. Celle-ci devra être formulée en principe par le représentant légal de cette personne³⁶⁹ mais, afin que la personne incapable de discernement soit protégée contre des abus, en tenant impérativement compte du bien de la personne incapable de discernement³⁷⁰. Les règles sur la représentation thérapeutique actuellement en cours d'élaboration dans le cadre de la révision du droit de la tutelle devraient apporter plus de clarté dans ce domaine.

3.2.3 Le besoin en soins

Ce n'est pas l'appréciation subjective et la détermination du patient qui sont en jeu ici³⁷¹, mais son état de santé constatable par un tiers³⁷². Le besoin en soins est indépendant de la décision du patient et donc de sa capacité de discernement. Il concrétise, dans le domaine de la santé, le "bien" de la personne concernée.

³⁶⁷ Voir Franz Werro: "La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité", 1986, p. 26.

³⁶⁸ ATF 109 II 273; Eugen Bucher: "Die natürlichen Personen 2. Abt. des Personenrechts Art. 11-26 ZGB", 1976, ad Art. 16, N 90 ss; Olivier Guillod: "Le consentement éclairé du patient - autodétermination ou paternalisme?", 1986, pp 214-215; Max Nägeli: "Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht", 1984, pp 105-106.

³⁶⁹ Sur le plan fédéral, les règles sur la représentation thérapeutique sont en voie d'élaboration, dans le cadre de la révision du droit de la tutelle. Sur le plan cantonal, les solutions sont très diverses: priorité au représentant légal ou aux proches ou aux directives anticipées.

³⁷⁰ Voir aussi: Max Nägeli: "Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht", 1984, pp 52-59.

³⁷¹ "Clearly, the concept of need conflicts with that of consumer sovereignty", Mooney Gavia: "Economics, Medicine and Health Care", 1992, p. 69.

³⁷² Mesurable par des paramètres, cf. Olivier Guillod et Dominique Sprumont: "Le droit à la santé: un droit en pleine émergence", 1996, p. 339.

Besoin en soins et demande de soins ne se recoupent pas toujours: certains attendent trop longtemps avant d'exprimer leur demande, alors que certains la formulent sans que le lien avec un besoin soit bien établi. Une autre différence réside dans le fait que la demande trouve son origine dans l'autodétermination du patient, alors que le besoin se situe hors de portée de sa volonté. Les deux sont parfois en conflit, p.ex. en ce qui concerne l'euthanasie ou la privation de liberté à des fins d'assistance. Alors que la demande en soins concrétise plutôt le principe de l'autodétermination, le besoin en soins se réfère à la protection de la personne et notamment à la notion de "bien" de la personne. Ce "bien" serait en l'occurrence la santé et donc, selon notre définition, la capacité de pouvoir être.

3.2.4 L'accès aux soins

L'accès aux soins est la possibilité offerte aux personnes de pouvoir effectivement bénéficier des soins qu'elles demandent et qui leur sont nécessaires. Il est la réponse à l'intersection entre demande et besoin, là où appréciation subjective du patient et constatation du médecin se rejoignent. Trois composantes essentielles conditionnent cet accès : le cercle des soins disponibles sur le marché (offre de soins), l'accessibilité géographique et l'accessibilité financière³⁷³. Le rôle de l'Etat et du système de soins est de déterminer cet accès et par conséquent l'ampleur de la prise en charge.

Dans une société fondée sur la solidarité, l'accès aux soins est souvent lié au principe de l'égalité de traitement et au concept de justice. En ce sens, il vaudrait mieux parler d'*égalité d'accès aux soins*. Celle-ci implique que les trois composantes nommées ci-dessus permettent l'accès à toute personne, mais il restera encore à déterminer à quels soins.

373

Rapport du Conseil d'Etat vaudois au Grand Conseil sur le postulat Paul-Arthur Treyvaud demandant de clarifier les principes de la distribution généralisée des soins et de la lutte contre le rationnement des soins ainsi que de l'opportunité de légiférer en la matière, 240, R. 61/00, p. 6.

3.2.5 Quels soins?

3.2.5.1 Introduction

Si, au début de ce chapitre, nous avons opté pour une définition très large des notions de "santé" et de "soins", nous avons également relevé que tout ce qui touche à la santé ne relève pas forcément de l'Etat (cf. 3.1.3).

En vue d'examiner quelle est la protection constitutionnelle en matière de soins, nous distinguerons, dans un premier temps, deux catégories de soins: ceux qui devraient être pris en charge par la collectivité parce qu'ils sont nécessaires (soins nécessaires); ceux qui, faisant partie des soins nécessaires, correspondent à une protection minimale qui doit être garantie de manière absolue (soins essentiels).

3.2.5.2 Les soins nécessaires

S'il faut déterminer à quels soins un système étatique basé sur la solidarité devrait donner accès, le terme "soins nécessaires" nous semble le plus adéquat³⁷⁴. Ce terme ne dit encore rien quant au contenu de ces soins, mais seulement qu'ils sont nécessaires à quelque chose; il exclut implicitement les soins qui se situent au-delà du nécessaire.

En rapport avec la définition des soins proposée au début de ce chapitre, les soins nécessaires consisteraient en des mesures médicales au sens large, nécessaires au recouvrement ou au maintien de la capacité de pouvoir être de la personne. Tout au long de ce travail, nous verrons si cette définition se confirme et si elle peut être affinée.

Dans l'idéal, les soins nécessaires se trouvent de manière durable à l'intersection entre la demande, le besoin et l'offre de soins. Callahan propose un concept de médecine à développement durable (*sustainable medicine*)³⁷⁵ qui présente des similitudes avec la notion des soins nécessaires.

³⁷⁴ C'est d'ailleurs ce terme qui est employé dans l'art. 41 al. 1 lit. b Cst. et la disposition précise qu'il s'agit des soins nécessaires à la santé.

³⁷⁵ Daniel Callahan: "False Hopes", 1998, p. 35: "A sustainable medicine will have three characteristics. It will first provide the people of a society with a level of medical and public health care sufficient to give them a good chance of making it through the life cycle and of functioning at a decent level of physical and mental competence. It will, second, be a medicine that can be equitably distributed

3.2.5.2 Les soins essentiels

Certaines dispositions légales suisses ou étrangères font une distinction entre soins et soins essentiels, parfois aussi appelés soins de base. Dans l'Etat d'Oregon par exemple, les personnes démunies n'ont pas un droit général aux soins, mais un droit aux soins de base³⁷⁶ et ceux-ci sont déterminés par une liste.

Plus encore qu'avec les soins nécessaires, la distinction entre soins et soins essentiels reflète une réalité: tous les soins disponibles sur le marché ne peuvent pas être offerts à tout le monde. Pour des motifs de dignité humaine et parce que cela est nécessaire aux fondements mêmes de l'Etat, il est toutefois indispensable de garantir au minimum les soins essentiels à toute personne, en tant que noyau irréductible, garanti envers et contre tout. Le terme "soins essentiels" n'indique pas précisément le contenu, si ce n'est que ces soins sont essentiels à quelque chose. Il s'agit ici de tenter une définition ou pour le moins une approche des soins essentiels. Des termes correspondant à l'idée de "soins essentiels" est utilisé dans plusieurs documents, sans être vraiment défini:

- La déclaration de l'OMS à Alma Ata ("Santé pour tous") définit les soins primaires, mais d'une manière qui ne résout pas les problèmes examinés dans ce travail³⁷⁷;
- En matière de psychiatrie, l'OMS fait le parallèle entre soins de base et soins de qualité appropriée, ce qui ne résout pas non plus les questions qui se posent³⁷⁸;

without undue strain, affordable to the society. It must, third, be a medicine that has, with public support, embraced finite and steady-state health goals and has limited aspirations for progress and technological innovation".

376 Leonard M. Fleck : "Just caring : Oregon, health care rationing, and informed democratic deliberation", *Journal of Medicine and Philosophy*, 1994, p. 369.

377 "Les soins de santé primaires sont des soins de santé essentiels, fondés sur des méthodes et des techniques pratiques, scientifiquement valables et socialement acceptables, rendus universellement accessibles à tous les individus et à toutes les familles de la communauté avec leur pleine participation et à un coût que la communauté et le pays puissent assumer à tous les stades de leur développement dans un esprit d'autoresponsabilité et d'autodétermination." Cité par Yves Beigbeder: "L'Organisation Mondiale de la Santé", 1995, p. 25.

378 OMS: "Dix principes fondamentaux sur le droit relatif aux soins de santé mentale", *Recueil international de législation sanitaire*, 1996, 47 (4), p 590 ss.

-
- Le Protocole de San Salvador ne permet pas non plus d'avancer dans la définition, puisqu'il utilise la notion de soins essentiels pour définir les soins primaires (art. 10 al. 2 lit. a)³⁷⁹.

Trois conclusions peuvent être tirées de l'absence d'une vraie définition: soit celle-ci relève de l'évidence, soit elle soulève des questions qu'on préfère écarter, soit encore elle relève de l'impossible. N'ayant pu trouver l'évidence et ne voulant pas admettre trop vite l'impossible, nous tenterons une définition ici, tout en précisant à nouveau que toutes les considérations qui suivent sont relatives à des soins essentiels, c'est-à-dire contenu d'un noyau irréductible et non à tous les soins nécessaires³⁸⁰, que la société devrait s'efforcer de garantir. Les difficultés que présente une définition des soins essentiels sont les suivantes:

- En les définissant comme étant les mesures permettant d'éviter une mort imminente, on ne tient pas compte des urgences non vitales, p. ex.: fracture du tibia;
- Les définir comme étant toutes les mesures médicales nécessaires à la survie revient à inclure les traitements vitaux relevant des technologies de pointe coûteuses;
- Parler de rétablissement des fonctions biologiques de base laisse de côté, par exemple, les urgences psychiatriques³⁸¹;
- Déterminer une liste de prestations nécessite des choix, toujours à refaire, selon une procédure déterminée.

A notre avis, la question ne peut être résolue qu'à l'aide d'une définition ouverte. A ce propos, il s'agit avant tout d'être clairs: une définition des soins essentiels vise clairement à exclure les soins coûteux. Il s'agit de garantir des

³⁷⁹ Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, adopté par les Etats d'Amérique centrale et d'Amérique du Sud le 17.11.1988, art. 10 al. 2 lit. a: "Primary care, that is, essential health care made available to all individuals and families in the community".

³⁸⁰ Critère de la "medizinische Notwendigkeit", ATF 121 V 298.

³⁸¹ Il est d'autant plus important de souligner la nécessité d'inclure les soins psychiatriques, sachant que la population suisse les place au bas de l'échelle de priorités, juste avant les soins du cancer pour les fumeurs (idée de responsabilité), cf. Gianfranco Domenighetti: "Définir des priorités sanitaires et rationnement - L'opinion des Suisses, des Administrateurs hospitaliers et des Départements sanitaires des cantons", 2000, p. 14.

conditions minimales d'existence absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine³⁸². Comme pour les conditions minimales d'existence, il s'agit de garantir à la personne la base absolument nécessaire à une existence digne, pour éviter la mendicité. Le terme "essentiel" se rapporte donc à la dignité humaine³⁸³.

S'agissant de déterminer à l'intérieur des soins nécessaires un noyau, un minimum absolu, il semble que les soins essentiels peuvent être esquissés à l'aide des éléments suivants:

- Existence d'un risque de dommage pour le patient;
- Critère de l'urgence;
- Les soins doivent consister en des actes relativement simples³⁸⁴.

Le concept répondant le mieux à ces éléments nous semble être celui de soins généraux, comprenant les soins d'urgence, y compris les soins psychiatriques d'urgence et les soins dentaires d'urgence, ainsi que les soins primaires de médecine générale³⁸⁵.

Les soins essentiels pourraient dès lors être définis comme étant les soins d'urgence et de médecine générale, absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine.

³⁸² Notamment ATF 122 I 103.

³⁸³ Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, p. 117.

³⁸⁴ Callahan ne parle pas de soins essentiels, mais esquisse une pyramide des soins par ordre de priorité. A la pointe, il place les soins palliatifs aux personnes proches de la mort, puis la prévention, puis les soins primaires et tout en bas, il place la médecine de pointe, qu'il distingue encore selon qu'elle est simple (chimiothérapies, interventions chirurgicales complexes) ou avancée (transplantations, chirurgie à cœur ouvert, etc.), cf. Daniel Callahan: "False Hopes", 1998, pp 249, 270; par cette pyramide - qui ne correspond pas à notre systématique -, Callahan montre que plus l'acte médical est sophistiqué, plus la priorité est basse, ce qui nous conforte dans l'idée que les soins essentiels doivent consister en des actes simples.

³⁸⁵ Leenen, sous le terme necessary health care, inclut les services généraux comprenant les soins primaires et les soins d'urgence, mais aussi les soins de longue durée aux personnes handicapées, cf. H.J.J. Leenen: "Health law in the Twenty-first Century", *European Journal of health Law*, 1998, pp 344-345; à notre sens, ce dernier élément, s'il n'entre pas dans les soins essentiels fait partie de manière prioritaire des soins nécessaires.

3.3 Protection constitutionnelle

3.3.1 Raison d'être d'une protection constitutionnelle

La protection constitutionnelle d'un droit a pour but d'en garantir l'existence quels que soient l'état de la législation, les événements futurs ou les ressources à disposition. Plus concrètement, il s'agit de déterminer s'il existe, pour l'individu, une possibilité de revendiquer la santé, des soins (si oui, lesquels?) ou l'égalité d'accès aux soins. Il faut donc examiner si l'un ou l'autre élément constitue un droit fondamental justiciable au niveau constitutionnel. Même si, dans ce chapitre, nous n'examinons que l'aspect purement constitutionnel et non la question de savoir dans quelle mesure le législateur fédéral accorde un tel droit par le biais des assurances sociales (cf. chap. 5), il ne faut pas perdre de vue que c'est par ce biais qu'un tel droit va être réalisé.

3.3.2 Droit à la santé ?

L'OMS déclare que le droit à la santé est un droit fondamental de l'être humain³⁸⁵. Cela ne signifie pas toutefois qu'il s'agisse d'un droit justiciable: un *droit fondamental à la santé* en tant que tel n'est ni dans la sphère d'influence humaine³⁸⁷, ni par conséquent dans la sphère étatique. Il est d'ailleurs difficile d'imaginer quelle serait l'obligation qui serait la contrepartie d'un tel droit. A ce titre, le Pacte I précise d'ailleurs qu'il s'agit plutôt du "droit qu'a chaque personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre"³⁸⁸, mélangeant ainsi le terme "droit" et la notion de responsabilité individuelle.

Un droit à la santé incluant des prestations positives déterminés de l'Etat ne peut pas non plus être tiré de l'art. 118 al. 1 Cst. Cette disposition pose

³⁸⁵ Yves Beigbeder: "L'Organisation Mondiale de la Santé", 1995, p. 14.

³⁸⁷ Voir Heek J.J. Leenen: "Handboek Gezondheidsrecht - Deel I - Rechten van mensen in de gezondheidszorg", 1994, p. 29; opinions contraires: OMS Europe: "La santé pour tous au 21^e siècle", Série européenne de la santé pour tous, no 6, 1999, p. 4; Aart Hendriks: "The Right to Health in National and International Jurisprudence", *European Journal of Health Law* 1998, p. 390.

³⁸⁸ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, RS 0.103.1, art. 12, reprenant la formulation contenue dans le préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé; Convention relative aux droits de l'enfant, RS 0.107, art. 24.1.

simplement le principe de la nécessité de protéger les hommes (et les animaux) contre les atteintes directes à leur santé³⁸⁹. Par ailleurs, seules des compétences partielles sont données à la Confédération (p. ex.: produits thérapeutiques, aliments, épidémies)³⁹⁰.

Le terme "droit à la santé" pourrait être divisé en deux parties: droit à ne pas être atteint dans sa santé par autrui et droit à des mesures ayant pour but la santé³⁹¹. Le premier élément est garanti en droit suisse par le droit fondamental à l'intégrité physique et psychique (art. 10 Cst.), par le Code pénal (art. 122 ss CP), par le Code civil (art. 28 CC) et par l'obligation qu'a l'Etat de protéger la santé de la population (art. 118 Cst.). Le deuxième élément indique un lien entre droit à la santé et droit aux soins, ce qui nous renvoie aux considérations concernant le droit aux soins. Au sens de la terminologie utilisée dans ce travail et réservant le terme "droit" à ce qui est justiciable, il n'y a pas de droit à la santé en Suisse³⁹².

3.3.3 Droit aux soins

Le droit aux soins pourrait être défini comme étant le droit à des mesures médicales au sens large visant à recouvrer la santé ou à la maintenir. Pour rejoindre la définition des soins donnée sous 3.1.1, on pourrait parler de droit à des mesures médicales au sens large, ayant pour but de rétablir, de maintenir ou de préserver la capacité de pouvoir être de la personne. Le terme "droit aux soins" laisse donc ouverte la question de savoir de quels soins on parle.

Dans un contexte général de retenue en matière de droits sociaux, il n'existe pas, au niveau fédéral, de garantie constitutionnelle explicite d'un droit aux

389 FF 1997 I 338.

390 Erwin Murer: "Wohnen, Arbeit, Soziale Sicherheit und Gesundheit", 2001, p. 977.

391 Henk J.J. Leenen: "The right to Health Care and its realisation in the Netherlands", 1999.

392 Nuancé, mais excluant un droit général à des prestations positives: Jost Gross: "Die persönliche Freiheit des Patienten", 1977, p. 51; opinions contraires mais qui n'évoquent pas la question de la justiciabilité de manière détaillée: Pierre-Yves Greber: "La garantie des soins médicaux dans le cadre de la sécurité sociale", in: "Assurance-maladie - quelle révision?", 1990, p. 88; Olivier Guillod et Dominique Sprumont: "Le droit à la santé: un droit en pleine émergence", 1996, pp 347 ss.

soins. La Constitution fédérale ne l'évoque que sous la forme d'un but social, c'est-à-dire dans une disposition à caractère programmatique (art. 41 al.1 lit. b). L'existence d'un droit aux soins est défendue par certains auteurs³⁹³.

Deux conventions internationales auxquelles la Suisse est partie parlent des soins. La première fait référence à la création de conditions-cadre et la deuxième contient une formulation correspondant à un but social:

- Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I)³⁹⁴, art. 12 al. 2 lit. c: "La création de conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie".
- La Convention relative aux droits de l'enfant (CUDE)³⁹⁵, art. 24 al.1: "Ils (les Etats parties) s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services". Art. 24 al. 2: "Les Etats parties ... prennent des mesures appropriées pour: ... lit. b): assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires, l'accent étant mis sur le développement des soins de santé primaires".

Même si elle ne concerne pas directement la Suisse, il faut encore mentionner la Charte des droits de l'homme de l'Union européenne qui, en son art. 35, préconise que: "Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union"³⁹⁶.

S'il a été clairement dit par le Tribunal fédéral que le Pacte I n'avait pas d'effet direct en droit Suisse³⁹⁷, il n'y a pas de déclaration globale pour la CUDE (cf. 2.2.2.3), ni pour l'art 24 CUDE en particulier. Compte tenu du lien étroit entre droit aux soins et ressources financières, également indiqué

³⁹³ Reconnaissant un tel droit: Dominique Sprumont: "Le droit aux soins dans les bouleversements actuels du secteur de la santé", Bulletin Université Neuchâtel, 1999, pp 39-43; moins directement et en opérant également un rattachement au droit à la vie: Felix Wolfers: "Grundriss des Sozialhilferechts", 1999, p. 80.

³⁹⁴ RS O.103.1.

³⁹⁵ RS O.107.

³⁹⁶ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/01).

³⁹⁷ Notamment ATF 120 Ia 10, 122 I 103.

dans la CUDE (art. 4)³⁹⁸, il n'est pas probable que l'enfant puisse invoquer en Suisse un droit aux soins se fondant sur cette disposition, dont la formulation elle-même fait plutôt penser à un but social qu'à un droit social ("Les Etats parties s'efforcent de...").

Il faut rappeler que le critère de justiciabilité est appliqué de manière stricte, notamment parce que c'est le principe de séparation des pouvoirs qui est en jeu et que la distribution des deniers publics n'entre pas dans la compétence des tribunaux. Dans le domaine de la santé, la question des ressources est centrale, ce qui ne fait que renforcer l'hypothèse selon laquelle le Tribunal fédéral ne reconnaîtrait pas un droit justiciable aux soins sans que ceux-ci ne soient définis avec un minimum de précision.

Un droit non justiciable reste un beau principe, mais sans traduction pratique; nous renoncerons donc à employer le terme "droit aux soins" sans autre précision. L'expérience des pays qui reconnaissent expressément un droit aux soins montre que la seule existence d'un tel droit n'est pas suffisante (voir l'exemple des Pays-Bas, sous 4.5); la portée concrète doit être précisée. Au long de ce travail, nous examinerons si le concept de droit aux soins peut être affiné en qualifiant le terme "soins", p. ex. avec l'adjectif "nécessaire". Il s'agirait alors de déterminer s'il existe un droit aux soins nécessaires.

3.3.4 Droit aux soins essentiels

Si un droit général aux soins n'est pas garanti en Suisse, il faut se demander quel est le champ de protection de l'art. 12 Cst. relatif au droit à des conditions minimales d'existence. Ce droit a été reconnu par le Tribunal fédéral peu avant son inscription dans la Constitution et a été décrit comme comprenant notamment logement, habits, nourriture, de manière à ce que personne ne doive sombrer dans la mendicité et dans un état incompatible avec la dignité humaine³⁹⁹. Le Message relatif à l'art. 12 Cst. mentionne les soins, mais laisse volontairement la question ouverte pour que la jurisprudence précise ce que sont les soins garantis par cette disposition. La

³⁹⁸

"Les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en oeuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale".

³⁹⁹

ATF 121 I 367 et ATF 122 I 101.

difficulté de cerner l'ampleur des soins est un indicateur selon lequel un droit aux soins sans autres précisions ne peut pas être justiciable, parce qu'il n'a pas un contenu normatif suffisamment déterminable pour que le juge puisse s'y référer directement et le faire aisément accepter⁴⁰⁰.

A la lecture des arrêts du Tribunal fédéral, on se rend compte qu'il place la barre des conditions minimales d'existence très bas, puisqu'il s'agit avant tout d'éviter la mendicité. Selon le Message, il s'agit des prestations nécessaires à une survie décente. Dans cette logique, les soins garantis seraient plutôt les soins essentiels tels que définis sous 3.1.3 qui pourraient faire l'objet d'une protection par un droit fondamental justiciable⁴⁰¹.

Un droit aux soins essentiels selon la définition donnée sous 3.1.3 peut être tiré à notre sens du droit fondamental à des conditions minimales d'existence par son côté élémentaire et touchant directement l'existence humaine, en tant qu'il est indispensable à la garantie de la dignité humaine⁴⁰². Un tel droit semble également reconnu par le Tribunal fédéral, qui précise toutefois que ces soins ne correspondent pas aux prestations selon la LAMal⁴⁰³. La définition donnée - soins de médecine générale et d'urgence absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine - fixe un cadre qui devrait permettre la reconnaissance du caractère justiciable d'un tel droit. Etant donné que le droit à des conditions minimales d'existence ne peut pas être limité à notre avis (cf. chap. 2), le droit aux soins essentiels tel que défini ici ne peut pas non plus l'être; il est lui-même noyau intangible.

⁴⁰⁰ Jörg-Paul Müller: "Introduction aux droits fondamentaux", 1987, p 26 ; à notre avis, il est plus difficile de délimiter la notion de soins, surtout en l'absence d'un qualificatif, que la notion d'instruction primaire suffisante, concernant laquelle deux décisions récentes ont été rendues, cf. JAAC 2000 no 1, pp 24 ss., JAAC 2000 no 56, p. 680.

⁴⁰¹ Dans la même direction en Allemagne, cf. Wolfram Höfling: "Rationierung von Gesundheitsleistungen im grundrechtsgeprägten Sozialstaat. Eine Problemskizze", 1998, p. 147, où on tire un tel droit du principe de la dignité humaine, mais ce droit est très restreint "minimaler Kernbestand".

⁴⁰² Ulrich Häfelin / Walter Haller: "Schweizerisches Bundesstaatsrecht", 2001, p. 258: ces auteurs insistent sur l'orientation vers la dignité humaine.

⁴⁰³ ATF 122 I 347; le Tribunal fédéral parle de "unmittelbar verfassungsrechtliches Minimum"; Pascal Coullery ne distingue pas clairement les deux degrés, "Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Rationierungsdebatte im gesundheitswesen", AJP 6/2001, pp 632 ss.

3.3.5 Droit à l'égalité d'accès aux soins

3.3.5.1 Droit fédéral

Dans le chap. 2, nous sommes arrivée à la conclusion qu'un droit à l'égalité d'accès à des prestations de nature étatique déjà existantes pouvait être tiré du principe de l'égalité de traitement et que les soins fournis dans le cadre des assurances sociales devaient être considérés comme des prestations de nature étatique. Il faut donc en conclure qu'il existe un droit à l'égalité d'accès aux soins existants, c'est-à-dire aux soins mis à disposition conformément au but social (art. 41 al. 1 lit. b Cst.).

Les buts sociaux étant essentiellement réalisés par les assurances sociales, il faut en déduire à notre sens que les soins entrant dans le cadre de l'art. 41 al. 1 lit. b Cst. correspondent à ceux pris en charge notamment, par la LAMal et la LAA. En pratique, cela reviendrait à reconnaître un droit à l'égalité d'accès aux prestations couvertes dans le cadre de la prise en charge de ces assurances. En rapport avec le Pacte I, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt dans lequel il estime que l'art. 2 al. 2 du Pacte I n'est pas directement applicable en matière d'assurances sociales⁴⁰⁴. A notre avis, ceci signifie simplement que l'art. 2 al. 2 du Pacte I ne peut être invoqué pour élargir la couverture des assurances sociales d'un pays⁴⁰⁵. L'arrêt ne semble donc pas en contradiction avec un droit à l'égalité d'accès aux prestations couvertes par les assurances sociales.

3.3.5.2 Dispositions internationales

Les dispositions internationales parlent plutôt d'accès aux soins que de droit à l'égalité d'accès aux soins. L'art. 3 de la Convention européenne sur les droits de l'Homme et la biomédecine⁴⁰⁶ préconise que l'Etat doit garantir l'accès équitable à des services médicaux d'une qualité appropriée. Réflétant l'état actuel des réflexions, il fait référence à une pesée d'intérêts entre les besoins

⁴⁰⁴ ATF 121 V 229.

⁴⁰⁵ L'arrêt concernait l'âge de la retraite qui était de 62 ans pour les femmes et de 65 ans pour les hommes.

⁴⁰⁶ Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, art. 3, FF 1998 4136: "Les Parties prennent, compte tenu des besoins de santé et des ressources disponibles, les mesures appropriées en vue d'assurer, dans leur sphère de juridiction, un accès équitable à des soins de santé de qualité appropriée".

en santé et les ressources disponibles et illustre la tension entre un droit et sa réalisation concrète. Il n'est pas à prévoir que cette disposition sera considérée comme étant justiciable par le Tribunal fédéral (cf. 2.2.3.2). D'ailleurs, plus qu'un véritable droit d'accès, la disposition consacre un but social soumis à la condition de ressources suffisantes. Elle contient aussi, à notre sens, une certaine exigence d'égalisation. L'art. 24 al. 1 CUDE prévoit une disposition du même type⁴⁰⁷.

L'art. 2 al. 2 du Pacte I prohibe la discrimination des personnes en relation avec l'exercice d'un droit formulé dans le Pacte⁴⁰⁸. Par ailleurs, l'art. 26 du Pacte II prévoit que toutes les personnes "ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi". La Suisse a toutefois émis une réserve, limitant la portée de cette disposition aux droits garantis par le Pacte II. Le particulier ne pourrait pas invoquer, sur cette base, notamment le fonctionnement sans discrimination des assurances sociales déjà existantes⁴⁰⁹.

Les "Dix principes fondamentaux sur le droit relatif aux soins de santé mentale de l'OMS"⁴¹⁰ (document qui n'a pas force de loi) consacrent l'"accès à des soins de santé mentale de base" et précisent que: "Toute personne qui en a besoin doit pouvoir accéder à des soins de santé mentale de base". Par contre, ces soins de base ne sont pas définis clairement, si ce n'est par le fait qu'il s'agit de soins de qualité appropriée (cf. 3.1.3).

3.3.6 But social

La notion de "but social" a été examinée dans le chapitre précédent. Comme son nom l'indique, il ne s'agit pas d'un droit justiciable, mais d'une "obligation d'effort" à l'intention des autorités étatiques et donc de bien plus que d'une simple attribution de compétences. L'art. 41 al. 3 Cst. l'exprime de la manière suivante: "Ils s'engagent en faveur des buts sociaux dans le cadre de leurs compétences constitutionnelles et des moyens disponibles". Un de

⁴⁰⁷ "Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier des services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services".

⁴⁰⁸ Cf. notamment ATF 121 V 232-233.

⁴⁰⁹ Jeanine de Vries Reilingh : "L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966", 1998, p. 211; cf. aussi ATF 121 V 234.

⁴¹⁰ Recueil international de législation sanitaire 1996, 47 (4), p 590 ss.

ces buts sociaux est que "toute personne bénéficie des soins nécessaires à sa santé" (art. 41 al. 1 lit. b).

Le but social concernant les soins est confronté à deux problèmes: les soins disponibles sur le marché et les ressources disponibles. Le but social oblige l'Etat, s'il a les ressources nécessaires, à s'efforcer de rendre possible l'accès aux soins nécessaires à tout le monde. Si les ressources sont insuffisantes, il a l'obligation d'utiliser ces ressources pour rendre disponible un maximum de soins. Il faut relever que la formulation de l'art. 41 al. 1 lit. b Cst. va plus loin que les soins essentiels, puisqu'elle concerne les *soins nécessaires*.

3.4 Garantie de l'accès aux soins au niveau cantonal

3.4.1 Systématique

Comme pour les droits et buts sociaux (cf. 2.7), les solutions adoptées par les cantons sont des plus diverses et se trouvent soit dans les constitutions, soit dans des lois cantonales relatives à la santé. Nous proposons de répartir les cantons en quatre groupes en fonction de l'existence de dispositions constitutionnelles ou légales prévoyant: un droit aux soins ou un droit d'accès aux soins⁴¹¹, un droit aux soins essentiels, des dispositions plus générales et finalement ceux qui ne connaissent aucune disposition relative aux soins.

3.4.2 Droit aux soins et droit d'accès aux soins

Aucune constitution cantonale ne contient le garantie d'un "droit aux soins".

Les lois cantonales relatives au domaine de la santé des cantons de Bâle-Ville⁴¹², Fribourg⁴¹³, Grisons⁴¹⁴, Jura⁴¹⁵, Neuchâtel⁴¹⁶, Tessin⁴¹⁷ et Valais⁴¹⁸

⁴¹¹ Ces deux termes sont synonymes à notre sens. Dans ce travail, nous n'employons le terme "accès" qu'en lien avec l'égalité d'accès aux soins.

⁴¹² Spitalgesetz (1981), art. 11: "Jeder Patient hat Anspruch auf eine seiner Krankheit angemessene Behandlung. Diese hat sich nach den anerkannten Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft zu richten und die Würde des Menschen zu achten."

⁴¹³ Loi sur la santé, RS du canton de Fribourg 821.0.1, art. 44: "Toute personne a droit aux soins qu'exige son état de santé à toutes les étapes de la vie, dans le respect et la dignité et, si possible, dans son cadre de vie habituel".

prévoient un droit aux soins. Mis à part le texte grison, aucun de ces textes ne prévoit un droit absolument illimité; ils rendent le droit aux soins dépendant de l'état de santé du patient, des moyens à disposition ou de la reconnaissance scientifique. Deux cantons - Jura et Valais - précisent explicitement que le droit aux soins est indépendant de la situation économique du patient.

Par ailleurs, le canton de Bâle-Ville connaît une disposition spécifique en matière de psychiatrie qui n'est pas seulement réservée aux personnes se trouvant en privation de liberté à des fins d'assistance⁴¹⁹.

Aucune constitution cantonale ne consacre un droit d'accès aux soins ou un droit à l'égalité d'accès aux soins. La seule disposition légale cantonale qui prévoit expressément le terme d'accès aux soins, et plus précisément la garantie de cet accès, est jurassienne⁴²⁰.

3.4.3 Droit aux soins essentiels

Seuls quatre cantons (Appenzell Rhodes-Extérieures⁴²¹, Berne⁴²², Neuchâtel⁴²³ et Tessin⁴²⁴) prévoient un droit aux soins dans leur constitution

-
- 414 Gesundheitsgesetz (1984), RS du canton des Grisons 500.000, art. 20: "Die Patienten haben ein Recht auf ärztliche und pflegerische Betreuung".
- 415 Loi sanitaire (1990), RS du canton du Jura 810.01, art. 25: "Dans les limites des moyens disponibles, chacun a droit aux soins qu'exige son état de santé".
- 416 Loi de santé (1995), RS du canton de Neuchâtel 800.1, art. 21: "Chacun reçoit les soins que son état requiert, dans le respect de sa dignité humaine".
- 417 Legge sanitaria (1989), RS du canton du Tessin 6.1.1.1, art. 5: "Ogni persona ha diritto a prestazioni sanitarie scientificamente riconosciute".
- 418 Loi sur la santé (1996), RS du canton du Valais 800.1, art. 16 al. 1: "Chacun a droit aux soins que son état de santé requiert dans le respect de sa dignité et indépendamment de sa situation économique et sociale".
- 419 Psychiatriegesetz (1996), RS du canton de Bâle-Ville 323.100, art. 11: "Die Patientinnen und Patienten haben Anspruch auf eine Behandlung, die ihrem Leiden angemessen ist, ihre Menschenwürde achtet, dem aktuellen Stand des psychiatrischen Wissens entspricht und ein konkret zu umschreibendes Ziel verfolgt. Sie haben das Recht auf die erforderliche Pflege und Fürsorge".
- 420 Loi sanitaire (1990), RS du canton du Jura 810.01, art. 27 al. 2: "L'accès aux soins et aux établissements publics cantonaux est garanti, indépendamment de la situation économique de la personne soignée".
- 421 Art. 24: "Jede person hat bei Notlagen... Anspruch auf... grundlegende medizinische Versorgung".
- 422 Art. 29: "Toute personne dans le besoin a droit ... aux soins médicaux essentiels".

et les quatre le limitent quant à la personne titulaire - elle doit être dans le besoin⁴²⁵ - et sur le plan matériel - il s'agit de soins essentiels⁴²⁶.

Le fait que ces cantons prévoient une deuxième disposition, plus large, mais formulée sous la forme d'un but social montre qu'il y a deux niveaux de protection: un droit aux soins essentiels et une disposition relative aux soins en général. Ces trois solutions cantonales semblent indiquer qu'il y a des soins essentiels d'une part et les soins élargis d'autre part, mais elles ne donnent pas de définition des soins essentiels. Le commentaire de la constitution bernoise explique que la garantie des soins essentiels vise à éviter que des personnes malades ou accidentées se voient refuser l'accès au médecin ou à l'hôpital, uniquement parce qu'elles ne sont pas assurées et n'ont pas de moyens financiers⁴²⁷.

3.4.4 Dispositions générales

Les lois cantonales relatives à la santé édictées par les cantons d'Appenzell Rhodes-Intérieures⁴²⁸, de Bâle-Ville⁴²⁹, Genève⁴³⁰, Grisons⁴³¹, Lucerne⁴³², Nidwald⁴³³, Soleure⁴³⁴, Vaud⁴³⁵ et Zurich⁴³⁶ prévoient une obligation

-
- 423 Art. 13: "Toute personne dans le besoin a droit ... aux soins médicaux nécessaires".
- 424 Art. 13: "Ogni persona nel bisogno ha diritto ... alle cure mediche essenziali."
- 425 La version allemande de l'art. 29 de la Constitution bernoise emploie le terme "Noilage" qui est plus restrictif que le terme besoin.
- 426 L'art. 13 de la Constitution neuchâteloise parle de soins nécessaires mais en tant qu'ils font partie de la disposition sur les conditions minimales d'existence, il faut considérer, à notre avis, qu'il s'agit de soins essentiels, conformément à la terminologie employée dans ce travail.
- 427 Urs Bolz: "Materialien und Kommentare", 1995, p. 317.
- 428 Gesundheitsgesetz (1998), RS du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures 801, art. 27.
- 429 Spitalgesetz (1981), RS du canton de Bâle-Ville 330.100, art. 10.
- 430 Loi sur les établissements publics médicaux (1980), RS du canton de Genève K2/05, art. 2 al. 1.
- 431 Gesundheitsgesetz (1984), RS du canton des Grisons 500.000, art. 19.
- 432 Gesundheitsgesetz (1981), RS du canton de Lucerne 800, art. 64 al. 1.
- 433 Gesetz über das Gesundheitswesen (1973), RS du canton de Nidwald 711.1, art. 50.
- 434 Gesundheitsgesetz (1999), RS du canton de Soleure 811.11, art. 45.
- 435 Loi sur la santé publique (1985), RS du canton de Vaud 5.1, art. 20: "Chaque patient a le droit, si son état le justifie, d'être accueilli dans un établissement

d'admission adressée aux établissements publics et comprenant au minimum l'admission en cas d'urgence.

Les dispositions constitutionnelles des cantons suivants contiennent une formulation s'apparentant à un but social relatif aux soins, c'est-à-dire à une "obligation d'effort" en vue d'atteindre un objectif: Appenzell Rhodes-Extérieures⁴³⁷, Berne⁴³⁸, Glaris⁴³⁹ et Neuchâtel⁴⁴⁰

Les cantons suivants prévoient dans leur constitution que des conditions-cadre doivent être créées pour que les soins puissent être fournis: Argovie⁴⁴¹, Bâle-Ville⁴⁴², Soleure⁴⁴³, Thurgovie⁴⁴⁴, Uri⁴⁴⁵ et Zurich⁴⁴⁶. Dans certains cantons une telle disposition est incluse dans la législation sanitaire: Bâle-Campagne⁴⁴⁷, Schwyz⁴⁴⁸, Thurgovie⁴⁴⁹ et Uri⁴⁵⁰.

-
- sanitaire d'intérêt public de son choix, pour autant que l'équipement et la capacité d'accueil de cet établissement permettent de fournir des prestations nécessaires".
- 436 Gesundheitsgesetz (1962), RS du canton de Zurich §10.1, art. 41.
- 437 Constitution (1908), art. 30: "Es liegt in der Pflicht des Staates auf dem Wege der Gesetzgebung und durch finanzielle Unterstützung zu heben und zu fördern: ... 2. Krankenpflege und öffentliches Gesundheitswesen".
- 438 Art. 30g.
- 439 Constitution (1988), art. 32 al. 1: "Der Kanton und die Gemeinden fördern die Volksgesundheit, die Gesundheitsversorgung und die Krankenpflege".
- 440 Constitution (2000), art. 34 al. 1 lit. d: "Dans les limites de leurs compétences et en complément de l'initiative privée et de la responsabilité des autres collectivités et des particuliers, l'Etat et les communes prennent des mesures permettant à toute personne: ... d) de bénéficier de l'aide nécessaire lorsqu'elle se trouve dans le besoin notamment pour des raisons d'âge, de maladie ou de déficience physique, mentale ou psychique".
- 441 Constitution (1980), art. 41 al. 2: "Er schafft Voraussetzungen für eine angemessene medizinische Versorgung der ganzen Bevölkerung".
- 442 Constitution (1889), art. 17: "Der Staat erlässt gesetzliche Bestimmungen über die Krankenpflege und unterstützt dieselbe".
- 443 Constitution (1986), art. 100: "Der Kanton schafft Voraussetzungen für eine angemessene und wirtschaftlich tragbare medizinische Versorgung".
- 444 Constitution (1987), art. 68 al. 3.
- 445 Constitution (1984), art. 45.
- 446 Constitution (1869), art. 22.
- 447 Gesundheitsgesetz, art. 43.
- 448 Verordnung über das Gesundheitswesen im Kanton Schwyz, art. 26.
- 449 Gesundheitsgesetz, art. 4 al.1.
- 450 Gesetz über das Gesundheitswesen, art. 47.

3.4.5 Aucune disposition

Aucune allusion à une véritable obligation de mettre à disposition des soins, ni *a fortiori* à un droit aux soins, n'est présente dans les cantons de Schaffhouse et de Zoug, ni au niveau constitutionnel, ni au niveau légal. A ce titre, il faut préciser que les constitutions de Schaffhouse et de Zoug datent respectivement de 1894 et de 1876 et les deux lois relatives à la santé publique de 1970.

3.4.6 Remarques

Si les dispositions les plus détaillées se trouvent généralement dans les textes les plus récents, on ne peut pas tirer de conclusions générales quant à la chronologie. Il y a des constitutions plus anciennes que celles de Schaffhouse et de Zoug qui contiennent des dispositions en matière de soins. La loi soleuroise de 1999 ne connaît qu'une obligation d'admission adressée aux hôpitaux publics pour les cas d'urgence et pour les patients domiciliés dans le canton, mais pas de formulation sous la forme d'un droit des patients, comme par exemple la loi fribourgeoise. La constitution neuchâteloise de 2000 comprend une formulation assez vague, mais placée dans un chapitre intitulé "buts et mandats sociaux", et qui n'est pas directement relative aux soins⁴⁵¹.

La structure de la constitution bernoise est un exemple en ce qu'elle présente les droits fondamentaux en fonction de l'intensité de la protection garantie: droits et obligations fondamentaux; droits sociaux; buts sociaux; *Aufgabenormen*⁴⁵². La distinction entre soins et soins essentiels et la différenciation de l'intensité de protection entre les deux découlent de cette systématique générale.

Le but selon lequel personne ne doit arriver dans un service d'urgence et se voir refuser les soins à cause de sa situation financière est sans doute atteint dans une majorité de cantons, mais par des dispositions de force très différente. Par contre, la question de savoir quels soins seront dispensés, autrement dit, la définition des soins essentiels n'est pas réglée, même dans les dispositions constitutionnelles relativement détaillées du canton de Berne.

⁴⁵¹ Art. 34 al. 1 lit.d: "... de bénéficier de l'aide nécessaire lorsqu'elle se trouve dans le besoin notamment pour raison d'âge, de maladie ou de déficience physique, mentale ou psychique".

⁴⁵² Peter Saladin / Martin Aubert: "Sozialverfassung", 1995, p. 317.

Le particulier qui se verrait refuser les soins essentiels pourrait se baser sur une disposition constitutionnelle cantonale dans les cantons de Berne, Jura, Neuchâtel et Tessin ou légale dans plusieurs autres cantons. Dans les cantons ne connaissant aucune disposition ayant un caractère de droit justiciable, il devrait invoquer un droit aux soins essentiels basé sur l'art. 12 Cst. La seule différence réside dans le fait que l'existence d'une base légale ou constitutionnelle cantonale consacrant une forme de droit aux soins, lève l'incertitude encore relative à l'interprétation de l'art. 12 Cst.

3.5 Droit aux soins: un bloc et deux piliers

La construction "un bloc, deux piliers" a été proposée pour les droits sociaux en général (cf. 2.8). A notre avis, elle s'applique également en matière de soins:

- Le bloc de base correspond au droit aux soins essentiels, tiré du droit à des conditions minimales d'existence. Ce droit est à classer dans la catégorie des droits fondamentaux justiciables. Il est la conséquence nécessaire et logique du droit à des conditions minimales d'existence et représente un minimum absolu, garanti envers et contre tout.
- Le premier pilier est formé par le but social de mise à disposition des soins nécessaires (obligation d'effort); il sert de ligne directrice à la détermination des soins que l'Etat met à disposition.
- Le deuxième pilier est formé par un droit fondamental justiciable à l'égalité d'accès aux soins mis à disposition, fondé sur le principe de l'égalité de traitement.

La signification de cette construction est triple:

- Elle garantit de manière stable un minimum: les soins essentiels et ce, quoi qu'il arrive dans le futur;
- l'Etat doit s'efforcer de mettre à disposition des soins qui correspondent aux ressources du pays;
- L'égalité d'accès est garantie en ce qui concerne les soins mis à disposition.

Les deux piliers confèrent un droit à une égalité d'accès aux soins disponibles, c'est-à-dire adaptés aux ressources de l'Etat. Tout au long de ce travail, nous examinerons quelle est la signification pratique d'un tel droit, en rapport avec les assurances sociales (chap. 5 pour la Suisse), mais aussi en rapport avec l'analyse des critères de rationnement (chap. 9). D'ores et déjà, nous pouvons dire que plus un système garantit une véritable égalité d'accès et plus les soins mis à disposition sont nombreux, plus le droit d'égalité d'accès aux soins se recoupera avec un véritable droit aux soins.

4 Un droit constitutionnel aux soins aux Pays-Bas ?

4.1 Petite introduction aux droits fondamentaux aux Pays-Bas

4.1.1 Généralités

Ce chapitre a pour objet d'examiner s'il existe un droit constitutionnel justiciable aux soins aux Pays-Bas et, si oui, à quels soins. Cette analyse nécessite une petite introduction concernant les droits fondamentaux aux Pays-Bas. Un accent particulier sera également mis sur l'influence du droit communautaire.

Les art. 1 - 23 de la Constitution du Royaume des Pays-Bas (ci-après: Cst.-NL), totalement révisée en 1983 et partiellement en 1987⁴⁵³, sont consacrés aux droits fondamentaux. Il n'y a pas de division expresse entre les droits fondamentaux dans cette Constitution, mais les auteurs s'accordent pour dire que les art. 1 - 17 sont des droits fondamentaux classiques (*klassieke grondrechten*) et les art. 18 - 23 des droits sociaux - droits fondamentaux sociaux selon la terminologie néerlandaise (*sociale grondrechten*)⁴⁵⁴.

Mis à part la Constitution écrite, le droit communautaire, le droit international et la jurisprudence sont également des sources des droits fondamentaux⁴⁵⁵. En matière de soins, le droit international est même une source importante pour déterminer la garantie minimale qui doit être octroyée par l'Etat. Son importance est beaucoup plus marquée aux Pays-Bas qu'en Suisse, puisque les Pays-Bas ont ratifié un nombre plus important de textes en la matière.

⁴⁵³ Ce texte s'appuie essentiellement sur la version commentée de la Constitution: C.A.J.M Kortmann / P.P.T. Bovend'eert / J.C.E Ackermans-Wijn / J.W.A. Fleuren / M.N.H. van der Nat: "Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden - Tekst & commentaar", 1998.

⁴⁵⁴ Notamment, C.A.J.M Kortmann / P.P.T. Bovend'eert / J.C.E Ackermans-Wijn / J.W.A. Fleuren / M.N.H. van der Nat: "Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden - Tekst & commentaar", 1998, p. 2; P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, pp 12 ss.

⁴⁵⁵ C.A.J.M. Kortmann: "Constitutioneel recht", 1997, p. 346.

Il n'y a qu'une Constitution au niveau national aux Pays-Bas, ce pays ne connaissant pas un système fédéraliste tel que celui de la Suisse. Il en va de même pour la législation qui est uniquement nationale. Une autre caractéristique de ce pays est qu'il n'y a pas de droit d'initiative constitutionnelle, ni de droit de référendum comparables à ceux de la Suisse. Les modifications législatives se font assez rapidement.

4.1.2 Les droits fondamentaux classiques

Le catalogue des droits fondamentaux classiques ne diffère pas beaucoup de celui d'autres constitutions européennes. Il est significatif que la constitution commence par le principe de l'égalité de traitement et de la non-discrimination (art. 1 Cst.-NL), ce qui correspond à une valeur profondément enracinée aux Pays-Bas⁴⁵⁶. Ce principe est une toile de fond pour tous les autres droits fondamentaux⁴⁵⁷. En outre, il est concrétisé par la loi sur l'égalité de traitement⁴⁵⁸, qui traite essentiellement de l'interdiction de discriminer les personnes, notamment en rapport avec l'accès aux prestations à caractère étatique⁴⁵⁹ (art. 7 Awgb).

A noter que contrairement au droit suisse, le droit à la vie n'est pas expressément mentionné dans la Cst.-NL⁴⁶⁰. Il n'y a pas non plus de disposition quant à la liberté économique contenue dans le catalogue des droits fondamentaux. Les droits à la sphère privée, à l'intégrité corporelle et à la liberté (essentiellement liberté de mouvement) sont protégés respectivement par les art. 10, 11 et 15 Cst.-NL. Les droits à l'intégrité psychique et à l'autodétermination tirés des art. 10 et 11 Cst.-NL, ainsi que la protection de la dignité humaine ne sont pas mentionnés expressément dans le catalogue. Cette dernière découle des traités internationaux auxquels les Pays-Bas sont partie.

⁴⁵⁶ Le principe de l'égalité de traitement était déjà ancré dans la Constitution de 1815, voir notamment: Aart Hendriks: "Discriminatie in de gezondheidszorg: een reële zorg?", TvGR 1993, p 257.

⁴⁵⁷ P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, p.42.

⁴⁵⁸ Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) de 1994, révisée en 1999.

⁴⁵⁹ Ce terme inclut également les prestations délivrées par des organisations privées, mais qui sont au service de la collectivité, comme p. ex. les soins.

⁴⁶⁰ Celui-ci découle du droit international; H.D.C. Roscam Abbing: "Grondrechten in de gezondheidszorg en wetgeving(sbeleid)", TvGR 1985, p 313.

4.1.3 Les droits sociaux

Lorsque les auteurs parlent de droits sociaux, ils s'accordent à reconnaître une autre force au mot "droit" que lorsqu'il est question de droits fondamentaux classiques⁴⁶¹. Les droits sociaux correspondent à des obligations d'effort (*inspanningsverplichtingen*) visant la solidarité et la répartition équitable des biens sociaux disponibles. En tant que tels, il n'est guère possible de les invoquer en justice⁴⁶², mais nous verrons plus loin quel est le rôle joué par le principe de l'égalité de traitement dans ce domaine. Les moyens financiers à disposition représentent la limite de ces droits⁴⁶³, c'est-à-dire que l'obligation de l'Etat, contre-partie du "droit" social, trouve sa limite là où les moyens financiers sont épuisés⁴⁶⁴. Par conséquent, ces droits sociaux sont différents des droits fondamentaux classiques pour lesquels il n'y a pas en principe de restriction liée au caractère limité des ressources⁴⁶⁵.

La description des droits sociaux faite par les auteurs correspond dans les grandes lignes à celle des buts sociaux employée précédemment, dans l'analyse du droit suisse (cf. 2.3.6). Aux Pays-Bas également, la terminologie "buts sociaux" viserait à plus de clarté, en réservant le terme "droit" à ce qui peut être invoqué en justice. Le danger de trop mettre l'accent sur le terme "droit sociaux" est aussi reconnu aux Pays-Bas, dans la mesure où ce terme pourrait conduire à un affaiblissement des droits fondamentaux en général⁴⁶⁶. A notre avis, malgré la terminologie employée, il faut partir de l'idée que les droits sociaux aux Pays-Bas correspondent plus à des buts sociaux qu'à des

⁴⁶¹ Notamment, C.A.J.M Kortmann / P.P.T. Bovend'eert / J.C.E Ackermans-Wijn / J.W.A. Fleuren / M.N.H. van der Nat: "Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden - Tekst & commentaar", 1998, p. 2; P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, pp 12 ss.; H.J.J. Leenen: "Mensen, rechten, instituties en de staat in de gezondheidszorg", 1990, pp 9 ss; H.J.J. Leenen: "Handboek Gezondheidsrecht - Deel I - Rechten van mensen in de gezondheidszorg", 1994, pp 22 ss.

⁴⁶² H.J.J. Leenen: "Mensen, rechten, instituties en de staat in de gezondheidszorg", 1990, p. 11.

⁴⁶³ En ce qui concerne le droit aux soins, cf. H. D. C. Roscam Abbing: "Recht op gezondheidszorg: een beschouwing over grenzen en grenzen aan het stellen van grenzen", 1990, p. 84.

⁴⁶⁴ H.D.C. Roscam Abbing: "Rechten van de patiënt en wettelijke ziektekostenverzekeringen", TvGR 1984, p. 162.

⁴⁶⁵ H.J.J. Leenen: "Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg", TvGR 1984, p. 54.

⁴⁶⁶ P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, p 18; C.A.J.M. Kortmann: "De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987", 1987, p. 113.

droits fondamentaux justiciables, à l'exception de l'art. 18 al. 1 Cst.-NL (assistance judiciaire)⁴⁶⁷. D'ailleurs, la formulation des différentes dispositions (cf. ci-dessous) indique bien la nature de la protection.

Le catalogue social inclus dans les art. 18 - 23 Cst.-NL comprend notamment:

- Le droit à l'assistance judiciaire (art. 18);
- L'encouragement⁴⁶⁸ de places de travail en nombre suffisant (art. 19), combiné avec un droit individuel au libre choix du travail (art. 19 al. 3);
- La préoccupation⁴⁶⁹ de l'Etat quant à la sécurité d'existence (art. 20 al. 1) et un droit à l'assistance (bijstand) pour les Néerlandais résidant aux Pays-Bas (art. 20 al. 3);
- La préoccupation quant à l'environnement vital (art. 21);
- L'encouragement de la santé publique (art. 22 al. 1);
- La préoccupation de l'Etat quant à la disponibilité de logements en nombre suffisant (art. 22 al. 2);
- La création de conditions-cadre favorisant l'épanouissement social et culturel (art. 22 al. 3);

La préoccupation continue quant à l'instruction publique (art. 23 al. 1).

La formulation des éléments contenus dans ce catalogue indique qu'il y a essentiellement des mandats attribués au législateur, l'invitant à encourager et à se préoccuper des domaines mentionnés. Ces dispositions constitutionnelles fixent des lignes directrices qui ne sont pas assez précises pour être directement invoquées en justice⁴⁷⁰. Ce n'est que lorsque le législateur les aura concrétisées, qu'il pourra être question de droits justiciables, dans l'examen au cas par cas⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ C.A.J.M Kortmann / P.P.T. Bovend'eert / J.C.E Ackermans-Wijn / J.W.A. Fleuren / M.N.H. van der Nat: "Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden - Tekst & commentaar", 1998, p. 18.

⁴⁶⁸ En néerlandais: bevordering.

⁴⁶⁹ En néerlandais: voorwerp van zorg.

⁴⁷⁰ Notamment H.J.J. Leenen: "Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg", TvGR 1984, p. 54.

⁴⁷¹ P.W.C. Akkermans / A.K. Koekoek: "de Grondwet", 1992, p. 13.

4.1.4 Les restrictions des droits fondamentaux

Il n'y a pas de conditions uniformes auxquelles les restrictions des droits fondamentaux doivent répondre. Celles-ci doivent être examinées individuellement, en rapport avec chaque droit. Elles découlent souvent de la formulation du droit fondamental⁴⁷².

- Certains droits sont formulés de telle sorte qu'aucune restriction n'est possible (p. ex. art. 1 Cst.-NL);
- D'autres dispositions prévoient que le droit peut être limité par la loi (p.ex. art. 10, 11); il s'agit alors d'examiner si une base légale formelle est nécessaire et dans quelle mesure une délégation est admissible⁴⁷³;
- D'autres droits sont limités par la constitution elle-même (p.ex. l'article concernant la liberté de mouvement traite aussi des rapports de sujétion spéciaux, art. 15 al. 4 Cst.-NL).

La notion de noyau intangible ne joue pas un rôle aussi déterminant qu'en Suisse. Même si des auteurs admettent que les atteintes aux droits fondamentaux peuvent être plus facilement justifiées dans la périphérie de ces droits qu'en leur noyau. Au moment de la révision constitutionnelle, le choix a été volontairement opéré de ne pas accorder une position centrale à cette théorie⁴⁷⁴.

Le consentement de la personne peut également justifier une atteinte à un droit constitutionnel, spécialement au droit à l'intégrité corporelle⁴⁷⁵, puisque le droit à l'autodétermination est considéré comme un fondement des autres droits fondamentaux aux Pays-Bas (cf. 4.4.2)⁴⁷⁶.

⁴⁷² C.A.J.M. Kortmann: "Constitutioneel recht", 1997, p. 360.

⁴⁷³ P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, pp 259 ss.

⁴⁷⁴ P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, pp 31-32 et op. cit.

⁴⁷⁵ P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, p. 257.

⁴⁷⁶ H.J.J. Leenen: "Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg", TvGR 1984, p. 53.

4.2 Le droit communautaire

4.2.1 Généralités

Les Pays-Bas faisaient partie de l'Europe des Six dès le départ. Toujours favorables à l'idée européenne, les Néerlandais étaient pourtant parmi les plus critiques à l'égard du traité de Rome, estimant notamment que trop d'avantages avaient été accordés à l'agriculture française⁴⁷⁷. Ensuite, les Pays-Bas ont toujours joué le jeu communautaire, alors même que leur situation de petit pays ne les rendait pas forcément maître des décisions prises.

Le rôle et l'influence de la législation communautaire ont été brièvement évoqués sous 2.2.4. En matière de droit aux soins et de systèmes de santé, cette influence est restreinte, limitée essentiellement à l'interdiction de discriminer sur la base de la nationalité (art. 12 Traité) et à la libre circulation des patients, basée sur le règlement CE 1408/71⁴⁷⁸. Le but principal de ce règlement examiné plus en détails ci-dessous, n'est ni d'harmoniser les régimes de sécurité sociale, ni d'accorder un véritable droit aux soins, mais de favoriser un des piliers du droit communautaire, c'est-à-dire la libre circulation des personnes et plus particulièrement des travailleurs⁴⁷⁹. S'agissant d'un règlement, il est directement applicable, tel quel, dans les ordres juridiques de tous les Etats membres.

Le nouvel art. 152 du Traité d'Amsterdam concernant la santé publique (garantie d'un haut niveau de protection de la santé humaine) ne devrait pas avoir d'effets massifs sur les soins "ordinaires" qui continueront à être considérés au travers de la libre circulation, mais plutôt sur les mesures de lutte contre des atteintes graves et à grande échelle à la santé, inhérents au terme de santé publique⁴⁸⁰. Il faut toutefois relever que l'objectif fixé par cet article est ambitieux: atteindre un niveau élevé de santé dans toute l'UE; il doit être en lien avec l'objectif d'atteindre un niveau de protection sociale

⁴⁷⁷ Max Jansen / Johan K. De Vree : "The ordeal of unity - The politics of European integration since 1945", 1988, p. 155.

⁴⁷⁸ Règlement no 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 149 du 5 juillet 1971, p. 2); Règlement no 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 relatif à l'application du Règlement 1408/71.

⁴⁷⁹ Clairement formulé dans le Preamble du règlement 1408/71.

⁴⁸⁰ H.D.C. Rosecam Abbing: "Volksgezondheid in het Verdrag van Amsterdam: Een beknopte analyse", TvGR 1998, pp 75-80.

élevé (art. 2 Traité). Il ne s'agit pas d'un simple idéal mais bien d'une tâche concrète; celle d'assurer que chaque acte de l'UE ainsi que sa politique soient propres à garantir ce niveau élevé de santé de la population (art. 152 al.1)⁴⁸¹. Il est important de relever toutefois que l'art. 152 ne constitue pas une base légale pour une harmonisation des systèmes de santé des Etats membres⁴⁸². Le texte de l'al. 2 est clair à ce sujet, puisqu'il prévoit que l'action de la Communauté ne fait que compléter les politiques nationales.

4.2.2 Le règlement 1408/71 et la jurisprudence Kohll et Decker

Les Etats membres connaissent des systèmes de santé très différents les uns des autres, appuyés sur des systèmes de sécurité sociale tout aussi différents. Dans ce contexte, le règlement 1408/71 a notamment pour tâche de résoudre un problème en matière de soins: celui du Néerlandais qui va se faire soigner au Royaume-Uni, non seulement parce qu'il y a urgence et qu'il est en vacances à St. Andrew, mais aussi parce que ce Néerlandais a simplement choisi de se faire opérer à Londres. Cet état de fait ne peut pas être purement et simplement rejeté, car ce sont les quatre libertés, piliers de l'UE, qui sont en jeu.

L'art. 22 du règlement 1408/71 prévoit qu'un patient peut se rendre dans un autre Etat membre pour recevoir des soins, à condition d'avoir reçu au préalable l'autorisation de son assurance. Lorsque les soins ne peuvent être accordés dans un délai raisonnable dans l'Etat d'origine, qu'ils sont appropriés à l'état de santé du patient⁴⁸³ et qu'ils font partie des prestations prises en charge dans l'Etat d'origine, l'autorisation ne peut être refusée au patient. La dernière condition est importante, car c'est elle qui empêche l'utilisation du règlement 1408/71 pour élargir l'offre de soins⁴⁸⁴. Elle souligne que le règlement n'est pas destiné à donner des droits supplémentaires sur le plan des catégories de prestations prises en charge, mais à garantir la libre circulation des personnes.

⁴⁸¹ H.D.C. Roscam Abbing: "Volksgezondheid in het Verdrag van Amsterdam: Een beknopte analyse", TvGR 1998, p. 78.

⁴⁸² Heinrich Hannika: "Europäische Gesundheitspolitik", MedR 5/1998, p. 195.

⁴⁸³ La décision quant au caractère approprié des soins appartient à l'autorité nationale compétente, RZA 1998, no 166, pp 400 ss.

⁴⁸⁴ P. ex.: RZA 1998, no 43, pp 94 ss., concernant le refus de la prise en charge d'un traitement au laser d'une chondropathie rétropatellaire.

Selon une jurisprudence récente de la CJCE, le système de l'autorisation préalable est relativisé par le fait qu'il est possible de se référer directement aux art. 28 et 49 du Traité d'Amsterdam (libre circulation des personnes et libre circulation des services)⁴⁸⁵. Une atteinte à ces principes doit être justifiée et non discriminatoire.

Dans les cas *Kohll et Decker*⁴⁸⁶, la condition de l'autorisation préalable a été jugée discriminatoire et donc incompatible avec les art. 28 (entrave à la libre circulation des marchandises; arrêt *Decker*) et 49 (libre circulation des services; arrêt *Kohll*) du Traité d'Amsterdam, puisqu'elle n'aurait pas été nécessaire dans le pays d'origine, pour les mêmes prestations à des prix similaires. Ces derniers mots indiquent qu'il ne faut pas tirer des conclusions trop hâtives. Si les prestations avaient été beaucoup plus chères dans le pays où elles ont été fournies que dans le pays d'origine, il est probable que la CJCE en aurait décidé autrement⁴⁸⁷.

Néanmoins, la jurisprudence de la CJCE pourrait avoir pour conséquence non seulement un renforcement des droits du patient face à l'offre de soins, mais aussi une meilleure coordination en matière de technologies de pointe et de ce fait une meilleure utilisation des ressources rares⁴⁸⁸. Par contre, le fait qu'il appartient à l'autorité compétente du pays d'origine de décider du caractère approprié du traitement risque de freiner ce développement⁴⁸⁹. De plus, la CJCE reconnaît trois motifs pouvant justifier une entrave à la libre circulation dans le domaine des soins:

- La mise en danger de l'équilibre financier du système;
- La garantie de la qualité des soins en vue de protéger la santé publique;

⁴⁸⁵ Voir à ce sujet H.D.C. Roscam Abbing: "Public Health Insurance and Freedom of Movement within the European Union (Cases *Kohll* and *Decker*)", *European Journal of Health Law* 6: 1999, pp 1-6.

⁴⁸⁶ Recueil des arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, C-158/96 et C-120/95.

⁴⁸⁷ H.D.C. Roscam Abbing: "Public Health Insurance and Freedom of Movement within the European Union (Cases *Kohll* and *Decker*)", *European Journal of Health Law* 6: 1999, p. 4.

⁴⁸⁸ H.D.C. Roscam Abbing: "Public Health Insurance and Freedom of Movement within the European Union (Cases *Kohll* and *Decker*)", *European Journal of Health Law* 6: 1-6, 1999, p. 1.

⁴⁸⁹ RZA 1998, no 166, pp 400 ss; RZA 1999, no 13, pp 24 ss.

-
- La garantie de l'accès universel et équitable aux soins en vue de protéger la santé publique.⁴⁹⁰

Suite à deux affaires⁴⁹¹, le tribunal de Roermond (NL) a récemment posé des questions préjudicielles à la CJCE, portant sur la libre circulation des services. Plus précisément, les questions portaient sur la compatibilité des dispositions néerlandaises de l'assurance-maladie déterminant si un traitement est approprié ou non et s'il faut uniquement considérer la pratique médicale nationale⁴⁹². L'avocat général a rendu les conclusions suivantes⁴⁹³:

- Les prestations en nature fournies par les assureurs maladie aux Pays-Bas ne sont pas des services au sens des art. 59 et 60 du Traité, car il manque l'élément de la rémunération;
- Le système de soins néerlandais, qui sera examiné plus en détails au chap. 6, n'est absolument pas comparable à celui du Luxembourg (affaire Kohll), dans lequel les assurés peuvent choisir leur médecin librement, doivent payer la facture et ensuite en demander le remboursement;
- Subsidiairement, si la Cour devait malgré tout juger que ces prestations sont des services, l'exigence de l'autorisation préalable constituerait une entrave à la libre circulation des services, mais elle serait justifiée notamment par la nécessité de maintenir l'équilibre financier du système, afin de garantir un système médical de qualité et accessible à tous.
- Les conditions pour juger du caractère approprié d'une prestation, c'est-à-dire la nécessité du traitement et la détermination de ce qui est usuel dans les milieux professionnels concernés, ne sont pas discriminatoires en ce qu'elles ne font pas de différence entre les soins donnés aux Pays-Bas ou dans d'autres Etats membres⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "De gevolgen van de arresten Kohll en Decker voor het Nederlandse stelsel van ziektekostenverzekeringen", pp 9-10.

⁴⁹¹ Traitement multidisciplinaire du Parkinson dans une clinique allemande et thérapie intensive par neurostimulation d'un patient dans le coma dans une clinique autrichienne.

⁴⁹² RZA 1999, no 108, pp 291 ss.

⁴⁹³ Affaire B.S.M. Geraets-Smits contre Stichting Ziekenfonds et H.T.M. Peerbooms contre Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, C-157/99; cf. aussi commentaire G.J.A. Hamilton: "Decker en Kohll voorbij", TvGR 2000, p. 345.

⁴⁹⁴ Conclusions de l'avocat général, C-157/99, nos 59 ss.

Dans son arrêt rendu le 12 juillet 2001⁴⁹⁵, la CJCE ne suit pas la conclusion principale de l'avocat général puisqu'elle juge que les prestations fournies dans le cadre de l'assurance-maladie néerlandaise sont des services au sens des art. 59 et 60 du Traité. Par contre, elle admet que l'exigence d'une autorisation préalable ne constitue pas une entrave à la libre circulation des services si l'octroi de cette autorisation respecte les deux conditions suivantes:

- Le traitement doit être considéré comme étant usuel par les milieux professionnels en étant suffisamment validé par la science médicale internationale;
- Le traitement doit être médicalement nécessaire, ce qui est le cas si un traitement identique ou représentant le même degré d'efficacité ne peut être obtenu en temps opportun auprès d'un établissement ayant conclu une convention avec la caisse-maladie.

4.2.3 Jurisprudence néerlandaise en matière de soins dans un autre Etat membre

Le juge national a été confronté avec le règlement 1408/71 et la jurisprudence Kohll et Decker, notamment dans les affaires suivantes:

- W. S. devait subir un pontage et fut placé sur une liste d'attente d'un hôpital néerlandais. Le délai était de plus de quatre mois. Dans d'autres hôpitaux néerlandais, le délai se situait entre trois et quatre mois. La situation de W. S. n'était pas considérée comme nécessitant une intervention d'urgence et, pourtant, celui-ci s'est rendu à Londres pour subir l'opération, sans l'autorisation de son assureur. Selon le Conseil de santé néerlandais, un délai de trois mois est acceptable pour une telle situation. La condition d'application du règlement 1408/71, c'est-à-dire que les soins ne peuvent être dispensés dans un délai raisonnable dans l'Etat d'origine, n'est pas remplie dans ce cas⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ C-157/99; cf. aussi RZA 2001, pp 499 ss et commentaire de H.D.C. Roscam Abbing, RZS 2001, pp 536 ss.

⁴⁹⁶ Arrêt de l'autorité centrale de recours (Centrale Raad van Beroep) du 2 novembre 1989, TvGR 1990, pp 302 - 303.

-
- X. souffre d'une chondropathie rétropatellaire pour laquelle son médecin lui a prescrit un traitement au laser en Allemagne. Aux Pays-Bas, ce traitement en est au stade expérimental dans un hôpital et il ne fait pas partie des prestations offertes par l'assurance-maladie. Le règlement 1408/71 ne peut pas être invoqué pour des prestations qui ne sont pas prises en charge dans le pays d'origine, notamment lorsqu'elles sont considérées comme se trouvant encore au stade expérimental⁴⁹⁷.
 - Y. a déjà subi une transplantation cardiaque au Royaume-Uni. La demande concerne une deuxième transplantation. L'autorité néerlandaise compétente a jugé qu'il ne s'agissait pas d'un traitement approprié à l'état de santé de Y. Les conditions d'application de l'art. 22 du règlement 1408/71 ne sont donc pas réunies. La jurisprudence Kohll n'est pas applicable ici, car la décision néerlandaise selon laquelle le traitement n'est pas approprié vaut autant pour un traitement aux Pays-Bas qu'au Royaume-Uni. Par conséquent, il n'y a pas d'entrave à la libre circulation des services⁴⁹⁸.
 - F.D. souffre d'un cancer du sein. Le médecin néerlandais prescrit une radiothérapie. F.D. consulte un médecin allemand qui effectue un traitement avec du sérum. Le traitement est considéré comme se trouvant encore au stade expérimental et n'est donc pas reconnu aux Pays-Bas et la reconnaissance en Allemagne n'est pas non plus unanime. Le traitement en question ne faisant pas partie des prestations prises en charge aux Pays-Bas, la jurisprudence Kohll n'est pas applicable en la matière⁴⁹⁹.

La jurisprudence néerlandaise exposée ci-dessus montre que le droit communautaire ne peut pas servir à obtenir dans un autre État membre des prestations qui ne sont pas prises en charge aux Pays-Bas. En ce sens, elle rejoint les conclusions de l'avocat général de la Cour de Justice des Communautés Européennes dans l'affaire mentionnée plus haut: "... c'est pourquoi une thérapie déterminée qui n'est pas couverte par un régime d'assurance maladie ne peut pas se convertir en prestation prise en charge par celui-ci du simple fait qu'un patient est parvenu à la suivre dans un

⁴⁹⁷ RZA 1998, no 43, pp 94 ss.

⁴⁹⁸ RZA 1998, no 166, pp 400 ss.

⁴⁹⁹ RZA 1999, no 13, pp 24 ss.

établissement non conventionné, qu'il soit situé sur le territoire national ou étranger⁵⁰⁰. En résumé, cette jurisprudence mène aux distinctions suivantes:

- Les urgences médicales sont prises en charge dans tous les pays;
- Les traitements usuels, c'est-à-dire non expérimentaux (*gebruikelijkheidscriteria*) sont pris en charge dans les Etats membres de l'UE;
- Les traitements correspondant à une catégorie de soins offerte aux Pays-Bas, mais impossible à obtenir du fait des délais d'attente excessifs, sont pris en charge dans les Etats-membres de l'UE.

4.3 Le droit international

Comme la Suisse, les Pays-Bas connaissent un système moniste⁵⁰¹, c'est-à-dire que les dispositions de droit international font partie intégrante de l'ordre juridique néerlandais dès qu'elles ont force obligatoire (art. 93 Cst.-NL). Pour que les dispositions internationales aient un effet direct (justiciabilité), il faut qu'elles lient les Etats (*verbindende kracht*) et aient un effet sur les individus. Quant au contenu, les conditions suivantes doivent être remplies pour que leur justiciabilité soit reconnue: des intérêts directs des particuliers sont concernés; la disposition doit pouvoir être appliquée par le juge, sans qu'une loi soit nécessaire; par conséquent, elle doit être formulée de manière suffisamment précise⁵⁰².

Les Pays-Bas sont partie à toutes les conventions internationales citées sous 2.2, y compris la Charte sociale⁵⁰³, le Code européen de sécurité sociale et son Protocole⁵⁰⁴ ainsi que les conventions OIT. Ces textes fixent un seuil minimal que les Etats doivent garantir en matière de protection sociale. L'art. 13 de la Charte sociale prescrit que chaque Etat doit faire en sorte que les

⁵⁰⁰ Affaire B.S.M. Geraets-Smits contre Stichting Ziekenfonds et H.T.M. Peerbooms contre Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, C-157/99, no 59.

⁵⁰¹ Voir notamment C.A.J.M. Kortmann: "Constitutioneel recht", p. 346.

⁵⁰² C.A.J.M Kortmann / P.P.T. Bovend'eert / J.C.E Ackermans-Wijn / J.W.A. Fleuren / M.N.H. van der Nat: "Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden - Tekst & commentaar", 1998, p. 103.

⁵⁰³ Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, STE no 35.

⁵⁰⁴ Code européen de sécurité sociale du 6 avril 1964, STE no 48.

personnes défavorisées puissent se faire soigner. Le niveau de la protection sociale selon la Charte doit de plus correspondre à celui fixé par la Convention OIT, plus précisément par la Convention no 102 du 28 juin 1952.

Les règles les plus précises se trouvent dans le Code européen de sécurité sociale et le Protocole qui lui est rattaché, en particulier:

- L'art. 9 du Code modifié par le Protocole prévoit notamment qu'au moins 65% de la population doit bénéficier d'une protection sociale en matière de soins⁵⁰⁵;
- L'art. 10 modifié par le Protocole décrit les soins qui doivent être garantis, notamment les soins de médecine générale, les soins et le séjour hospitalier, la fourniture de produits pharmaceutiques et les soins dentaires pour les enfants protégés;
- L'art. 12 prévoit que la prise en charge des soins hospitaliers doit être garantie au minimum pour 52 semaines par cas ou 78 semaines au cours d'une période de trois ans consécutifs.

Cette protection est assez vaste et le ministère de la santé s'est récemment posé la question de l'opportunité de se départir de cette convention. Il est toutefois arrivé à la conclusion qu'une telle position serait insoutenable dans le contexte politique national actuel⁵⁰⁶.

4.4 Quatre dispositions de la Constitution en particulier

4.4.1 L'art. 1 Cst.-NL

4.4.1.1 Egalité de traitement et interdiction de discriminer

L'importance du principe d'égalité aux Pays-Bas a déjà été soulignée; ce principe est encore renforcé sur le plan du droit international par l'art. 26 du

⁵⁰⁵ Cette disposition pose problème, puisque seul 60% de la population néerlandaise bénéficient de l'assurance-maladie sociale (cf. chap. 6); relevé dans Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Grenze(n)loze zorg", 2000, p. 48.

⁵⁰⁶ Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Grenze(n)loze zorg", 2000, pp 46 ss.

Pacte II⁵⁰⁷. Même si le principe d'égalité n'occupe pas une position hiérarchique supérieure aux autres droits fondamentaux, il représente une toile de fond inspirant les autres droits⁵⁰⁸. Comme en Suisse, le principe d'égalité de traitement néerlandais implique qu'il faut traiter de manière semblable ce qui est semblable et de manière différente ce qui est différent⁵⁰⁹.

Un auteur fait la distinction entre *gelijkheid* et *gelijkwaardigheid*, qu'on pourrait traduire par égalité et "égalité de valeur". Cela conduit notamment à reconnaître à chaque humain une valeur égale sur la base de son humanité, mais un traitement différent sur la base de ses caractéristiques et de ses besoins propres. En matière de soins, cela signifie que chaque personne a droit à des soins, mais que ceux-ci sont fonction du besoin qui est différent pour chacun⁵¹⁰.

L'interdiction de discriminer est un élément du principe d'égalité de traitement. Il n'y a pas de discrimination par le simple fait d'une différence de traitement, mais bien lorsque cette différence est due à une appréciation subjective quant à certains éléments de la personnalité d'êtres humains appartenant à un groupe déterminé⁵¹¹, ce qui mènerait à une humanité à géométrie variable. Qui dit discrimination dit jugement négatif posé sur les caractéristiques d'une personne ou d'un groupe de personnes⁵¹², ce qui entraîne une différenciation injustifiable⁵¹³. L'art. 1 Cst.-NL contient une énumération non exhaustive de causes de discrimination prohibées⁵¹⁴. Par ailleurs, l'art. 1 Awgb contient une liste exhaustive de causes de

507 G.R.J. de Groot: "Wachlijsten in de gezondheidszorg", TvGR 1996, p. 63.

508 P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, pp 41-42.

509 P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", pp 43-44.

510 Aart Hendriks: "Discriminatie in de gezondheidszorg: een reële zorg?", TvGR 1993, pp 257-258.

511 La notion de groupe est également essentielle en droit néerlandais, cf. H.J.J. Leenen: "Handboek Gezondheidsrecht - Deel I - Rechten van mensen in de gezondheidszorg", 1994, p. 105.

512 Aart Hendriks: "Discriminatie in de gezondheidszorg: een reële zorg?", TvGR 1993, p. 45.

513 J.K.M. Gevers: "Het recht op gezondheidszorg bij beperkte beschikbaarheid van voorzieningen", in: "Wetgeving gezondheidszorg in perspectief", 1989, p. 73.

514 Les causes de discrimination citées (liste non exhaustive) sont: les convictions religieuses, les convictions personnelles et politiques, la race et le sexe.

discrimination prohibées semblable à l'art. 1 Cst.-NL, mais inclut en plus la nationalité et la préférence sexuelle⁵¹⁵.

L'art. 2 Awgb prescrit que l'interdiction de discriminer n'a pas d'effet si la différenciation est justifiable de manière objective, p. ex. la différenciation des sexes est parfois inhérente à certaines situations. La protection contre une discrimination est plus efficace lorsque le motif figure expressément dans la liste que lorsqu'il découle de la clause générale⁵¹⁶. Mis à part les cas classiques relevant de la problématique de la discrimination, il y a aussi une certaine forme de discrimination dans le fait de ne pas traiter de manière différente ce qui est différent. L'exemple-type est l'application aux femmes d'un système de soins beaucoup plus adapté aux besoins des personnes de sexe masculin⁵¹⁷. Cette problématique n'entre toutefois pas dans le champ d'application de la loi sur l'égalité de traitement.

4.4.1.2 *Egalité d'accès à des prestations de nature étatique*

Un aspect important du principe de l'égalité de traitement est constitué par l'égalité d'accès aux prestations de nature étatique au sens de l'art. 7 Awgb⁵¹⁸. Cette disposition interdit formellement toute discrimination entre les personnes, en rapport notamment avec l'accès aux institutions étatiques et aux institutions actives dans des domaines très importants pour la vie en société, tels que les fournisseurs de soins par exemple, peu importe leur forme juridique. En rapport avec les soins, l'art. 7 Awgb revêt une importance particulière pour la conclusion du contrat de soins entre le fournisseur de

⁵¹⁵ Par rapport à l'énumération suisse (art. 8 al. 2 Cst.), il faut relever l'absence des éléments suivants: âge et situation sociale. Ceux-ci devraient alors être invoqués par le biais de l'art. 1 Cst.-NL, cf. Aart Hendriks: "Een juridische beschouwing over de (on)toelaatbaarheid van kosten-effectiviteitsanalyses in de gezondheidszorg", 2000, p. 73.

⁵¹⁶ Notamment en rapport avec l'âge, cf. Aart Hendriks: "Een juridische beschouwing over de (on)toelaatbaarheid van kosten-effectiviteitsanalyses in de gezondheidszorg", 2000, pp 74-75. L'auteur arrive d'ailleurs à la conclusion qu'une présomption de discrimination sera difficile à établir en rapport avec le critère de l'âge.

⁵¹⁷ Aart Hendriks: "Discriminatie in de gezondheidszorg: een reële zorg?", TvGR 1993, pp 261 ss.

⁵¹⁸ Pour plus de détails, cf. A.W Heringa : "Algemene wet gelijke behandeling", 1994, pp 70 ss.

soins non étatique et le patient⁵¹⁹. L'art. 7 al. 1 lit. c Awgb précise expressément qu'une différence de traitement est inadmissible, si elle est opérée par des fournisseurs de soins.

Si l'Etat peut moduler son offre de prestations en fonction des ressources qu'il a à disposition, il ne peut pas distribuer en favorisant certains groupes de personnes par rapport à d'autres. L'accès aux prestations de nature étatique est donc strictement soumis au principe de l'égalité de traitement, comme c'est le cas en Suisse: ce qui est offert à l'un doit être offert à l'autre.

4.4.2 L'art. 11 de la Cst.-NL

Le droit à l'intégrité corporelle (art. 11 Cst.-NL) n'a été expressément introduit dans la Constitution qu'en 1983⁵²⁰. Il faut en relever la terminologie, puisque l'art. 11 ne parle pas de *integriteit*, mais de *onaantastbaarheid*, c'est-à-dire, dans une traduction littérale, d'intangibilité.

Contrairement à la solution suisse qui considère l'intégrité physique et psychique comme une unité, l'art. 11 Cst.-NL ne protège pas l'intégrité psychique en tant que telle; celle-ci entre dans le champ de l'art. 10 Cst.-NL (sphère de vie personnelle "*persoonlijke levenssfeer*")⁵²¹. La délimitation n'est toutefois pas très claire, car l'internement en institution psychiatrique tombe sous la protection de l'art. 11 Cst.-NL, par son aspect de privation de liberté de mouvement. L'intégrité corporelle doit donc être comprise de manière large. L'art. 11 Cst.-NL implique une obligation d'abstention pour l'Etat et non une obligation de fournir des prestations positives⁵²², telles qu'une obligation de fournir des soins par exemple⁵²³.

Le droit à l'autodétermination sur son propre corps est bien protégé par l'art. 11 Cst.-NL. Cet article comprend un aspect négatif - garantie contre des atteintes à l'intégrité corporelle, sens premier de "*onaantastbaarheid*" - et un aspect positif - le droit à l'autodétermination sur son propre corps

519 Aart Hendriks: "Een juridische beschouwing over de (on)toekomstbaarheid van kosten-effectiviteitanalyses in de gezondheidszorg", 2000, p. 73.

520 P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, p. 251.

521 P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, p. 253.

522 P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, p. 257.

523 C.A.J.M. Kortmann: "Constitutioneel recht", 1997, p. 409.

("zelfbeschikkingsrecht")⁵²⁴. Le droit à l'autodétermination, qui n'est pas expressément prévu dans la Cst.-NL, est pourtant un fondement de l'ordre juridique néerlandais et influence tous les droits fondamentaux⁵²⁵. En ce sens, il est un principe fondateur, plus qu'un simple droit fondamental⁵²⁶.

4.4.3 L'art. 20 de la Cst.-NL

Alors que l'art. 20 al. 1 Cst.-NL présente une formulation très globale (l'Etat prend soin de la sécurité d'existence de la population et de la répartition de la prospérité) et n'est donc pas justiciable⁵²⁷, l'al. 2 contient la base constitutionnelle de la sécurité sociale, en tant que mandat au législateur. En tant que simple norme conférant un mandat au législateur et par sa formulation très globale, l'al. 2 ne donne aucune information quantitative ou qualitative quant à cette sécurité sociale et laisse une très large compétence au législateur. La signification première de l'al. 2 est que l'Etat ne peut pas réduire à néant les prétentions de sécurité sociale⁵²⁸. En fait, ni l'al. 1, ni l'al. 2 ne représentent des droits justiciables, mais ils fixent quelques principes directeurs concernant la vie socio-économique aux Pays-Bas⁵²⁹.

L'art. 20 al. 3 est plus précis, puisqu'il représente la base constitutionnelle d'une institution qui, sous cette forme, est caractéristique des Pays-Bas: l'assistance (*bijstand*). Il y a aux Pays-Bas un droit à l'assistance pour les personnes qui ne peuvent pourvoir à leurs besoins, un peu comme en Suisse le droit aux conditions minimales d'existence. La grande différence est que le droit à l'assistance néerlandais contient le droit à un salaire minimal. C'est la loi sur l'assistance (*Algemene Bijstandswet*) qui réalise concrètement ce droit et l'élargit à certaines conditions aux étrangers (l'art. 20 al. 3 Cst.-NL ne mentionne que les Néerlandais résidant aux Pays-Bas). Alors que l'assistance est clairement formulée comme un droit (*recht op bijstand*), l'absence de

⁵²⁴ C.A.J.M. Kortmann: "Constitutioneel recht", 1997, p. 409; H.J.J. Leenen / H.D.C. Roscam Abbing: "Bestuurlijk gezondheidsrecht", 1986, p. 28.

⁵²⁵ H.J.J. Leenen: "Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg", TvGR 1984, p. 53.

⁵²⁶ H.J.J. Leenen: "Handboek Gezondheidsrecht - Deel I - Rechten van mensen in de gezondheidszorg", 1994, p. 38.

⁵²⁷ La prospérité n'est pas à prendre au sens matériel uniquement; il s'agit plutôt d'atteindre un certain degré de satisfaction "zekere tevredenheid"; P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, pp 342-343.

⁵²⁸ P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, p. 344.

⁵²⁹ C.A.J.M. Kortmann: "Constitutioneel recht", 1997, pp 424-425.

précision quantitative et qualitative affaiblit un peu le caractère de "droit justiciable" sur le seul plan constitutionnel. Par contre, l'al. 3 indique clairement qu'il ne s'agit pas d'un acte de charité attribué de manière individuelle, mais bien d'une prétention et la loi sur l'assistance décrit et réalise cette prétention. Là encore, la signification première de cet alinéa est que le législateur ne peut pas anéantir ce droit⁵³⁰.

4.4.4 L'art. 22 al.1 de la Cst.-NL

Cette disposition, introduite en 1983, est très courte: l'Etat prend des mesures en vue d'encourager la santé publique⁵³¹. La formulation "prend des mesures" est plus contraignante que pour d'autres buts sociaux où se trouve fréquemment l'expression "est l'objet de soins"⁵³². L'art. 22 al. 1 Cst.-NL formule une obligation de prendre des mesures adressée à l'Etat⁵³³, mais le terme "mesures" va au-delà d'un simple mandat au législateur et s'étend aussi à la gestion des institutions et aux options de politique sociale en la matière⁵³⁴.

Le contenu matériel de l'art. 22 al. 1 Cst.-NL est très vaste, puisque la protection de la santé publique englobe notamment l'assurance de soins, les soins prénatals et post-natals, la médecine scolaire et le contrôle alimentaire⁵³⁵. Elle comprend à la fois les mesures de prévention et les soins: l'Etat doit prendre des mesures qui permettent à l'être humain de vivre en étant dans le meilleur état de santé possible, qui lui permettent de continuer de vivre si sa santé est atteinte et qui permettent de promouvoir la santé publique⁵³⁶. Leenen trouve dans l'art. 22 Cst.-NL le fondement d'un droit à la "préoccupation" pour la santé (*recht op zorg voor de gezondheid*) qui serait subdivisé en un droit à la protection et à la promotion de la santé (*recht op*

⁵³⁰ C.A.J.M. Kortmann: "Constitutioneel recht", 1997, p. 425.

⁵³¹ "De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid".

⁵³² "...is voorwerp van zorg", cf. art. 19 al. 1, art. 20 al. 1, art. 22 al. 2.

⁵³³ Confirmé par le Président du tribunal d'Amsterdam dans AB 1989 no 485 (l'art. 22 al. 1 Cst.-NL est invoqué par le ministère contre un médecin qui aurait prescrit un peu trop facilement de la méthadone aux toxicomanes): "De Staat beroept zich op zijn bij art. 22 lid 1 Gr.w opgedragen taak de volksgezondheid te bevorderen".

⁵³⁴ P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, p. 350.

⁵³⁵ C.A.J.M. Kortmann: "Constitutioneel recht", 1997, p. 426.

⁵³⁶ H.J.J. Leenen: "Volksgezondheid in het perspectief van de burger", 2000, p. 9.

gezondheidsbescherming en -bevordering) et en un droit aux soins (*recht op gezondheidszorg*)⁵³⁷.

Un droit aux soins, au sens d'un droit justiciable, ne ressort pas à la seule lecture littérale de l'art. 22 al. 1 Cst.-NL, mais il est reconnu par certains auteurs (cf. 4.5). Par contre, la doctrine fait un lien direct entre cette disposition et l'assurance des soins médicaux⁵³⁸, ce qui est différent de la solution suisse qui ne lie pas les assurances maladie et accidents à l'article constitutionnel sur la santé publique (art. 118 Cst.), mais à l'art. 117 Cst. qui représente la base constitutionnelle de ces assurances sociales. Ce qui ressort en tout cas de l'art. 22 Cst.-NL, c'est le caractère public du système de soins⁵³⁹.

4.5 Un droit constitutionnel aux soins?

4.5.1 Droit aux soins ou but social de mise à disposition de soins?

La question de savoir si l'art. 22 al.1 Cst.-NL est la base constitutionnelle d'un droit aux soins est controversée. Les constitutionnalistes semblent plutôt nier l'existence d'un droit aux soins (justiciable) fondé sur l'art 22 Cst.-NL⁵⁴⁰, alors que les spécialistes de droit de la santé opèrent ce lien⁵⁴¹. Il est probable que cette divergence provienne essentiellement du contenu donné au mot "droit": les premiers mettent l'accent sur la force de mise en oeuvre et les autres sur le contenu matériel.

⁵³⁷ H.J.J. Leenen: "Volksgezondheid in het perspectief van de burger", 2000, p. 9.

⁵³⁸ C.A.J.M. Kortmann: "Constitutioneel recht", 1997, p. 425.

⁵³⁹ H.J.J. Leenen/H.D.C. Roscam Abbing: "Bestuurslijk gezondheidsrecht", 1986, p. 18.

⁵⁴⁰ P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, p. 349; C.A.J.M Kortmann / P.P.T. Bovend'eert / J.C.E Ackermans-Wijn / J.W.A. Fleuren / M.N.H. van der Nat: "Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden - Tekst & commentaar", 1998, p. 20.

⁵⁴¹ Notamment H.J.J. Leenen: "Mensen, rechten, instituties en de staat in de gezondheidszorg", 1990, p. 11; H. D. C. Roscam Abbing: "Recht op gezondheidszorg: een beschouwing over grenzen en grenzen aan het stellen van grenzen", 1990, p. 84.

Pour notre part, nous préférons nous en tenir à la terminologie du but social telle qu'exposée sous 2.6⁵⁴², afin de réserver le terme "droit" à ce qui est justiciable⁵⁴³. De plus, il semble préférable de tirer un tel but social de l'ensemble des dispositions mentionnées dans ce chapitre et non du seul art. 22 al. 1 Cst.-NL. C'est cet ensemble formé de droits individuels et de "droits" sociaux qui formerait alors la base constitutionnelle d'un but social en vue de la réalisation d'un système de soins⁵⁴⁴. Ce but social ne constitue pas seulement un vœu pieux, un idéal qu'on ne cherchera jamais à atteindre, mais une véritable obligation d'effort (*inspanningsverplichting*)⁵⁴⁵. Le système de protection sociale en matière de soins est la réponse, à un moment donné, à cette obligation.

L'art. 22 al. 1 Cst.-NL ne donne pas un droit à des soins déterminés. Une décision récente de l'ombudsman est toutefois troublante, car elle relève que les autorités n'ont pas pris les mesures nécessaires pour fournir des soins aux personnes souffrant de souvenirs d'inceste apparaissant plus tard dans leur vie⁵⁴⁶. En commentant cette décision, Hendriks arrive à la conclusion qu'il existe un droit justiciable aux soins. Pour notre part, nous pensons qu'il s'agit plutôt d'une obligation de l'Etat de prendre en considération tous les domaines de la santé de la population et de prendre des mesures adéquates (*positive Schutzpflicht*), mais il n'est pas question ici d'un droit à des mesures déterminées (cf. distinction opérée en droit suisse, cf. 2.3).

⁵⁴² Ceci pourrait réunir les deux tendances: les uns parlent d'un droit aux soins d'une manière très proche de notre définition du but social et les autres semblent surtout refuser le terme "droit", cf. P.W.C. Akkermans / A.K. Koekkoek: "de Grondwet", 1992, p. 350.

⁵⁴³ La controverse est mentionnée par Aart Hendriks: "Een juridische beschouwing over de (on)toelaatbaarheid van kosten-effectiviteitsanalyses in de gezondheidszorg", 2000, p. 68, mais l'auteur utilise malgré tout le terme de droit aux soins et même de droit à la santé.

⁵⁴⁴ Un peu dans ce sens, en rajoutant le droit à la vie et le droit à la protection de la sphère personnelle (art. 10 Cst.-NL): Roscam Abbing: "Grondrechten in de gezondheidszorg en wetgeving(s)beleid", TvGR 1985, pp 313 ss; par contre droit aux soins ne découlant que de l'art. 22 al.1: H.J.J. Leenen/H.D.C. Roscam Abbing: "Bestuurlijk gezondheidsrecht", 1986, pp 18-19.

⁵⁴⁵ Ce terme est notamment employé par H.J.J. Leenen: "Handboek Gezondheidsrecht - Deel I - Rechten van mensen in de gezondheidszorg", 1994, p. 23.

⁵⁴⁶ Décision no 2000 / 105 du 3 avril 2000, citée par Aart Hendriks: "Een juridische beschouwing over de (on)toelaatbaarheid van kosten-effectiviteitsanalyses in de gezondheidszorg", 2000, p. 70.

L'art. 22 al. 1 Cst.-NL ne donne pas non plus un droit à recevoir des soins immédiatement, en toutes circonstances. Avant une hospitalisation, le droit aux soins consiste plutôt en un droit à être placé sur une liste d'attente⁵⁴⁷ et non à un droit de recevoir immédiatement le traitement nécessaire.

L'art 22 al. 1 Cst.-NL trouve sa limite dans les ressources à disposition⁵⁴⁸, ce qui pose la question centrale de savoir si le droit aux soins est dépendant de considérations économiques. Aart Hendriks donne une réponse assez claire en admettant que les analyses coûts / efficacité ne sont pas en contradiction avec le droit à la santé et favorisent même ce droit⁵⁴⁹.

4.5.2 Un droit à des soins essentiels?

Dans le chapitre 3, nous avons essayé de définir un droit constitutionnel justiciable en matière de soins, indépendant des systèmes de protection sociale. Ce droit est fondé sur le droit à pouvoir mener une existence digne, appelé droit à des conditions minimales d'existence en droit suisse et dont l'équivalent se trouve à l'art. 20 al. 1 et 3 Cst.-NL qui protège la sécurité d'existence de la population et confère un droit à l'assistance. Ces soins essentiels correspondent à notre sens aux soins d'urgence et de médecine générale absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine (cf. chap. 3).

Dans la littérature néerlandaise, nous n'avons pas rencontré le terme "soins essentiels" qui seraient à distinguer des soins de base pris en charge par le système d'assurance. Par contre, les considérations émises par les auteurs concernant le droit aux soins permettent à notre sens de tirer la conclusion qu'un minimum de soins, appelés soins essentiels dans ce travail, pourrait être considéré comme l'objet d'un droit constitutionnel justiciable. Par ailleurs, un tel droit peut assurément être tiré des conventions internationales auxquelles les Pays-Bas sont partie.

⁵⁴⁷ H.J.J. Leenen: "Rechten van mensen in de gezondheidszorg - een gezondheidsrechtelijke studie", 1978, p. 22.

⁵⁴⁸ J.K.M. Gevers: "Het recht op gezondheidszorg bij beperkte beschikbaarheid van voorzieningen", 1989, p. 72.

⁵⁴⁹ Aart Hendriks: "Een juridische beschouwing over de (on)toelaatbaarheid van kosten-effectiviteitsanalyses in de gezondheidszorg", 2000, pp 77 ss.

4.5.3 Un droit à l'égalité d'accès aux soins

Le droit à l'égalité d'accès aux prestations étatiques est tiré du principe de l'égalité de traitement, en droit néerlandais comme en droit suisse. Par conséquent, l'art. 1 Cst.-NL ainsi que l'art. 7 Awgb constituent les bases constitutionnelles et légales pour le droit à une égalité d'accès aux prestations de nature étatique et en l'occurrence, aux soins disponibles, même si ceux-ci sont fournis par des privés⁵⁵⁰. Une différenciation quant à l'accès aux soins ne peut reposer que sur des motifs de fait objectifs⁵⁵¹.

Le droit à l'égalité d'accès aux soins ne permet pas d'élargir l'offre en matière de soins, mais implique que l'accès ne peut être refusé s'il a été accordé dans une situation semblable. Il n'influence pas la quantité des soins disponibles, mais leur répartition. Ce rôle est d'autant plus important en période de pénurie de ressources⁵⁵². Le droit à l'égalité d'accès aux soins ne peut être traité séparément du but social de mise à disposition des soins et par conséquent du système de protection sociale qui détermine l'offre de soins.

4.6 Un bloc, deux piliers

Pour déterminer la nature et l'ampleur d'un droit aux soins, une construction reposant sur deux piliers peut facilement être ébauchée en droit néerlandais:

- Un but social de mise à disposition des soins, correspondant à une véritable obligation d'effort pour l'Etat (*inspanningsverplichting*); celui-ci devant assurer des soins de qualité ainsi que leur accessibilité sur les plans géographique et financier⁵⁵³;
- Un véritable droit à l'égalité d'accès aux soins disponibles, c'est-à-dire à ce qui a été atteint par le biais du but social de mise à disposition des soins.

⁵⁵⁰ H.D.C. Roseam Abbing: "Wetgeving(s)beleid) gezondheidszorg", 1989, p. 17.

⁵⁵¹ G.R.J. de Groot: "Wachlijsten in de gezondheidszorg", TvGR 1996, p. 68.

⁵⁵² J.K.M. Gevers: "Het recht op gezondheidszorg bij beperkte beschikbaarheid van voorzieningen", 1989, p. 72.

⁵⁵³ Au sujet de ces trois éléments, voir notamment H.J.J. Leenen: "Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg", TvGR 1984, p. 53.

Les deux piliers correspondent à un droit à l'égalité d'accès aux soins disponibles, c'est-à-dire adaptés aux ressources de l'Etat.

Le bloc "droit aux soins essentiels" évoqué dans la construction en droit suisse peut aussi être pensé en droit néerlandais. Il s'agit de ce minimum indispensable à une existence digne, garanti constitutionnellement, tel un filet de sauvetage en cas de lacunes du système de soins. Il semble relativement facile de tirer un droit aux soins essentiels sur le plan constitutionnel de l'art. 20 Cst.-NL et des conventions internationales. Par contre, il faut relever que l'existence d'un droit purement constitutionnel aux soins essentiels ne semble pas représenter une grande préoccupation aux Pays-Bas.

A notre avis, la construction "un bloc, deux piliers" présente l'avantage de la clarté, puisque le mot "droit" est réservé à ce qui représente un droit justiciable. Comme en droit suisse, la construction montre que plus les soins mis à disposition sont nombreux, plus on s'approchera, par le biais de l'égalité d'accès, d'un véritable droit aux soins.

En Suisse, le système de soins est intimement liée aux assurances sociales qui en réalisent l'accès sur le plan financier. Aux Pays-Bas, le système de soins est rendu effectif par des assurances sociales qui déterminent quels sont les soins mis à disposition et concrétisent de cette manière le but social. Dans le chapitre 6, nous examinerons dans quelle mesure le système de soins néerlandais accorde un droit justiciable à des soins. Le droit communautaire peut renforcer cet accès par l'élargissement géographique, mais il ne donne pas, en tant que tel, un droit à des soins qui ne seraient pas reconnus par le droit néerlandais.

5 Les prestations des assureurs sociaux suisses en matière de soins

5.1 Caractéristiques du système de soins en Suisse

5.1.1 Un système d'assurances sociales

A l'opposé du Royaume-Uni qui connaît un système de distribution des soins par l'Etat, respectivement par le *National Health Service* (NHS) (cf. 7.2), la Suisse connaît un système d'assurances sociales, dans lequel fournisseurs de soins et payeurs sont deux entités différentes. Ce système d'assurance est ancré dans l'art. 117 Cst., qui donne la compétence de légiférer en la matière à la Confédération. Une pluralité d'assurances et de caisses-maladie mettent en œuvre ce système. La différence entre un système de distribution de soins et un système d'assurance se situe non seulement au niveau du financement - le premier est en général financé par les impôts, tenant compte de la capacité financière de chaque contribuable -, mais aussi sur le plan de la justification des soins à donner lorsqu'un tiers payant ou garant contrôle l'économicité des traitements ou ordonne des expertises.

En Suisse, l'assurance sociale de base en matière de soins est constituée par la LAMal, les autres assurances sociales ayant une couverture limitée à certaines personnes et certains risques assurés. Les conditions et les prestations des assurances découlant de la LAMal seront décrites tout au long de ce chapitre. Les personnes souhaitant s'assurer au-delà des garanties fournies par la LAMal ont la possibilité de le faire, dans un cadre privé, soumis à la LCA uniquement (article 12 al. 3 LAMal). Il convient toutefois de préciser qu'il n'y a pas de droit à conclure une telle assurance complémentaire⁵⁵⁴, ce qui pose des problèmes de sélection des risques. Ces assurances complémentaires couvrent essentiellement les frais d'hospitalisation en division privée, semi-privée ou dans les cliniques non prises en charge par l'assurance de base. De plus, il existe une grande diversité de produits offrant des prestations en matière de prévention, de traitements alternatifs ou élargissant les prestations en cas de traitement à l'étranger. Dans ce travail, nous n'examinerons pas plus en détail ces assurances complémentaires.

⁵⁵⁴

ATF 114 V 274.

Hormis un exposé général du système de soins en Suisse, les questions sous-jacentes dans ce chapitre sont: le système suisse d'assurances sociales est-il en mesure de garantir un accès à des soins de qualité à tout le monde, dans quelle mesure ces soins se situent-ils au-delà des soins essentiels, et finalement, comment s'intègrent-ils dans la construction "un bloc, deux piliers" proposée à la fin du chap. 3 ?

5.1.2 De la charité à l'assurance

Jusqu'au milieu du siècle dernier, c'est essentiellement la famille, voire certaines caisses de secours d'associations professionnelles qui offraient un champ de solidarité envers les personnes atteintes dans leur santé⁵⁵⁵. A défaut, la charité, fondée sur le devoir moral, souvent divin⁵⁵⁶, d'assistance aux personnes nécessiteuses et le bénévolat, prenait le relais⁵⁵⁷. Point n'était donc besoin de prise en charge étatique ou assécurologique; la famille et, lorsque c'était vraiment grave, les hôtels-dieu et les religieuses bénévoles qui y consacraient leur vie, s'en chargeaient, limitant ainsi l'incidence sur les finances publiques. La prise en charge par ces hôtels-dieu ne se limitait pas aux personnes souffrant d'une affection clairement établie sur le plan médical, mais les "pôvres" et les pèlerins y étaient également accueillis.

Les temps ont changé et dans un système sans organisation étatisée de distribution de soins, ce sont les assurances sociales qui jouent un rôle déterminant pour garantir l'accès financier aux soins⁵⁵⁸. Qui dit soins aujourd'hui, pense prévention aux soins et non plus acte de charité; qui dit prévention pense revendication et non reconnaissance. De plus, les progrès de la science médicale, requérant des formations de plus en plus qualifiées, ont peu à peu rendu impossible la seule prise en charge par des hôpitaux du type de l'hôtel-dieu. La prise en charge n'étant plus assurée par des bénévoles, cela n'a fait qu'accroître encore plus les coûts représentés par ces techniques

⁵⁵⁵ Sur l'évolution de la famille à la sécurité sociale, cf. Thomas Fleiner-Gerster: "Allgemeine Staatslehre", 1995, p. 25 ss.

⁵⁵⁶ Dans le christianisme, c'est le texte "J'étais malade et vous m'avez visité" de l'Evangile de Mathieu 25:36 qui indique le mieux la dimension transcendante de la relation entre malade et visiteur (ou hôte / soignant), puisqu'en visitant le malade, c'est Dieu lui-même qu'on visite.

⁵⁵⁷ Voir aussi Alfred Maurer: "Schweizerisches Sozialversicherungsrecht", 1983, vol. 1, pp 83-84.

⁵⁵⁸ Introduction de l'art 34 bis Cst. (117 actuel) en 1890 et de la LAMA en 1911.

nouvelles. L'ère de la nécessaire solidarité entre personnes en bonne santé et personnes malades, entre riches et pauvres a remplacé les bonnes volontés bénévoles.

5.1.3 Partage des secteurs d'assurance

En Suisse, les assurances sociales relatives aux soins sont réparties en plusieurs secteurs: assurance accidents et maladies professionnelles, assurance-maladie et assurance- invalidité⁵⁵⁹. Les secteurs sont déterminés soit par l'état de santé de la personne (atteinte durable: invalidité, atteinte temporaire: maladie / accidents), soit par l'origine de l'atteinte (maladie ou accident). Si la distinction entre atteinte durable ou temporaire est courante dans d'autres pays⁵⁶⁰, la distinction selon l'origine de l'affection est une spécialité suisse qui est difficile à mettre en oeuvre lorsqu'il s'agit de faire la distinction entre une maladie et un accident dans le cas concret (p.ex. dommages de mastication, affections du dos, cf. 5.3.2.1).

Les assurances-maladie et accidents sont fondées sur l'art. 117 de la Constitution fédérale, introduit en 1890 (ancien art. 34 bis) et qui n'a jamais été modifié, malgré une importante tentative en 1974⁵⁶¹. Il est intéressant de relever que cet article, s'il relève la différence des risques, ne prescrit pas que les deux types d'assurances doivent être distincts⁵⁶².

La nette distinction entre assurance-maladie et assurance-accidents tient notamment au fait que le but premier de l'assurance-accidents était, depuis la fin du siècle dernier, de protéger les ouvriers, mais aussi de prémunir les patrons contre des actions en responsabilité civile pour les accidents professionnels, dans des secteurs d'activité déterminés. Par conséquent, ce

⁵⁵⁹ Nous laissons volontairement de côté l'assurance militaire qui n'a qu'une portée restreinte au niveau du cercle des personnes assurées.

⁵⁶⁰ P. ex. Pays-Bas: distinction entre atteinte à court et moyen terme (ziektedonds) et atteinte à long terme et affections psychiatriques (AWBZ), cf. chap. 6.

⁵⁶¹ Aussi bien l'initiative du parti socialiste, visant à instaurer un régime obligatoire que le contre-projet ont été refusés par le peuple. Voir Alfred Maurer : "Schweizerisches Sozialversicherungsrecht", 1983, vol. 1, p. 107.

⁵⁶² La lex Forrer, rejetée en 1990, ne distinguait d'ailleurs pas les deux domaines; cf. Alfons Furrer: "Entstehung und Entwicklung der schweizerischen Sozialversicherung"; 1952, pp 59 ss.; Alfred Maurer : "Schweizerisches Sozialversicherungsrecht", 1983, vol. 2, p. 276.

n'est que pour les employés qu'une assurance obligatoire a été introduite, couvrant d'abord les accidents professionnels.

Malgré l'entrée en vigueur de la LAMA en 1911, qui règle les deux formes d'assurances, la nette distinction de régime subsiste⁵⁶³ et elle est même renforcée après l'introduction de l'assurance-accidents obligatoire par la LAA et de l'assurance-maladie obligatoire par la LAMal. Deux différences fondamentales caractérisent les deux régimes: la LAA est intimement liée aux rapports de travail, alors que la LAMal assure une couverture à tous, employés ou non; la LAA couvre l'ensemble des dommages résultant d'un accident, alors que la LAMal ne couvre à titre obligatoire que les prestations de soins.

L'assurance-invalidité prend en charge les mesures médicales visant à améliorer ou à préserver la capacité de gain chez la personne invalide (art. 12 LAI). Cela correspond au but de réadaptation professionnelle qui guide cette assurance. Les mesures visant au traitement de l'atteinte en tant que telle relèvent de l'assurance-maladie. C'est la raison pour laquelle nous n'analyserons pas plus en détail l'assurance-invalidité.

Sur le plan statistique, le poids de ces assurances en matière de prise en charge des dépenses de santé peut se répartir de la manière suivante : caisses-maladie 47,8%, assureurs LAA 3,3% et assurance-invalidité 7,1%⁵⁶⁴. Nous nous concentrerons avant tout sur la LAMal, en raison de son importance de fait, tout en utilisant la LAA à titre comparatif.

Il faut encore mentionner la récente Loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales (LPGA)⁵⁶⁵ qui tend à une certaine coordination du système des assurances sociales en Suisse, mais n'a que peu d'influence en ce qui concerne les assurances relatives à des prestations de soins.

5.1.4 Cantons et Confédération: un mélange de compétences

L'art. 3 Cst. fixe le principe de la souveraineté des cantons, pour autant que celle-ci ne soit pas limitée par la Constitution fédérale. Cette disposition est valable pour toutes les activités étatiques, qu'elles soient législatives,

⁵⁶³ Alfred Maurer: "Schweizerisches Sozialversicherungsrecht", 1983, vol. 1, p. 95.

⁵⁶⁴ Office fédéral des statistiques : "Coûts du système de la santé - Résultats définitifs 1998 et évolution depuis 1960".

⁵⁶⁵ FF 2000, pp 4657 ss.

exécutives ou judiciaires⁵⁶⁶. En matière de santé, il n'y a pas de délégation générale de compétence à la Confédération. L'art. 118 al. 1 Cst., qui prescrit que la Confédération doit prendre des mesures afin de protéger la santé de la population, dans les limites de ses compétences, ne donne pas une compétence générale en matière de santé publique à la Confédération⁵⁶⁷. L'art. 41 Cst. prévoit un but social relatif aux soins qui s'adresse à la fois aux cantons et à la Confédération (cf. 3.3)⁵⁶⁸.

Ce qui concerne les infrastructures en matière de soins, les règles relatives à ces infrastructures et aux fournisseurs de soins et les grands principes relatifs aux soins, relèvent principalement de la compétence des cantons, voire des communes. Les dispositions y relatives se trouvent notamment dans les lois relatives à la santé (appellations diverses) de chaque canton. Il y a de ce fait 26 systèmes de soins différents en Suisse⁵⁶⁹, ce qui occasionne des problèmes notamment en cas d'hospitalisation dans un autre canton que celui de résidence⁵⁷⁰.

S'il n'y a pas de délégation de compétence générale à la Confédération en matière de santé, il n'en demeure pas moins que plusieurs secteurs lui ont été attribués, le plus important étant celui de l'assurance-maladie et de l'assurance-accidents⁵⁷¹ (art. 117 Cst.), puisqu'il rend possible l'accès financier aux infrastructures de soins. Cette disposition constitutionnelle est à la base de notre système de financement des soins et exprime le choix de réaliser celui-ci par des assurances.

La LAMal joue de surcroît un rôle important dans l'organisation du système de santé en général⁵⁷², notamment par ses mesures de maîtrise des coûts au

⁵⁶⁶ Jean-François Aubert: "Traité de droit constitutionnel suisse", volume I, 1967, p. 233.

⁵⁶⁷ Le message précise que la compétence relève principalement des cantons et que la Confédération ne se voit attribuer que des tâches spéciales, cf. FF 1999 I 338.

⁵⁶⁸ FF 1997 I 202.

⁵⁶⁹ A propos de la complexité du système suisse, cf. Fied Paccaud / Felix Gutzwiller: "Structure et organisation de la santé publique en Suisse", 1999, p. 224.

⁵⁷⁰ Exemples: ATF 125 V 448; RAMA 1999, p 462; 123 V 290; 123 V 310.

⁵⁷¹ Ne font pas l'objet du présent chapitre, les dispositions suivantes de la Constitution fédérale: art. 119 (procréation assistée), art. 119a (transplantations d'organes) et art. 118 (maladies transmissibles).

⁵⁷² Les notions d'assurance-maladie et de santé en général sont souvent mal dissociées du fait du rôle essentiel de l'assurance-maladie dans l'accès aux prestations médicales; cf. Message concernant la révision de l'assurance-maladie

niveau macro (p.ex. planification hospitalière). La LAA quant à elle joue un rôle prépondérant pour la prévention, la médecine du travail et pour la maîtrise des coûts au niveau micro (contrôle des prestations). Le fonctionnement de ces assurances sociales sera analysé plus en détails ci-dessous. Il faut donc souligner que, si les cantons ont en principe la compétence, d'ailleurs très étendue⁵⁷³, en matière de santé et de soins, la Confédération en régie le financement, pour une grande partie, par le biais des assurances sociales. Qui dit compétence pour régler le financement, dit naturellement aussi compétence en ce qui concerne la détermination, les modalités et le prix des prestations de soins⁵⁷⁴.

En résumé, il faut constater que les compétences relatives au système de soins sont entremêlées:

- La LAMal réattribue certaines compétences aux cantons (p.ex. subsides pour primes d'assurance-maladie);
- Les hôpitaux sont partiellement financés par les cantons, ce qui signifie également l'introduction d'impôts dans un système basé en principe sur l'assurance;
- Les hôpitaux publics sont planifiés, construits et exploités par les cantons, souvent avec l'aide des communes; les établissements hospitaliers privés sont subventionnés par le canton; par ailleurs, la LAMal contient des dispositions relatives à la planification hospitalière (art. 39 LAMal).

En ce qui concerne les subventions, il faut encore mentionner le système de la LAMal qui prévoit une aide pour le paiement des primes aux assurés de condition modeste. La subvention est à la fois fédérale et cantonale, mais la totalité est versée par le canton.

FF 1992 I p 82; voir aussi S. Greppi / R. Rosset / W. Strüwe: "Effets de la LAMal dans le financement de la santé", in: *Sécurité sociale* 2/1998, p. 96.

573 Fred Paccard / Felix Gutzwiller: "Structure et organisation de la santé publique en Suisse", 1999, p. 227.

574 Cette compétence est quelque peu relativisée par Raymond Spira: "Les compétences des cantons en matière d'assurance obligatoire des soins", 1997, pp 65 ss.

5.1.5 Solidarité et concurrence: un mariage difficile

5.1.5.1 Concurrence boiteuse entre assureurs LAMal

Comme par le passé⁵⁷⁵, le législateur fédéral a opté pour la pluralité d'assureurs (caisses et assureurs privés autorisés) lors de l'élaboration de la LAMal, en précisant qu'il le faisait afin de favoriser une certaine concurrence, dans le but de maîtriser les coûts de la santé⁵⁷⁶. Par le passé, il y avait également pluralité de caisses, mais surtout pour répondre à un but de proximité. Pour ne pas assujétir une assurance sociale aux aléas des seules règles du marché, le législateur a posé comme condition essentielle que les assureurs gérant l'assurance obligatoire des soins n'aient pas de but lucratif (LAMal, art. 11-13), ce qui signifie entre autres qu'il ne peut y avoir de distribution de bénéfices, ni d'affectation de ressources à un but autre que ce qui touche à l'assurance-maladie sociale⁵⁷⁷. A ce sujet, l'art. 12 al. 1 concernant les caisses maladie est beaucoup plus clair que l'art. 13 al. 2 lit a concernant les autres assureurs⁵⁷⁸.

Selon la LAMal, l'assureur-maladie étant partiellement libre de fixer la prime qu'il demande à ses assurés, mais tenu d'offrir des prestations strictement déterminées et de surcroît à ne pas avoir de but lucratif (motivation fondamentale dans un véritable système de concurrence), la concurrence va se jouer essentiellement sur quatre facteurs : qualité des services, diminution des frais d'exploitation de l'assureur, contrôle des prestations, élaboration de formes particulières d'assurance (p. ex.: HMO, seconde opinion, franchises à option) ou de prestations spéciales (p.ex.: ligne téléphonique 24 h., contrat avec Mediservice). L'élaboration de formes particulières d'assurances n'est d'ailleurs pas seulement un moyen proposé par le jeu de la concurrence, mais aussi par la loi elle-même (art. 56 LAMal) et elle est encouragée par l'OFAS⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ Il y avait 206 caisses (Hilfsgesellschaften) en 1903 : Furrer Alfons : "Entstehung und Entwicklung der schweizerischen Sozialversicherung", 1952, p. 54.

⁵⁷⁶ Message concernant la révision de l'assurance-maladie, FF 1992 I p. 80.

⁵⁷⁷ Maurer Alfred: "Das neue Krankenversicherungsrecht", 1996, p. 7.

⁵⁷⁸ Une telle différence de traitement serait choquante, c'est pourquoi l'article 13 al. 2 lit. a in fine devrait être interprété de manière à supprimer cette inégalité. Voir aussi : Maurer Alfred: "Das neue Krankenversicherungsrecht", 1996, p. 16.

⁵⁷⁹ OFAS: "Rapport concernant l'assurance-maladie", <http://www.bsv.admin.ch/kv/projekte/ff/index.htm>.

Il ressort de ces caractéristiques que la "concurrence" instaurée par la LAMal est boiteuse : une liberté partielle de fixer le prix d'un produit sur lequel il n'y a pas de maîtrise directe possible et en sus, l'absence d'identité (au moins partiellement) entre le consommateur et le payeur. Les conditions-cadres fixées à cette "concurrence" sont telles que le terme en devient presque illusoire. Dans des situations boiteuses, il est toujours bon de réouvrir le débat en vue d'obtenir plus de clarté. Pour obtenir cette clarté, le chemin passera obligatoirement par un choix entre une véritable concurrence, conduisant à une différenciation en fonction de la capacité financière du "consommateur", ou l'acceptation du fait qu'il ne peut y avoir de véritable concurrence dans ce domaine, c'est-à-dire une priorité absolue donnée à la solidarité.

L'idée d'un choix à faire ne correspond pas vraiment à l'avis des autorités⁵⁸⁰. Selon le Message du Conseil fédéral, la réforme de la LAMal garantit le principe de la libre concurrence⁵⁸¹. Par ailleurs, il ajoute que la solidarité est un des objectifs principaux de la LAMal⁵⁸² et conclut sous le chapitre "maîtrise des coûts" qu'il serait prématuré de proposer des mesures changeant radicalement le système⁵⁸³. En fait, il y en a un peu pour tout le monde et la stabilité est assurée. S'il faut éviter que notre assurance-maladie ne devienne une girouette, il serait pourtant intéressant d'entamer une réflexion de fond dès à présent et de choisir si nous voulons livrer notre assurance-maladie aux règles du marché ou si nous optons pour une priorité absolue donnée à la solidarité, ce qui en ferait une véritable assurance sociale. La difficulté de la question réside dans le fait qu'au-delà d'une simple question de maladie, c'est l'équilibre précaire de notre contrat de société qui est en jeu.

5.1.5.2 Concurrence boiteuse entre fournisseurs de soins selon la LAMal

La LAMal est fondée sur le principe du libre choix du fournisseur de prestations (art. 41). Les limitations de cette liberté ne peuvent avoir lieu que sur une base conventionnelle (art. 41 al. 3 LAMal). Qui dit libre choix, dit

580 Message concernant l'arrêté fédéral sur les subsides fédéraux dans l'assurance-maladie et la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 21 septembre 1998, FF 1999 I, pp 727 ss.

581 Message, FF 1999 I, p. 731.

582 Message, FF 1999 I, p. 728.

583 Message, FF 1999 I, p. 733.

concurrence, puisque le "consommateur" choisira en principe la personne qui offre la plus grande qualité (l'élément prix ne joue qu'un rôle très limité) et placera donc les fournisseurs de prestations en situation de concurrence.

Lorsque les assureurs ont l'obligation de contracter avec tous les fournisseurs de prestations autorisés, ce qui est encore le cas aujourd'hui, la priorité est donnée au libre choix du patient, puisqu'une palette très large de fournisseurs de soins lui est offerte; le payeur se trouve réduit à une simple fonction de contrôle.

En l'absence d'une telle obligation de contracter, le payeur choisit les partenaires auxquels le patient aura l'obligation de s'adresser et réduit par là même occasion le choix du patient. C'est le système en vigueur aux Pays-Bas (cf. chap. 6) et qui a été introduit par le gouvernement Thatcher au Royaume-Uni (cf. chap. 7). A notre avis, le système présente un aspect boiteux, car qui dit suppression de l'obligation de contracter, dit liberté contractuelle et qui dit liberté contractuelle dit liberté de choisir son partenaire contractuel pour les deux parties au contrat, en l'occurrence pour l'assureur et le fournisseur de prestations. Il est toutefois peu probable que le fournisseur de prestations ait effectivement ce choix; il s'agit plutôt d'une détermination unilatérale des partenaires par les assureurs.

5.1.5.3 LAA: quasi-monopole d'un assureur

Par opposition à l'assurance-maladie, il y a un quasi-monopole d'un assureur dans l'assurance-accident, en ce sens que plusieurs secteurs économiques sont attribués à un seul assureur. L'art. 66 LAA prescrit que les secteurs mentionnés (essentiellement l'industrie) ne peuvent être assurés pour les accidents que par la CNA, appelée maintenant SUVA⁵⁸⁴. Avant l'entrée en vigueur de la LAA, la CNA avait le monopole absolu en matière d'assurance-accidents obligatoire des employés de tous les secteurs soumis à l'obligation d'assurance. La SUVA est un établissement de droit public ayant la personnalité morale (art. 61 al. 1 LAA), exempt d'impôts (art. 67 LAA). Le rapport d'assurance est fondé sur la loi (art. 59 al. 1 LAA).

Ce n'est que dans les secteurs non attribués à la SUVA qu'il y a "concurrence" entre les assureurs habilités à pratiquer l'assurance-accidents

⁵⁸⁴

En 1998, sur 3,2 mio de salariés assujettis à la LAA, 1,7 mio (plus de la moitié!) étaient assurés par la SUVA; cf. Statistiques des assurances sociales suisses 1999, OFAS p.125.

obligatoire selon l'article 68 LAA. Les mêmes remarques que pour la LAMal peuvent être faites ici, car il n'y a pas de liberté de définir les prestations, la marge de manoeuvre au niveau des primes est réduite (article 92 LAA) et il n'y a pas du tout identité entre le consommateur et le payeur (système du tiers-payant, absence de franchises ou de quote-parts).

5.2 LAMal et LAA: principales caractéristiques, points communs et différences

5.2.1 Personnes assurées

Alors que l'obligation d'affiliation à l'assurance-maladie obligatoire selon la LAMal s'étend à toute personne résidant en Suisse (art. 3 LAMal), quels que soient son âge et son activité, la LAA, pour des raisons historiques, ne s'adresse qu'aux personnes exerçant une activité lucrative dépendante en Suisse (art. 1 LAA). Les travailleurs indépendants ont la possibilité de conclure une assurance correspondant à la LAA (assurance facultative, art. 4 LAA). Par contre, les autres personnes, notamment les personnes s'occupant des travaux du foyer et les enfants, n'ont pas la possibilité de bénéficier de cette couverture; elles seront assurées pour le risque accidents dans le cadre de la LAMal (art. 1 al. 2 lit. b LAMal).

Alors que la LAMal est rattachée, à part quelques exceptions⁵⁸⁵, au critère de la résidence⁵⁸⁶, la LAA est liée aux rapports de travail et par conséquent, de manière indirecte à l'âge de l'assuré. Au niveau des conséquences financières, la différence d'étendue de l'obligation d'assurance en ce qui concerne l'âge des assurés sous chacun de ces régimes est de taille: la LAA évite en grande partie tout ce qui a trait à l'évolution démographique de la population.

Le rapport d'assurance selon la LAMal ne naît pas de plein droit. Le futur assuré doit s'annoncer auprès d'un assureur reconnu et les autorités cantonales contrôlent que chaque personne résidant dans leur canton soit inscrite auprès d'un assureur reconnu. Par contre, le salarié est assujéti de plein droit à la LAA.

⁵⁸⁵

Maurer Alfred: "Das neue Krankenversicherungsrecht", 1996, p. 16.

⁵⁸⁶

Les accords sectoriels entre la Suisse et la CE (FF 1999 III. 2 5440 ss) auront pour effet d'introduire également un critère de rattachement au lieu de l'emploi (frontaliers).

5.2.2 Soins et capacité de travail

Alors que la LAMal concerne essentiellement les frais de soins et seulement accessoirement des indemnités journalières facultatives en cas de perte de la capacité de travail, la LAA a son ancrage principal dans la perte de la capacité de travail et la perte de gain de l'assuré (indemnités journalières, rente d'invalidité, rentes pour les proches). La LAA assure aussi les soins, mais un des principaux buts qui guide l'octroi de toutes les prestations est avant tout de préserver ou de recouvrer la capacité de gain⁵⁸⁷. En ce qui concerne l'assurance de base selon la LAMal, le but est directement lié à l'affection physique ou psychique dont souffre le patient⁵⁸⁸ et il s'agit de lui attribuer des soins de qualité⁵⁸⁹.

Cette distinction est primordiale, car les sommes en jeu pour les prestations d'incapacité de travail et de gain sont considérables⁵⁹⁰. Elles présentent une motivation pour un contrôle plus actif des soins fournis aux assurés dans le cadre de la LAA, non seulement dans la perspective du coût des soins, mais surtout dans celle du recouvrement de la capacité de gain et donc du caractère approprié des soins en vue d'atteindre ce but. L'assureur LAMal se concentre uniquement sur les soins, en ayant pour but premier de contrôler les coûts des actes et non de replacer ou de maintenir l'assuré dans un circuit de vie active. D'ailleurs, de nombreux assurés LAMal ne sont plus des personnes actives sur le plan professionnel.

Une illustration de cette différence fondamentale est l'existence, pour l'assuré, d'une obligation d'accepter un traitement prescrit par l'assureur LAA (art. 48). En pratique, cette obligation est liée à la perspective d'une reprise du travail et donc à la diminution de la durée de versement des indemnités journalières.

⁵⁸⁷ Alfred Maurer : "Schweizerisches Unfallversicherungsrecht", 1989, p. 274.

⁵⁸⁸ Cette différence est clairement exposée dans l'ATF 109 V 43.

⁵⁸⁹ "Das System der gesetzlichen Pflichtleistungen, die Zulassung von Leistungserbringern und die Tarifordnung sind daher so ausgestaltet, dass eine zeitgemässe und umfassende medizinische Grundversorgung auf Kosten der sozialen KV möglich ist", cf. Gebhard Eugster : "Krankenversicherung", 1998, p. 2 ; "Das KVG will die Pflichtleistungen nicht auf die medizinischen Minimalbedürfnisse begrenzen, sondern so ausgestaltet wissen, dass eine qualitativ hochstehende gesundheitliche Versorgung gewährleistet ist", id., p. 90.

⁵⁹⁰ Selon les comptes d'exploitation consolidés 1998 de la SUVA, les coûts suivants sont à prendre en considération : prestations pour soins et remboursement de frais : CHF 683 mio.; indemnités journalières : CHF 870 mio.; rentes pour invalides et survivants : CHF 652 mio. Rapport financier de la SUVA 1998, p. 8.

Selon le Tribunal fédéral, ceci est également valable pour les indemnités journalières de l'assurance-maladie⁵⁹¹.

5.2.3 Prestations en nature ou remboursement

En ce qui concerne les soins, la LAA connaît le système de prestations en nature, c'est-à-dire que l'assureur fournit les soins. Ce rôle ressort clairement en ce qui concerne les cliniques de Bellikon et de Sion, qui appartiennent à la SUVA, mais un peu moins lorsque le médecin de famille est consulté. Pourtant, dans le système de prestations en nature, le médecin de famille devient un agent de l'assureur LAA. Selon l'art. 48 LAA, l'assureur a la direction du traitement.

Le système de la LAMal est différent puisque l'assureur LAMal a l'obligation de rembourser les frais de soins que la loi commande de prendre en charge (principe du remboursement)⁵⁹². La prestation n'est pas fournie par l'assureur LAMal, mais par le professionnel de la santé; les rôles entre assureur et fournisseur de prestations sont clairement définis et l'assureur n'a pas la direction du traitement⁵⁹³.

5.2.4 Financement

La distinction fondamentale quant au financement des primes d'assurance est que les primes selon la LAMal sont indépendantes de la capacité financière de l'assuré (art. 61 LAMal) et sont prises en charge par lui seul, exception faite des subsides octroyés en vertu des art. 65-66 LAMal. Ces primes sont fixées par les assureurs, de manière à ce qu'elles couvrent l'entier des dépenses en prestations⁵⁹⁴. La LAA prévoit des primes en fonction du salaire qui sont prises en charge par l'employeur, en ce qui concerne les accidents professionnels, et par l'employé (prélevées à la source), en ce qui concerne les accidents non professionnels.

⁵⁹¹ ATF 105 V 178; RAMA 1989, p 142 ss.

⁵⁹² Maurer Alfred: "Das neue Krankenversicherungsrecht", 1996, p. 44.

⁵⁹³ A l'exception des assurances HMO pour lesquelles la distinction est moins claire, étant donné que les médecins sont en général salariés et que les HMO sont en grande partie financées par les caisses; cf. Marie-Laure Béguin: "Les réseaux de santé", Cahiers IDS no 8, Neuchâtel 1999, p. 13; RAMA 2000, p. 72.

⁵⁹⁴ Gebhard Eugster: "Krankenversicherung", 1998, p. 177.

Régulièrement, des initiatives, des interpellations et des projets sont lancés pour que la capacité financière des assurés soit prise en compte pour la détermination des primes qu'ils doivent payer, afin que l'employé de bureau ne paie pas la même prime pour l'assurance-maladie de base que le directeur d'entreprise. Tout aussi régulièrement, ces projets succombent au couperet de la volonté populaire⁵⁹⁵.

La seule tentative réussie d'introduire un élément de justice sociale dans les primes de l'assurance-maladie de base a été de prévoir des subsides pour les personnes les plus défavorisées (art. 65 - 66 LAMal). L'application du système est confiée aux cantons, ce qui entraîne des disparités régionales⁵⁹⁶.

En rapport avec la capacité financière des assurés, il faut encore relever que la LAA ne prévoit aucune participation des assurés aux coûts, alors que la LAMal prévoit des franchises et quote-parts annuelles (art. 64 LAMal).

5.2.5 De la prévention à la réadaptation

Les deux assurances prônent une vision globale de la santé, allant de la prévention à la réadaptation. Par contre, il faut bien le dire, c'est la LAA et plus particulièrement la SUVA, qui met véritablement cette vision en pratique avec, au début de la chaîne, toute une infrastructure de surveillance et de conseils en matière de prévention. La présence de représentants de la SUVA dans le cadre de la prévention selon la LAMal (article 19 al. 3) est significative à ce titre. A l'autre bout de la chaîne, l'effort fait par la SUVA en matière de réadaptation d'accidentés graves, notamment dans ses deux cliniques de Bellikon et de Sion, constitue également une bonne illustration d'une vision globale de la santé, alors que, selon l'ombudsman, les mesures d'économie des caisses-maladie sont particulièrement sensibles dans le domaine de la réadaptation médicale⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ Initiative "pour des primes d'assurance-maladie proportionnelles au revenu et à la fortune", FF 1997 II 809; Initiative "la santé à un prix abordable" en suspens, FF 1997 IV 1277; rapport des experts concernant le "modèle de Flims", FF 1973 I 908; cf. aussi liste et explications dans FF 1991, pp 12-17; Initiative "pour une assurance de base minimale et des primes d'assurance-maladie abordables", FF 2001 4.

⁵⁹⁶ Pour plus de détails : Ordonnance sur les subsides fédéraux destinés à la réduction des primes dans l'assurance-maladie, RS 832.112.4; Gebhard Eugster : "Krankenversicherung", 1998, pp 190-191.

⁵⁹⁷ Sécurité sociale 3 / 1999, p. 118.

A la décharge de l'assurance-maladie, il faut rappeler que la LAA ne couvre pas seulement les frais médicaux, mais également l'indemnisation de la perte de gain. Ce dernier poste représente de tels montants que les dépenses en matière de prévention⁵⁹⁸ et de réadaptation trouvent toute leur raison d'être. Nous pensons qu'une couverture enveloppante telle qu'elle est prévue par la LAA est non seulement plus sociale, mais favorise une vision globale de la santé - incluant prévention, soins au sens étroit, et réadaptation - dans le but de retrouver la capacité de participer à la vie active.

5.2.6 Pourquoi deux assurances ?

Le commentaire des différences éveille une question simple: pourquoi deux régimes différents?⁵⁹⁹ A question simple il n'y a jamais de réponse simple, même si l'évolution historique peut fournir une explication⁶⁰⁰. L'enjeu est politique avant tout et l'élargissement du système LAA aux risques et aux personnes couvertes par l'assurance-maladie serait considéré comme un élargissement du système social, ce qui n'est pas très à la mode actuellement. Quelques réflexions devraient pourtant toucher aussi les partisans d'économies à réaliser dans le domaine social: les frais occasionnés par les assureurs et les tribunaux pour la définition de l'accident et de la maladie (cf. 6.3.2.1), par l'établissement de tarifs séparés, la tendance déjà actuelle de faire couvrir un maximum de soins par la LAA.

L'art. 117 Cst. laisse une grande liberté au législateur pour la détermination du contenu et de l'organisation de l'assurance-maladie et de l'assurance-accidents: il ne donne de précisions ni quant aux prestations (soins, incapacité de travail, etc.), ni quant à l'organisation (une loi ou deux, un assureur ou plus⁶⁰¹). Le problème ne se situe donc pas au niveau constitutionnel.

⁵⁹⁸ En 1998, la SUVA a consacré CHF 96 mio à la prévention, cf. Rapport financier de la SUVA 1998, p. 8.

⁵⁹⁹ Question également évoquée notamment par Dominique Sprumont: "Le droit aux soins dans les bouleversements actuels du secteur de la santé", 1999, p. 39.

⁶⁰⁰ Notamment par le rejet de la lex Forrer qui prévoyait un système unique; cf. Alfons Furrer: "Entstehung und Entwicklung der schweizerischen Sozialversicherung"; 1952, pp 59 ss.; Alfred Maurer: "Schweizerisches Sozialversicherungsrecht", 1983, vol. 2, p. 276.

⁶⁰¹ La condition posée par l'art. 34 bis aCst. quant à la prise en considération des caisses-maladie déjà existantes, a été supprimée dans l'art. 117 Cst.

5.3 Les prestations de soins

5.3.1 Prestations prises en charge par la LAMal

5.3.1.1 La réalisation d'un risque assuré

Selon l'article 1 al. 2 de la LAMal, l'assurance-maladie sociale couvre les prestations pour soins en cas de maladie, d'accidents (s'il n'y a pas de prise en charge par la LAA) et de maternité. La notion d'accident étant définie par l'art. 9 OLAA (cf. 5.3.2.1) et par l'art. 2 al. 2 LAMal, celle de maladie a pu être définie de manière négative par rapport à l'accident (art. 2 al.1 LAMal), reprenant ainsi une jurisprudence confirmée⁶⁰², dans le but d'assurer une couverture sans lacunes entre assurance-maladie et accidents⁶⁰³.

La prise en charge des soins par la LAMal est soumise aux conditions suivantes: une atteinte à la santé qui n'entre pas dans la définition de l'accident et qui nécessite une intervention médicale ou un arrêt de travail. Ce dernier élément montre que l'atteinte doit être d'une certaine gravité pour pouvoir être considérée comme une maladie⁶⁰⁴. Par contre, la LAMal ne pose aucune condition quant à l'origine de l'atteinte⁶⁰⁵. Par le biais de la définition négative, la délicate tâche de définir de manière positive la notion de maladie a été évitée par le législateur fédéral⁶⁰⁶. Le Tribunal fédéral a essayé de formuler une définition positive en admettant qu'il y a maladie en présence de troubles causés par des processus pathologiques⁶⁰⁷, soulignant l'importance d'un diagnostic précis⁶⁰⁸, sans pour autant que l'existence de symptômes soit un facteur déterminant⁶⁰⁹, ce qui l'a conduit notamment à admettre, dans ces arrêts, que la séropositivité, le transsexualisme et la stérilité sont des maladies.

⁶⁰² Notamment ATF 102 V 132; 105 V 183.

⁶⁰³ RAMA 1997, p. 291.

⁶⁰⁴ Alfred Maurer: "Das neue Krankenversicherungsrecht", 1996, p. 29 ss.; pour une casuistique détaillée, cf. Gebhard Eugster: "Krankenversicherung", 1998, pp 42 ss.

⁶⁰⁵ RAMA 1999, p. 459.

⁶⁰⁶ Olivier Guillod / Dominique Sprumont: "Le droit à la santé : un droit en pleine émergence", 1996, p. 339.

⁶⁰⁷ ATF 101 V 71; 105 V 180; 119 V 28; 121 V 289; RAMA 1997, p. 291.

⁶⁰⁸ RAMA 2000, p 65; il est vrai que ce cas concernait une opération de changement de sexe et que le Tribunal fédéral insiste sur la sécurité du diagnostic, avant d'entreprendre un acte irréversible.

⁶⁰⁹ ATF 116 V 243 (arrêt VIH).

La question de la définition de la maladie est déterminante lors de la décision de prise en charge d'une prestation, p. ex. lorsqu'il s'agit de déterminer si une psychothérapie effectuée par un médecin est prise en charge ou non (art. 2 al. 2 OPAS). Selon cette disposition, les problèmes de maturation de la personnalité ou de réalisation de soi-même ne sont pas considérés comme relevant de la maladie, c'est-à-dire ne constituent pas une atteinte à la santé d'une certaine gravité.

5.3.1.2 Le principe de liste

La loi contient un "catalogue" sommaire des genres de prestations qui sont prises en charge dans le cadre de l'assurance de base (art. 25 - 31 LAMal). Selon l'article 25 al. 1 LAMal, l'assurance obligatoire prend en charge le coût des prestations servant à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles. Les mesures visant à rendre une maladie plus supportable font partie du traitement au sens large du terme⁶¹⁰, comme c'est d'ailleurs le cas pour la LAA⁶¹¹. Il en va de même pour les mesures préventives, pour autant que la condition de l'existence d'une maladie soit réalisée⁶¹². Les traitements de symptômes, même s'ils n'ont aucune influence sur la guérison de la maladie elle-même, sont également à considérer comme des traitements au sens de la LAMal⁶¹³.

Les prestations prises en charge dans le cadre de la LAMal sont comparables à celles prises en charge par la LAA en matière de traitement médical (art. 10 LAA), à l'exception des soins dentaires qui sont assurés dans le cadre de la LAA, mais ne le sont que de manière très restrictive par la LAMal (art. 17 - 18 OPAS)⁶¹⁴, et des traitements de médecine alternative envers lesquels la LAA est plus réticente que la LAMal.

⁶¹⁰ ATF 119 V 446 (physiothérapie selon Bobath pour un enfant souffrant du syndrome de Down): "...indem zwar nicht das Grundleiden mit therapeutischem Erfolg angegangen werden kann, jedoch dessen Auswirkungen gelindert werden können"; voir aussi Gebhard Eugster : "Krankenversicherung", 1998, p. 55; Alfred Maurer : "Das neue Krankenversicherungsrecht", 1996, p. 45.

⁶¹¹ Alfred Maurer : "Schweizerisches Unfallversicherungsrecht", 1989, p. 278.

⁶¹² ATF 118 V 117 (arrêt méthadone), ATF 121 V 216.

⁶¹³ Développé dans un arrêt concernant l'insémination artificielle, ATF 121 V 288.

⁶¹⁴ Voir par exemple ATF 125 V 278.

Pour plus de détails quant aux prestations elles-mêmes, il faudra s'assurer, en vertu du "principe de liste"⁶¹⁵ qu'elles ne figurent pas dans la liste négative ou semi-positive de l'Ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS), qui elle-même est étroitement liée aux conditions posées par l'art. 32 LAMal (cf. 6.3.1.3). La procédure de détermination des prestations prises en charge est indiquée dans le manuel de standardisation pour l'évaluation médicale et économique des prestations médicales de l'OFAS; il prévoit notamment les deux règles suivantes⁶¹⁶ :

- Les traitements dont l'efficacité et la scientificité sont reconnues autant par la FMH que par les assureurs sont pris en charge, mais il n'y a aucune trace accessible de ces décisions.
- Si la FMH ou les assureurs contestent soit la scientificité, soit l'efficacité d'un traitement ou d'un moyen diagnostique, c'est le DFI⁶¹⁷, conseillé par la Commission fédérale des prestations générales, qui prend la décision⁶¹⁸. Ces décisions se retrouvent dans le catalogue de l'OPAS.

Selon l'art. 33 al. 1 LAMal, les traitements qui ne figurent pas dans la liste (OPAS) sont pris en charge (liste négative). Par contre, la liste annexée à l'OPAS mentionne aussi des traitements pris en charge sans condition (p.ex. transfusion sanguine individuelle sous 1.1. Chirurgie, généralités), ce qui laisserait penser à une liste positive, ainsi que les traitements pris en charge sous certaines conditions (p.ex. traitement chirurgical de l'obésité), ce qui constituerait une liste semi-positive. Le Tribunal fédéral relève le caractère hybride de la liste contenue dans l'annexe 1 OPAS, en précisant qu'avec l'introduction d'une liste positive dans la liste négative, il y a apparemment contradiction avec l'art. 33 al. 1 LAMal, mais la critique s'arrête là⁶¹⁹.

Le fait d'avoir opté pour une liste négative et d'y avoir de surcroît ajouté des éléments de liste positive ou semi-positive laisse subsister une incertitude

⁶¹⁵ ATF 125 V 29.

⁶¹⁶ Détails et critiques, cf. Ariane Ayer / Béatrice Despland / Dominique Sprumont: "Analyse des effets juridiques de la LAMal: Catalogue des prestations et procédures", 2000, pp 9 ss.

⁶¹⁷ Département fédéral de l'Intérieur.

⁶¹⁸ En ce moment, la Commission des prestations réexamine l'annexe 1 de l'OPAS, entre autres la question de la FIVETE; voir ATF 125 V 29.

⁶¹⁹ ATF 125 V 29.

quant à la reconnaissance des prestations. La difficulté ne fait qu'augmenter lorsque l'on constate que l'arrêt du Tribunal fédéral rendu en ce domaine concernait justement un traitement clairement refusé dans l'annexe 1 OPAS (la FIVETE) et ceci peu de temps après la révision de cette liste! Bien entendu, le Tribunal fédéral a rejeté la demande fondée sur l'art. 32 LAMal, donnant la priorité au principe de la liste. Il a dès lors confirmé ce qui devrait être une évidence: un traitement figurant clairement sur la liste négative ne peut être repêché par le biais de l'art 32 LAMal⁶²⁰. Dans un arrêt ultérieur, il précise qu'un traitement se trouve sur la liste négative précisément parce qu'il ne correspond pas aux conditions de l'art. 32 LAMal⁶²¹. En résumé, il semble actuellement, à l'exception de l'arrêt relatif à l'IRM du genou⁶²², qu'une prestation clairement refusée dans l'OPAS ne peut être repêchée par le biais de l'art. 32 LAMal, mais qu'une prestation non inscrite, donc *a priori* acceptée, doit encore passer le crible de l'art. 32 LAMal et peut se voir refusée ou assortie de conditions⁶²³.

Ces considérations révèlent l'absence de transparence quant aux prestations prises en charge⁶²⁴ ainsi que le caractère trop global des critères de prise en charge⁶²⁵. Une *liste positive* représenterait certainement la meilleure réponse à ces deux problèmes, mais elle nécessiterait une modification de la base légale (art. 33 al. 1 LAMal). La difficulté pourrait toutefois consister en un certain manque de flexibilité, notamment si l'évolution de l'efficacité d'un traitement reconnu dans la liste diminuait avec le temps. On pourrait certainement y remédier en prévoyant une mise à jour régulière et publiée. Il faut rappeler qu'un tel contrôle périodique est déjà prévu à l'article 32 al. 2 LAMal.

⁶²⁰ ATF 125 V 29, arrêt analysé plus en détails sous 5.6.2.1.

⁶²¹ RAMA 2000, p. 283.

⁶²² RAMA 1999, pp 498 ss.

⁶²³ RAMA 2000, pp 64 - 65: pour l'opération de changement de sexe, dans les cas de diagnostic reconnu, les conditions cumulatives de prise en charge des frais sont: âge minimum 25 ans, période d'observation de deux ans, après pose du diagnostic; RAMA 2000, p. 285

⁶²⁴ Critiqué par le Tribunal fédéral dans ATF 123 V 65: "Zufolge fehlender Positivlisten im Bereich der ärztlichen Leistungen vermag indes die Praxis der Krankenversicherung gerade in zweifelhaften Fällen kaum verlässliche Hilfe zu bieten".

⁶²⁵ Un essai de présentation de critères pour l'inclusion de prestations dans le paquet de base LAMal a été fait par Gianfranco Domenighetti: "Définir des priorités sanitaires et rationnement - L'opinion des Suisses, des Administrateurs hospitaliers et des Départements sanitaires des cantons", 2000, p. 7.

5.3.1.3 L'art. 32 LAMal

L'art. 32 LAMal dispose que toutes les prestations citées dans les art. 24 – 31 LAMal doivent être efficaces, appropriées et économiques, pour être prises en charge dans le cadre de l'assurance obligatoire. Les trois conditions sont cumulatives.

Ces termes sont définis de la manière suivante par l'OFAS⁶²⁶ :

- *Efficacité* : elle exprime la valeur clinique d'une mesure médicale. L'efficacité clinique d'une prestation médicale indique dans quelle mesure celle-ci atteint l'objectif visé dans des conditions données de la pratique clinique;
- *Adéquation* (caractère approprié): évaluation comparative de l'utilité médicale d'une mesure pour le patient avec les risques qui y sont liés (évaluation des besoins);
- *Caractère économique* : évaluation comparative de la dépense occasionnée par la prestation et de la valeur des résultats.

En pratique, il s'agit de mettre en balance les éléments suivants

- La mesure et ses effets diagnostiques ou thérapeutiques sur une affection déterminée (efficacité);
- Le traitement et la situation particulière d'un patient déterminé (caractère approprié);
- Le traitement et les coûts qu'il occasionne (économité).

Chaque élément sera étudié plus en détails sous 5.4 et nous verrons que les trois conditions sont interdépendantes dans une certaine mesure.

L'art. 32 LAMal est une sorte de soupape que le législateur a introduite, pour tenir compte du contexte économique en matière de soins. Le but est de n'assurer que ce qui est reconnu comme étant efficace par la science médicale, de mieux évaluer les besoins réels en soins du patient et de donner

⁶²⁶

OFAS : " Manuel de standardisation pour l'évaluation médicale et économique des prestations médicales", édition 1998.

un signal à tous les intervenants pour que les coûts soient un facteur réellement pris en considération.

L'évaluation prévue à l'art. 32 LAMal sera effectuée aussi bien au moment de la reconnaissance d'une prestation (contrôle abstrait, inclusion ou non inclusion dans la liste) qu'au moment de son attribution au patient⁶²⁷. L'évaluation en vue de la reconnaissance abstraite d'une prestation est effectuée de fait par la Commission des prestations, en dialogue avec les milieux intéressés; elle est reprise périodiquement (art. 32 al. 2 LAMal), afin d'en assurer l'actualité. La Commission des prestations comprend des représentants des différents milieux intéressés, y compris les assurés (art. 37d al.2 lit e OAMal). L'évaluation au moment de l'attribution d'une prestation est faite par le médecin, en dialogue avec le patient et elle est sujette au contrôle de l'assureur.

5.3.1.4 Le choix du traitement

Dans le cadre de la LAMal, l'assuré a le libre choix du fournisseur de prestations, pour autant que celui-ci soit habilité à pratiquer dans le cadre de l'assurance obligatoire. La LAMal ne connaît aucune disposition quant au choix du traitement, comparable à l'art. 48 LAA, prescrivant que l'assureur a la direction du traitement. A notre connaissance, il n'y a pas de jurisprudence relative à une obligation de suivre un traitement, rendue dans le cadre de l'assurance de base des soins en cas de maladie, c'est-à-dire indépendamment de la capacité de travailler. Dans le cadre de l'assurance des indemnités journalières, plusieurs décisions ont été rendues sous l'ancien droit. Dans l'intérêt d'un recouvrement rapide de la capacité de travail, l'assuré peut être contraint, à certaines conditions, de suivre un traitement, en vertu de l'obligation de diminuer le dommage. Ces décisions seront examinées de manière plus détaillée sous 5.3.2.5.

Il faut donc partir de l'idée qu'aucun traitement ne peut être imposé au patient et que le choix du traitement, dans le cadre des dispositions relatives à l'assurance obligatoire pour les soins, lui appartient. Une limitation de ce droit nécessiterait à notre sens une base légale. Elle pourrait éventuellement

⁶²⁷

Avis contraire: Gebhard Eugster: "Krankenversicherung", 1998, p. 91: l'évaluation selon l'art. 32 LAMal se fait seulement dans l'abstrait. Nous pensons que cette position ne peut être défendue que pour la condition de l'efficacité, cf. 5.4.

être fondée sur l'obligation de diminuer le dommage (cf. explications sous 5.6.4.1).

5.3.2 Prestations prises en charge par la LAA

5.3.2.1 La réalisation du risque assuré

En vertu de son art. 6, la LAA couvre les accidents professionnels, les accidents non professionnels⁶²⁸, les lésions assimilées à des accidents (art. 9 al. 2 OLAA), ainsi que les maladies professionnelles (art. 9 LAA).

L'accident est défini par l'art. 9 OLAA⁶²⁹, quatre conditions sont nécessaires pour qu'un événement soit qualifié d'accident⁶³⁰:

- Atteinte à la santé (physique ou psychique);
- Caractère involontaire⁶³¹;
- Facteur extérieur extraordinaire;
- Lien de causalité naturelle entre le facteur extérieur extraordinaire et l'atteinte à la santé et de causalité adéquate entre l'accident et le dommage⁶³².

Au premier abord, la définition est très claire, mais la très abondante jurisprudence rendue en la matière montre que la question n'est pas si aisée. Il faut se rappeler que la LAA prévoit une palette de prestations beaucoup plus large et que l'assuré a généralement intérêt à ce que l'événement soit pris en charge sous le régime de la LAA, plutôt que sous celui de la LAMal. De nombreuses décisions concernent des cas-limites, notamment dans les domaines suivants:

628 A l'exception de certains employés à temps partiel (art. 13 OLAA).

629 "Par accident on entend toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire".

630 Explications détaillées dans Alfred Maurer: "Schweizerisches Unfallversicherungsrecht", 1989, pp 164 ss.

631 Dès qu'il y a intention de porter atteinte à sa propre santé, ou de se tuer, il n'y a plus d'accident.

632 Plus de détails dans J.-M. Frésard: "L'assurance-accidents obligatoire", 1998, p. 15.

- Dommages de mastication, notamment en rapport avec l'existence d'un facteur externe extraordinaire⁶³³ (il faut se rappeler que les soins dentaires ne sont pris en charge qu'à des conditions très restrictives dans le cadre de la LAMal, alors que la prise en charge est complète sous la LAA, dès le moment où un accident a été reconnu);
- Coup du lapin, notamment en rapport avec le lien de causalité⁶³⁴, mais aussi sur le plan médical⁶³⁵;
- Atteintes à la santé psychique, notamment en rapport avec le lien de causalité⁶³⁶.

La liste d'exemples, qui pourrait encore être allongée, illustre les problèmes évoqués plus haut en rapport avec l'opportunité d'un système à deux assurances sociales, car une quantité de ressources sont investies dans la définition de l'accident par rapport à la maladie par les assureurs et les tribunaux. En une période où le mot efficacité est sur toutes les lèvres, ceci devrait nous amener à revoir l'opportunité de ce système.

La LAA couvre également les maladies professionnelles. Les conditions de prise en charge étant très restrictives (cf. art. 9 LAA) surtout pour les maladies ne figurant pas sur la liste dressée dans l'annexe 1 de l'OLAA⁶³⁷, les maladies liées au stress ou à de mauvaises positions de travail sont la plupart du temps exclues du champ d'application. Ceci pose problème, car des maladies liées au travail viennent grever le budget de l'assurance-maladie, avec la conséquence que les employeurs ne contribuent pas aux primes.

⁶³³ Par exemple 112 V 201 (noyau de cerise); voir aussi Turtè Baer: "Die Zahnschädigung als Unfall in der Sozialversicherung", SJZ 1992, pp 321 ss.

⁶³⁴ Par exemple RAMA 2000, p. 327, RAMA 2000, pp 29 ss.; ATF 119 V 335; 117 V 359; voir aussi Rolf P. Steingger: "Das EVG auf Schleuderkurs?", SJZ 1991, pp 385 ss.

⁶³⁵ M. Geiser: " "Schleudertrauma" - ein verwirrendes Schlagwort", Journal Suisse de Médecine 1993, pp 630 - 636.

⁶³⁶ Par exemple: RAMA 2000, pp 86 ss.; ATF 115 V 399; 115 V 403; 115 V 413; RAMA 1993 pp 92 ss.; voir aussi Roland Schaer: "Schockschäden und psychische Ueberlagerungen", Courrier des assurances 1992, pp 177 ss.

⁶³⁷ L'assuré doit alors prouver que ces maladies ont été causées de manière exclusive ou nettement prépondérante par l'activité professionnelle. Selon une jurisprudence constante, cela correspond à un facteur d'au moins 75%, cf. notamment ATF 126 V 186 (épicondylite).

5.3.2.2 Liste des maladies professionnelles

L'art. 10 al. 1 LAA dresse une liste générale des soins pris en charge dans le cadre de la LAA, un peu à l'image des art. 25 - 31 LAMal, mais de manière moins détaillée. L'art. 10 al. 3 LAA donne la compétence au Conseil fédéral d'édicter une ordonnance concernant les prestations en général, mais en ce qui concerne les prestations pour les accidents, de telles dispositions n'ont jamais vu le jour. Le Tribunal fédéral explique cela par le système de prestations en nature qui régit la LAA⁶³⁸.

Par contre, l'annexe 1 de l'OLAA dresse une liste des maladies professionnelles prises en charge dans le cadre de la LAA, ainsi que des substances pouvant provoquer une maladie professionnelle. Cette liste n'est pas exhaustive; elle ne sert qu'à faciliter la preuve à l'assuré, puisque la clause générale de l'art. 9 al. 1 LAA s'applique alors⁶³⁹.

5.3.2.3 Droit à un traitement approprié

L'art. 10 LAA accorde une véritable préention à un traitement approprié pour les suites d'un accident assuré dont le but est que le patient puisse se rétablir le plus rapidement et le plus complètement possible⁶⁴⁰ et puisse être réintégré dans le processus de travail⁶⁴¹. Pour qu'un traitement soit approprié, il faut qu'il remplisse les conditions suivantes:

- Les prestations de soins doivent se limiter à ce qui est exigé par le but du traitement (caractère économique selon art. 54 LAA);
- Les soins sont scientifiquement reconnus (cette condition n'est pas explicitement fixée par la loi, mais elle relève de l'évidence⁶⁴²);
- Une amélioration doit pouvoir être attendue avec un degré de vraisemblance suffisant. C'est une condition de base, car les prestations

⁶³⁸ ATF 123 V 64.

⁶³⁹ L'assuré doit alors prouver que la maladie professionnelle est due de manière prépondérante à l'activité professionnelle, ce qui correspond à un facteur d'au minimum 50%, cf. 126 V 186.

⁶⁴⁰ Alfred Maurer: "Schweizerisches Unfallversicherungsrecht", 1989, p. 274.

⁶⁴¹ Thomas A. Bühmann: "Die rechtliche Stellung der Medizinalpersonen im Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981", 1985, p. 76.

⁶⁴² ATF 123 V 59; Maurer Alfred: "Schweizerisches Unfallversicherungsrecht", 1989, p. 290.

pour soins de la LAA s'arrêtent lorsque l'état de santé du patient est stabilisé⁶⁴³, ce qui est souvent le cas lorsqu'une décision de rente a été prise⁶⁴⁴.

Alors que l'art. 32 LAMal évoque à la fois les conditions de l'efficacité et du caractère approprié, l'art. 10 LAA ne cite que le dernier. A notre avis, ceci est dû à deux raisons:

- La notion d'efficacité (traitement par rapport à l'affection) est contenue dans une certaine mesure dans celle du caractère approprié (traitement par rapport à un patient déterminé, souffrant d'une affection déterminée);
- La LAA ne connaît pas de liste comparable à l'OPAS et à son annexe; il s'agit alors moins de déterminer l'efficacité d'un traitement de manière abstraite que d'en examiner l'utilisation dans le cas concret.

L'art. 10 LAA contient une obligation pour le médecin de ne pas appliquer de traitement non approprié. La question de savoir s'il contient également une obligation d'appliquer un traitement approprié dans le cas concret rejoint la problématique du droit aux soins en général⁶⁴⁵.

5.3.2.4 L'art. 54 LAA

Là où la version française parle de "limites de traitement", la version allemande de l'art. 54 LAA est plus explicite, puisqu'elle a pour titre: *Wirtschaftlichkeit der Behandlung*. Selon cette disposition, les mesures qui n'ont pas pour but l'intérêt de l'assuré et celles qui dépassent la mesure du raisonnable en regard du but thérapeutique recherché sont considérées comme non économiques⁶⁴⁶. Selon Maurer, cette disposition sert à protéger la communauté des payeurs de primes, sans pour autant limiter de manière excessive l'action du médecin, ni empêcher le rétablissement rapide du

⁶⁴³ Alfred Maurer: "Schweizerisches Unfallversicherungsrecht", 1989, p. 274.

⁶⁴⁴ Mais pas toujours, cf. ATF 124 V 5, basé sur l'art. 21 al. 1 lit. d LAA.

⁶⁴⁵ Une telle obligation existe selon Thomas A. Böhmann: "Die rechtliche Stellung der Medizinalpersonen im Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981", 1985, pp 77, 80.

⁶⁴⁶ ATF 109 V 43.

patient⁶⁴⁷. Il s'agit surtout de juger de ce qui peut raisonnablement être mis à charge d'une assurance sociale⁶⁴⁸.

Comme pour la LAMal, ce critère n'entre en ligne de compte que lorsque plusieurs traitements permettent d'arriver à un résultat à peu près équivalent⁶⁴⁹. Il n'est en principe pas question de mesurer le coût d'une thérapie par rapport au succès thérapeutique espéré. Malgré tout, comme pour l'assurance-maladie, le Tribunal fédéral laisse une petite porte ouverte par le biais du principe de la proportionnalité qui pourrait conduire à une telle comparaison, mais seulement lorsqu'il y a disproportion flagrante (*grobes Missverhältnis*) entre le traitement et ses effets. En résumé, l'assureur doit aussi prendre en charge des mesures coûteuses s'il n'y a pas d'alternative ou pas de mesure plus économique, pour autant que cela puisse être justifié en vertu du principe de la proportionnalité, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas de disproportion flagrante entre le traitement et ses effets⁶⁵⁰.

L'art. 54 LAA ne mentionne pas l'intérêt de l'assuré, mais celui-ci est pris en compte par la jurisprudence⁶⁵¹. La disposition s'adresse non seulement à tous les fournisseurs de soins, mais encore aux assurés, qui n'ont pas de droit à un traitement non économique⁶⁵². En ce qui concerne les fournisseurs de soins, la disposition vise également à éviter la polypragmasie. Les méthodes de contrôle pour éviter la polypragmasie sont les mêmes que dans le cadre de la LAMal: méthode analytique et méthode statistique (cf. 5.4.4.4)⁶⁵³.

5.3.2.5 Le choix du traitement

Si l'assuré a le libre choix du fournisseur de prestations (art. 10 al. 2 LAA), l'assureur a un pouvoir de direction du traitement (art. 48 LAA); il en a la

⁶⁴⁷ Alfred Maurer: "Schweizerisches Unfallversicherungsrecht", 1989, p. 292.

⁶⁴⁸ Alfred Maurer: "Bundessozialversicherungsrecht", 1994, p. 13: "Die Sozialversicherung ist auf die Versicherung gegen soziale Risiken zu begrenzen".

⁶⁴⁹ Erwin Murer / Hans Ulrich Stauffer (éd.): "Bundesgesetz über die Unfallversicherung", 1991, p. 191.

⁶⁵⁰ ATF 109 V 44 (rendu pour art. 23 LAMA); 107 V 87 (rendu en matière d'assurance invalidité).

⁶⁵¹ Voir notamment ATF 109 V 43.

⁶⁵² ATF 108 V 32.

⁶⁵³ Cette dernière a notamment été reconnue dans ATF 103 V 154 ss. Voir aussi ATF 110 V 194.

responsabilité finale⁶⁵⁴, même si le médecin reste responsable pour une exécution conforme aux règles de l'art⁶⁵⁵. La conséquence logique de ce droit d'instruction est que le médecin a l'obligation d'informer l'assureur du diagnostic qu'il a posé et du traitement qu'il propose (sauf pour les "petits traitements") et de suivre les instructions de l'assureur. L'assuré n'a pas le droit de commencer un traitement sans cet accord, exception faite des urgences⁶⁵⁶.

Une question délicate est celle de savoir si l'assureur peut, sur la base de l'obligation générale de diminuer le dommage, ordonner une opération alors que l'assuré la refuse ou encore refuser des prestations (p. ex.: indemnités journalières) lorsque le patient refuse un traitement⁶⁵⁷. Reprenant les critères de Maurer, le Tribunal fédéral reconnaît un tel droit à l'assureur (autant maladie qu'accident) lorsque les critères suivants sont respectés⁶⁵⁸:

- L'intervention n'offre pas de difficultés;
- Elle ne présente pas un danger pour la vie;
- La guérison totale ou une amélioration importante peuvent être espérées (ce qui a pour effet un accroissement de la capacité de gain);
- L'intervention ne provoque pas de souffrances excessives.

Ces critères ont été dégagés sous l'empire de la LAMA, mais il est généralement admis qu'ils sont également applicables dans le cadre de l'art. 48 LAA⁶⁵⁹.

⁶⁵⁴ André Ghélew / Olivier Ramelet / Jean-Baptiste Ritter: "Commentaire de la loi sur l'assurance-accidents", 1992, p. 178.

⁶⁵⁵ Alfred Maurer: "Schweizerisches Unfallversicherungsrecht", 1989, p. 298.

⁶⁵⁶ Erwin Murer / Hans Ulrich Stauffer (Hrsgb.): "Bundesgesetz über die Unfallversicherung", 1991, p. 57.

⁶⁵⁷ RAMA 1989, p. 146 (exostose à un pied).

⁶⁵⁸ Notamment ATF 105 V 179 (prothèse de la valve aortique).

⁶⁵⁹ Alfred Maurer: "Schweizerisches Unfallversicherungsrecht", 1989, pp 303 - 304; Erwin Murer / Hans Ulrich Stauffer (éd.): "Bundesgesetz über die Unfallversicherung", 1991, p. 57.

5.4 Contrôle des coûts sur le plan microscopique

5.4.1 LAA et LAMal: mêmes mesures?

Par contrôle des coûts au niveau microscopique, il faut entendre tout ce qui touche à la situation individuelle concrète et par conséquent aux prestations. Certaines conditions relatives aux prestations, notamment celle de l'efficacité posée par l'art. 32 LAMal ne concernent pas directement la situation individuelle, mais une appréciation dans l'abstrait. Par souci de cohérence, nous avons choisi malgré tout d'en traiter dans ce chapitre.

Dans le chapitre précédent, nous avons constaté que les dispositions déterminantes en la matière (art. 32 et 56 LAMal et art. 10 et 54 LAA), même formulées différemment, se ressemblent. Plusieurs parallèles ont déjà été évoqués. L'analyse qui suit est axée en principe sur la LAMal, mais les considérations émises peuvent être reprises en grande partie pour la LAA.

5.4.2 Efficacité

5.4.2.1 Explication du terme

Le critère de reconnaissance scientifique tel que prévu à l'époque par la LAMA, jugé dépassé, a été remplacé par celui de l'efficacité⁶⁶⁰, qui est un des trois critères mentionnés à l'art. 32 de la LAMal. Cette modification est due principalement à la prise en compte des médecines complémentaires. En ce qui concerne la médecine classique, le critère de l'efficacité correspond toujours à celui de la reconnaissance scientifique de l'ancienne LAMA⁶⁶¹. Un traitement de médecine classique doit être propre à atteindre le but thérapeutique ou diagnostique selon une grande partie de la communauté scientifique (*auf breiter Basis*). Il ne s'agit donc pas d'une appréciation dans le cas concret, mais d'une appréciation générale faite pour les affections d'un type donné⁶⁶².

Afin de pouvoir juger de la probabilité de l'action utile d'une mesure médicale, de longues recherches doivent être faites, souvent d'abord en laboratoire, puis finalement avec l'être humain. Cette activité de recherche,

⁶⁶⁰ Message Révision de la LAMAL du 6.11.1991, FF 1992 I p. 140.

⁶⁶¹ RAMA 2000, p. 281; ATF 125 V 28.

⁶⁶² RAMA 2000, p. 282.

même avec une personne malade, est financée essentiellement par l'industrie et les collectivités publiques. Ne s'agissant pas d'un traitement au sens propre du terme, la recherche thérapeutique n'est en principe pas prise en charge par l'assurance-maladie, exception faite lorsqu'une nouvelle prestation est en cours d'évaluation (article 33 al. 3 LAMal); dans ce cas elle sera, en principe, mentionnée dans l'annexe I de l'OPAS et assortie de conditions pour la prise en charge (liste semi-positive).

La LAMal pose le principe selon lequel, pour qu'une nouvelle technologie soit admise dans l'assurance obligatoire, son efficacité clinique doit être démontrée, en rapport avec l'état des connaissances médicales générales, l'état de la pratique clinique en Suisse et les expériences personnelles du demandeur. De plus en plus et à un niveau dépassant largement nos frontières, le monde médical s'achemine vers une certaine compilation de cet état de connaissances par le biais de l'*evidence-based medicine* (ci-après: EBM; appelée parfois médecine factuelle) et une systématisation de la pratique thérapeutique par le biais des *guidelines*.

5.4.2 *Evidence based medicine (EBM)*

L'EBM est un courant culturel, né dans le contexte anglo-canadien, visant à la meilleure évaluation possible des traitements, afin de faciliter le choix, autant pour le médecin que pour le patient⁶⁶³. Selon un des fondateurs de ce courant, il s'agirait du: "conscientious, explicit and judicious use of current best evidence"⁶⁶⁴. Le but de l'EBM est de mettre à disposition du médecin la meilleure "vérité scientifique du moment", afin de diminuer le degré d'incertitude professionnelle et de promouvoir la prescription de prestations effectivement adéquates⁶⁶⁵. Cette méthode présuppose des questions clairement formulées et une évaluation des informations obtenues⁶⁶⁶.

⁶⁶³ Kerridge Ian, Lowe Michael, Henry David: "Ethics and evidence based medicine", BMJ 1998, p. 1151.

⁶⁶⁴ Sackett D.L., Rosenberg W.M.C., Gray J.A.M., Haines R.B., Richardson W.S.: "Evidence based medicine: what it is and what it isn't", BMJ 1996; 312: pp 71-72.

⁶⁶⁵ Domenighetti Gianfranco: "Equité, priorités sanitaires et société civile", 1998, p. 145.

⁶⁶⁶ Bernard Burnand: "Les recommandations pour la pratique clinique (guidelines)", 1999, pp 10 ss.

L'EBM se base notamment sur les tests randomisés (à l'aveugle). Une des critiques qui est formulée est que l'EBM fournit une réponse à caractère général, ne tenant pas compte de la situation individuelle à laquelle le médecin doit faire face⁶⁶⁷. L'idée de Domenighetti de l'employer non pas comme seul remède, mais comme une seconde opinion pourrait être développée dans ce sens⁶⁶⁸. Toujours selon ce même auteur, il ne serait pas juste de considérer l'EBM comme réponse quasi-divine (credo) à tout, mais il faudrait également tenir compte d'autres critères, p. ex. l'éthique et l'utilité individuelle⁶⁶⁹.

L'EBM présente des difficultés d'application dans certains domaines de la médecine; par exemple, elle n'est pas un instrument forcément adapté en psychiatrie. Dans ce domaine où l'incertitude atteint ses sommets et où le diagnostic (DSM IV) résulte simplement d'un consensus entre experts⁶⁷⁰, la preuve et l'efficacité sont des termes qui risquent de cacher un grand vide et ceci au détriment du patient⁶⁷¹. L'EBM présente également des difficultés en rapport avec les médecines alternatives, ce qui est notamment dû au fait que le nombre d'études contrôlées est faible⁶⁷².

S'il semblait judicieux de mentionner l'EBM ici, c'est parce qu'elle représente une méthode d'évaluation de l'efficacité clinique reconnue,

667 Mant David : "Can randomised trials inform clinical decisions about individual patients ?", *The Lancet* 1999, pp 743 - 746.

668 Conférence donnée par Gianfranco Domenighetti à la Société suisse d'éthique biomédicale, le 3 septembre 1999 à Lugano.

669 Gianfranco Domenighetti: "Équité, priorités sanitaires et société civile", 1998, p. 145.

670 François Ferrero: "Les droits des patients en psychiatrie: point de vue du psychiatre", 1997, p. 5.

671 "La pratique psychiatrique contemporaine s'appuie de plus en plus sur l'analyse scientifique des résultats observés avec différents traitements. Cette approche que l'on dénomme "evidence based psychiatry" tend à rejeter tout ce qui ne correspond pas à la définition d'une pratique "scientifique", c'est-à-dire d'une pratique qu'on peut à la fois répliquer et vérifier. Le danger de cette approche, qui prend son essor aux Etats-Unis et s'implante progressivement chez nous, réside dans le fait que l'on insiste de plus en plus sur la seule dimension symptomatique. Une telle pratique appliquée à la psychiatrie, calquée sur une approche trop exclusivement médicale, ne valorise plus la notion de soins à un individu dont la souffrance est inextricablement liée à une réalité psychique et contextuelle unique." François Ferrero: "Les droits des patients en psychiatrie: point de vue du psychiatre", 1997, pp 4-5.

672 Jean Dudler: "Evidence-based medicine-homéopathie et rhumatologie". *Médecine & Hygiène* 2000, pp 657 ss.

encouragée par la FMH⁶⁷³. L'EBM se situe donc dans la ligne de mire de l'art. 32 LAMal en ce qui concerne le critère de l'efficacité.

5.4.2.3 *Guidelines*

Point de rencontre entre médecins et juristes⁶⁷⁴, alors qu'elles sont élaborées par les médecins seuls (généralement les sociétés de spécialistes), les recommandations de pratique clinique permettent de fixer une ligne de conduite thérapeutique générale et abstraite; elles représentent une aide constamment mise à jour dans la recherche des soins les plus appropriés⁶⁷⁵. Le lien avec l'EBM est évident, puisque les guidelines sont basées sur les preuves scientifiques d'efficacité⁶⁷⁶. Par contre, elles sont également en lien avec l'évaluation du caractère approprié d'un soin dans le cas individuel, puisque cet outil est précisément destiné à la prise de décision dans le cas concret. Elles poursuivent deux buts principaux: une sorte de "codification" des règles de l'art et un outil de contrôle des coûts⁶⁷⁷.

Les recommandations de pratique clinique ne sont mentionnées ni dans l'OPAS, ni dans le Manuel de standardisation de l'OFAS. Pourtant leur introduction de fait a commencé en Suisse; la FMH a édicté une directive pour l'élaboration des guides de pratique clinique, dans le but d'assurer une qualité élevée de ces documents ainsi qu'une certaine unification⁶⁷⁸. Pour l'instant, les guidelines n'ont aucun caractère obligatoire et l'art. 32 LAMal ne nous semble pas être une base légale suffisante pour en imposer un usage généralisé à titre de condition d'octroi des prestations. Comme le courant de l'EBM, elles sont une aide à l'interprétation de la condition de l'efficacité. Le

⁶⁷³ Déléberations du Comité central de la FMH, BMS 1997, p. 248.

⁶⁷⁴ Olivier Guillo: "Préface", in: "Les recommandations de pratique clinique", Cahiers IDS no 7, Neuchâtel 1999, p. 4.

⁶⁷⁵ La FMH les définit comme "des outils d'aide à la décision élaborés et développés de manière systématique par des médecins dans les domaines du diagnostic, du traitement, de la prévention et des techniques médicales", FMH: "Directive pour les guides de pratique médicale", BMS 1999, pp 831-833

⁶⁷⁶ FMH: "Directive pour les guides de pratique médicale" 3.2., BMS 1999, pp 831-833; pour plus de détails, voir Bernard Burnand: "Les recommandations pour la pratique clinique (guidelines)", 1999, pp 7 ss.

⁶⁷⁷ Jean-François Dumoulin: "L'impact des medical guidelines sur la responsabilité civile du médecin", 1999, p. 48.

⁶⁷⁸ BMS 1999, pp 831-833; "Recommandations concernant la directive pour les guides de pratique médicale", BMS 2000, p. 83.

recul manque encore en Suisse, pour savoir si les guidelines joueront un rôle dans les cas de responsabilité civile, notamment pour la détermination de ce qu'on entend par les règles de l'art, à l'image de ce qui se passe aux Pays-Bas et au Royaume-Uni (cf. chap. 6-7).

5.4.2.4 EBM et guidelines: conditions à la notion d'efficacité?

Les deux éléments représentent des outils de décision et non la décision elle-même. Le danger serait de provoquer une confusion entre l'outil et la décision, juste pour transformer l'incertitude inhérente à la science médicale en certitude apparente. A ce titre, il est bon de rappeler que la médecine factuelle a été développée dans le but de faire profiter le patient des développements de la science médicale⁶⁷⁹.

Le danger serait de ne considérer un traitement comme étant efficace, donc pris en charge par l'assurance sociale, que s'il est conforme à ce qui devrait être un outil et non une directive. Ce danger serait encore renforcé si les règles de l'art en venaient à être définies en fonction de l'EBM et des guidelines. Par contre, il est probable que les deux éléments faciliteront grandement la "preuve" de l'efficacité.

Une étude d'opinion montre que 58% de la population se déclare favorable à garantir à tous exclusivement les soins coûteux dont l'efficacité a été scientifiquement démontrée (EBM)⁶⁸⁰. Il faut partir de l'idée que l'évolution se fera probablement en direction de l'EBM⁶⁸¹. Cela nous mènera-t-il vraiment aux soins de la personne préconisés plus haut?

5.4.3 Caractère approprié des prestations

Cette notion étant parfois mal délimitée par rapport aux autres conditions posées par l'art 32 LAMal, il est bon d'en rappeler la définition: ce qui est

⁶⁷⁹ Bernard Burnand / Jean-Pierre Boissel: "Enseignement de la médecine factuelle: introduction", *Médecine & Hygiène* 2000, p. 689.

⁶⁸⁰ Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, p. 26.

⁶⁸¹ Gianfranco Domenighetti: "Equité, priorités sanitaires et société civile", 1999, p. 145.

approprié est ce qui est médicalement utile pour le patient⁶⁸². Ce sont donc les critères médicaux qui déterminent si une prestation de soins est appropriée ou non. L'appréciation du caractère approprié d'un soin présuppose que la condition de l'efficacité est remplie⁶⁸³. Le Tribunal fédéral l'a confirmé dans un arrêt traitant de l'opportunité ou non d'effectuer une revascularisation du myocarde et le remplacement de la valve aortique⁶⁸⁴. En l'occurrence, la patiente, âgée de 81 ans, souffrait d'une fonction ventriculaire gauche gravement limitée, qui présentait une importante contre-indication à toute chirurgie cardiaque. La patiente est d'ailleurs décédée 4 jours après l'opération.

Selon le Tribunal fédéral, le caractère approprié d'une mesure est donné lorsque l'indication médicale est clairement établie⁶⁸⁵. L'indication médicale suppose un diagnostic précis et une pesée d'intérêts entre les bénéfices d'un traitement, les contre-indications et les effets secondaires. Par conséquent, s'il y a une contre-indication importante, la prestation ne sera pas considérée comme étant appropriée au sens de l'art. 32 LAMal et elle ne sera pas prise en charge par l'assurance de base⁶⁸⁶.

A la fin de l'arrêt relatif à la patiente souffrant d'une insuffisance cardiaque, le Tribunal fédéral précise encore qu'une prestation qui n'est pas appropriée n'est pas non plus économique⁶⁸⁷. Là encore, la jurisprudence indique que la délimitation entre les trois conditions n'est pas aussi claire que l'art. 32 LAMal ne le laisse supposer.

⁶⁸² Plus haut, nous avons déjà évoqué l'avis contraire de Gebhard Eugster : "Krankenversicherung", 1998, p. 91, selon lequel l'évaluation selon l'art. 32 LAMal se fait seulement dans l'abstrait.

⁶⁸³ RAMA 2000, p. 282.

⁶⁸⁴ RAMA 1999, pp 182-187; cet arrêt montre également que le caractère approprié, c'est-à-dire l'indication médicale, est relatif à la situation individuelle, cf. p. 186.

⁶⁸⁵ ATF 119 V 446, confirmé par ATF 121 V 300 et 125 V 99; RAMA 1999, p. 186; RAMA 2000, p. 8 et RAMA 2000, p. 282.

⁶⁸⁶ ATF 119 V 446; RAMA 1999, p. 187; RAMA 2000, p. 282.

⁶⁸⁷ RAMA 1999, p. 187.

5.4.4 Caractère économique des prestations

5.4.4.1 Évaluation des prestations en vue de leur reconnaissance

Par opposition aux Pays-Bas, la détermination des prestations assurées est centrale dans le cadre de la LAMal⁶⁸⁸, ce qui est concrétisé notamment par le principe de liste. L'évaluation des prestations en vue de leur reconnaissance est déterminante en vue de l'intégration ou non des prestations dans la liste⁶⁸⁹. Le critère de l'économicité implique une pesée entre les coûts et les bénéfices d'un traitement reconnu et présuppose par conséquent que la condition de l'efficacité soit remplie⁶⁹⁰.

Dans le cadre de la LAMal, le facteur économique joue déjà un rôle au moment de la reconnaissance d'une prestation dans l'assurance de base (mise en balance entre le traitement, ses effets et les coûts dans l'abstrait). Le manuel de standardisation prescrit que la demande de reconnaissance d'une prestation doit comprendre l'analyse économique de ses effets selon une des quatre méthodes préconisées⁶⁹¹.

5.4.4.2 Choix entre plusieurs traitements dans le cas concret

En premier, il convient de rappeler que, dans le cadre de la LAMal, le choix du traitement se fait en principe par le patient, en collaboration avec son médecin. La question soulevée ici est celle de la limite qui peut être posée à ce choix sur le plan du financement, en lien avec le critère de l'économicité. En principe, la balance entre les coûts et les bénéfices du traitement laisse place à la prise en considération de l'intérêt de l'assuré, car il n'y a pas une

⁶⁸⁸ Ariane Ayer / Béatrice Despland / Dominique Sprumont: "Analyse des effets juridiques de la LAMal: Catalogue des prestations et procédures", 2000, p. 8; Maurer Alfred: "Das neue Krankenversicherungsrecht", 1996, p. 44.

⁶⁸⁹ De nombreux détails quant à la procédure se trouvent dans Ariane Ayer / Béatrice Despland / Dominique Sprumont: "Analyse des effets juridiques de la LAMal: Catalogue des prestations et procédures", 2000, pp 9 ss; pour les critiques, cf. pp 14 ss.

⁶⁹⁰ RAMA 2000, p. 282.

⁶⁹¹ Analyse comparative des coûts, analyse coûts / bénéfices, analyse coûts / efficacité et analyse coûts / utilité. L'analyse coûts / efficacité est la plus employée; cf. OFAS: "Manuel de standardisation pour l'évaluation médicale et économique des prestations médicales", édition 1998.

recherche à tout prix de mesures bon marché⁶⁹², mais prise en compte, dans la mesure du possible, de l'individualité du patient⁶⁹³. Le principe étant posé, il semble toutefois que l'ombudsman ait de plus en plus à traiter des affaires dans lesquelles l'intérêt du patient est négligé lors de l'évaluation du caractère économique d'une prestation⁶⁹⁴.

La situation considérée ici est celle dans laquelle il existe, dans le cas concret, plusieurs traitements également appropriés et non la situation dans laquelle seul un traitement coûteux est disponible. Il y a donc mise en balance entre un traitement A et les coûts qu'il occasionne d'une part et un traitement B et les coûts qu'il occasionne d'autre part. Le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts dans lesquels il déclare qu'en principe, le rapport coûts / bénéfiques n'est effectué que lorsque plusieurs traitements sont envisageables, sous réserve de l'application du principe de la proportionnalité (cf. 5.4.4.3)⁶⁹⁵. Dans l'arrêt relatif à la méthadone, le Tribunal fédéral précise qu'il n'est pas question, dans le cas concret, d'effectuer un tel calcul en présence d'un seul traitement reconnu, par rapport aux chances de guérison.

Deux arrêts du Tribunal fédéral sont particulièrement intéressants parce que le juge arrive à la conclusion, dans des cas concrets, que seul le traitement le moins cher doit être pris en charge. Le premier concerne la prise en charge d'un appareil de *monitoring* cardiaque et respiratoire pour un nourrisson à haut risque de SIDS (*Sudden Infant Death Syndrome*)⁶⁹⁶. Devant un choix d'appareils, le Tribunal fédéral déclare que le moins cher doit être choisi, s'il conduit également au résultat souhaité. Dans ce cas, un appareil plus cher était déjà en fonction; seul un remboursement partiel sera admis. Le deuxième arrêt concerne une personne souffrant de séquelles d'une poliomyélite et pour laquelle le médecin traitant avait fait une demande de prise en charge des frais d'une cure de réadaptation dans une clinique, alors que la caisse-maladie jugeait qu'un traitement ambulatoire serait une mesure

⁶⁹² François-Xavier Deschenaux: "Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie, en particulier en ce qui concerne le médecin", 1992, p. 535.

⁶⁹³ ATF 118 V 106; du fait de la situation particulière du patient, préférence a été donnée au traitement à la méthadone, plutôt qu'à un traitement par abstinence; cf. aussi RAMA 1999, p. 68.

⁶⁹⁴ Sécurité sociale 3 / 1999, p. 118.

⁶⁹⁵ ATF 109 V 41 (transplantation d'un petit orteil pour une plastie du pouce); 118 V 115 (arrêt méthadone); RAMA 1999, p. 502 (IRM du genou); RAMA 1999, p. 64 (prestations spitex, chorée de Huntington); RAMA 2000, p. 282 (sympathectomie pour une erythrophobie).

⁶⁹⁶ ATF 121 V 216.

également appropriée et plus économique⁶⁹⁷. Plusieurs principes ont été énoncés dans cet arrêt qui est fondé essentiellement sur l'art. 32 LAMal, avec une citation brève de l'art. 56 al. 1 LAMal :

- Le principe d'économie de traitement ne concerne pas seulement les rapports entre caisses et fournisseurs de soins, mais est également opposable à l'assuré. Ce dernier n'a aucun droit au remboursement d'un traitement non économique.
- Si plusieurs traitements sont envisageables⁶⁹⁸, il y a lieu de procéder à une balance entre les coûts et les bénéfices du traitement.
- Par plusieurs traitements envisageables, il faut entendre que plusieurs traitements mènent au but recherché.
- Ce n'est qu'à cette condition qu'on choisira en principe le traitement le moins cher.

En l'occurrence, à défaut de chiffres précis pour effectuer la comparaison, le Tribunal fédéral a simplement émis le principe selon lequel la recourante ne pourra prétendre à un traitement hospitalier que si son coût n'est pas sensiblement plus élevé que celui d'une thérapie ambulatoire⁶⁹⁹. En matière d'EMS et de soins à domicile, ce principe doit toutefois être nuancé (cf. 5.6.3.6).

La jurisprudence susmentionnée implique que, si les autres conditions sont remplies (réalisation d'un risque assuré, absence d'inscription du traitement sur la liste négative et autres conditions posées par l'art. 32 LAMal), un traitement, même s'il est extrêmement coûteux, devra être pris en charge par l'assurance-maladie sociale s'il n'existe aucune alternative conduisant à un résultat semblable. La situation n'est toutefois pas aussi claire en rapport avec l'art. 56 LAMal et le principe de la proportionnalité.

⁶⁹⁷ RAMA 1998, pp 1-5.

⁶⁹⁸ Selon Eugster, l'élément comparatif est un aspect essentiel du principe d'économicité; cf. Gebhard Eugster: "Le principe de l'économicité dans la LAMal", Aspects de la sécurité sociale 1999, p. 27.

⁶⁹⁹ RAMA 1998, p. 5.

5.4.4.2 L'impact du principe de la proportionnalité

Alors que l'art. 32 LAMal règle les conditions générales de prise en charge des prestations, l'art. 56 LAMal vise le contrôle concret de ces conditions. D'ailleurs, cette disposition est située dans la section 6 de la LAMal, intitulée "Contrôle du caractère économique et de la qualité des prestations".

L'art. 56 al. 1 LAMal précise l'application du principe de la proportionnalité pour ce contrôle. Littéralement, il s'agit de la pesée entre la quantité et la nature des prestations à fournir d'une part, et l'intérêt de l'assuré et le but du traitement d'autre part. L'analyse systématique de cet alinéa (intitulé de l'article et de la section) indique qu'il s'agit également de la pesée entre les prestations et les coûts⁷⁰⁰.

Le Tribunal fédéral reconnaît que le principe de l'économicité peut entrer en ligne de compte par le biais du principe de la proportionnalité, même si aucune alternative de traitement n'est possible, lorsqu'il y a disproportion évidente entre les coûts et les bénéfices thérapeutiques attendus⁷⁰¹. Il cite régulièrement la même phrase-clé: *"Die Krankenversicherer haben somit auch für kostspielige Massnahmen aufzukommen, wenn entweder überhaupt keine andere oder jedenfalls keine kostengünstigere Methode zur Verfügung steht und die Massnahme sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit noch rechtfertigen lässt"*⁷⁰².

Il faut se rappeler que sous l'empire de la LAMal, l'assureur n'a pas la direction du traitement et a en général la fonction de tiers garant. Par conséquent, un refus préalable de la part de l'assureur est le plus souvent impossible, à moins qu'une demande soit faite par le patient ou son médecin. Le refus de la prise en charge interviendra généralement alors que le traitement a déjà commencé et entraîne soit le refus du paiement⁷⁰³, soit la demande en restitution.

A notre avis, la jurisprudence comporte encore trop de flou en ce qui concerne l'application du principe de la proportionnalité⁷⁰⁴. Ce qui est finalement en jeu, c'est toute la question des mesures médicales de pointe.

⁷⁰⁰ Cf. aussi Alfred Maurer: "Das neue Krankenversicherungsrecht", 1996, p. 52.

⁷⁰¹ RAMA 2000, p. 282-283.

⁷⁰² ATF 109 V 43; RAMA 1999, p. 68; RAMA 2000, p. 279.

⁷⁰³ Voir notamment ATF 121 V 216 (remboursement partiel).

⁷⁰⁴ Cf. aussi Gebhard Eugster: "Le principe de l'économicité dans la LAMal", Aspects de la sécurité sociale 1999, p. 27.

Nous examinerons sous 5.6.2 si des lacunes de couverture peuvent découler de la condition d'économicité.

5.4.4.4 Lutte contre la polypragmasie

L'art. 56 LAMal sert également de base à la prévention de la polypragmasie de la part de certains fournisseurs de prestations. Les assurés ne sont touchés que très indirectement par ces mesures qui sont véritablement destinées aux fournisseurs de prestations.

Le Tribunal fédéral reconnaît deux méthodes de contrôle: la *méthode analytique* (contrôle des factures point par point) et la *méthode comparative* (bases statistiques; comparaison des coûts par fournisseurs de prestations d'une même région)⁷⁰⁵. Il y a polypragmasie lorsqu'un médecin facture beaucoup plus que ses collègues pratiquant dans la même région tarifaire et ayant une activité semblable⁷⁰⁶.

Les bases statistiques employées par les assureurs, respectivement par le Concordat des assureurs maladie suisses (CAMS) pour contrôler le coût des traitements fournis ont été récemment remises en question dans une étude⁷⁰⁷. Le CAMS calcule un indice pour chaque médecin, défini comme étant le rapport entre le coût moyen par patient pour le médecin en question et le coût moyen par patient pour l'ensemble de son groupe. Les critiques émises par l'étude sont notamment: seuls les frais facturés par le médecin sont pris en considération et non les frais induits (p.ex. demande d'analyses); le calcul ne tient pas compte de la gravité des cas; les patients qui ne demandent pas le remboursement de leurs frais (franchise) ne sont pas pris en considération.

⁷⁰⁵ ATF 119 V 448.

⁷⁰⁶ Exemples dans Erwin Murer / Hans Ulrich Stauffer (Hrsgb.): "Bundesgesetz über die Unfallversicherung", 1991, p. 194.

⁷⁰⁷ André Dubey / François Dufresne: "Etude du contrôle du caractère économique des traitements basé sur les statistiques du Concordat des assureurs maladie suisses", 2000.

5.5 Mesures de contrôle des coûts sur le plan macroscopique

5.5.1 Planification sanitaire

Les compétences de planification sanitaire appartiennent d'abord aux cantons⁷⁰⁸, soit indirectement pour la planification hospitalière découlant de l'art. 39 LAMal, soit directement pour les autres domaines.

Le terme "planification" pourrait être défini de la manière suivante: définition d'une ligne de conduite pour restructurer le réseau sanitaire et orienter l'allocation des ressources en vue d'atteindre des buts politiques dans le domaine de la santé⁷⁰⁹. Une planification doit donc être fondée sur une évaluation des besoins de la population et celle-ci doit être adaptée régulièrement⁷¹⁰. La planification est considérée comme un outil important pour parvenir à une meilleure coordination des fournisseurs de prestations, une utilisation optimale des ressources et une maîtrise des coûts et finalement comme un moyen de concrétiser l'art. 32 LAMal pour les soins hospitaliers⁷¹¹.

Le but d'une planification sanitaire est d'opérer une allocation optimale des ressources limitées dans le domaine de la santé, tout en favorisant un certain standard de qualité des soins; elle implique une rationalisation et donc une certaine cohérence de l'offre en soins, en évitant les doublons. Elle fixe, notamment, une liste des établissements reconnus, du nombre de lits ou des secteurs d'activité.

708

Clairement confirmé par RAMA 1999, p. 464, mais à la fois nuancé en rapport avec les planifications des autres cantons et le libre choix de l'assuré; de nombreux cantons ont établi des rapports de planification, p. ex.: Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la politique de santé et sur la planification sanitaire du canton de Genève, du 27 août 1997; Rapport d'information du Conseil d'Etat au Grand Conseil concernant la planification sanitaire, Neuchâtel, 25 août 1999.

709

Cf. aussi Pierre Gilliard: "Le rapport Gilliard sur le système de santé genevois", 1996, p. 77.

710

Notamment RAMA 1997, p. 262; RAMA 1999, p. 221.

711

RAMA 1999, p. 464.

5.5.2 Tarifs et budgets globaux

La tarification est une importante mesure de contrôle des coûts et la structure des tarifs influence indirectement la quantité, l'ampleur ou la durée des prestations⁷¹². La valeur donnée à une prestation par rapport à une autre, la valeur du point et l'harmonisation entre les différentes régions sont des questions centrales qui nourrissent de longs débats⁷¹³. Si la LAMal laisse une certaine latitude quant à la manière d'établir ces tarifs (art. 43 al. 2 LAMal), elle exige que les conventions tarifaires respectent le principe d'économie (art. 46 al. 4 LAMal) et contient une série de règles qui se rapportent à ce principe (art. 43 - 49 LAMal)⁷¹⁴.

L'art. 51 LAMal prévoit que les cantons peuvent établir un budget global pour les hôpitaux et les EMS, après consultation des assureurs et des fournisseurs de prestations. En tant qu'instrument de gestion des finances, le budget global correspond à une fixation préalable et en principe contraignante d'une enveloppe de coûts maximale⁷¹⁵. C'est un des moyens employé par les Pays-Bas depuis plusieurs années (cf. chap. 6).

5.5.3 Mesures extraordinaires de contrôle des coûts

La section 5 de la LAMal, intitulée "mesures extraordinaires de maîtrise des coûts" prévoit trois mesures:

- L'art. 54 LAMal prévoit que les assureurs ont la possibilité de demander à un canton d'établir un budget global pour les établissements de soins⁷¹⁶, si l'augmentation des coûts se situe au-dessus de la moyenne⁷¹⁷;

⁷¹² Gebhard Eugster: "Le principe de l'économicité dans la LAMal", Aspects de la sécurité sociale 1999, p. 29.

⁷¹³ Le Tarmed illustre cette difficulté; il n'est toujours pas en vigueur. Le Tarmed peut être consulté sur <http://www.fmh.ch>.

⁷¹⁴ Explications dans Gebhard Eugster: "Le principe de l'économicité dans la LAMal", Aspects de la sécurité sociale 1999, p. 30.

⁷¹⁵ Alfred Maurer: "Das neue Krankenversicherungsrecht", 1996, p. 94.

⁷¹⁶ Le canton doit se prononcer sur l'entrée en matière dans les trois mois qui suivent la demande (art. 54 al. 2 LAMal).

⁷¹⁷ A la différence de l'art. 51 LAMal, le budget global est demandé par les assureurs et est établi pour un temps limité; cf. Gebhard Eugster: "Le principe de l'économicité dans la LAMal", Aspects de la sécurité sociale 1999, p. 35; Alfred Maurer: "Das neue Krankenversicherungsrecht", 1996, p. 94.

-
- L'art. 55 LAMal permet de geler les tarifs ou les prix des traitements ambulatoires et hospitaliers, si les frais moyens par assuré dépassent le double de la moyenne de l'évolution des prix et des salaires;
 - L'art. 55a LAMal, introduit en 2000, donne la compétence au Conseil fédéral de limiter le nombre des fournisseurs de soins pour une durée maximale de trois ans; il s'agit de la clause du besoin.

Jusqu'à présent, ces mesures extraordinaires n'ont pas été prises en Suisse. Le Conseil fédéral n'a pas non plus édicté d'ordonnance d'application de l'art. 55a LAMal. Parmi les trois mesures proposées par la LAMal, la première nous semble la plus incisive, car elle implique presque inmanquablement une raréfaction des ressources⁷¹⁸. Par ailleurs, s'il n'est pas accompagné de mesures destinées à réduire la demande, le budget global est générateur de listes d'attente (cf. p. ex. aux Pays-Bas, chap. 6).

5.5.4 · Modèles prévoyant une réduction du libre choix de l'assuré

En Suisse, il n'y a pas de système généralisé qui réduirait le libre choix du fournisseur de prestations par le patient, tel que le système du *gatekeeper* en vigueur aux Pays-Bas et au Royaume-Uni. Par contre, la LAMal a ouvert une petite porte à de tels modèles en prévoyant en son art. 41 al. 4 que l'assuré, en accord avec son assureur, pouvait réduire volontairement son choix, en contrepartie d'une diminution de prime⁷¹⁹.

Les deux systèmes les plus courants peuvent être classés sous le terme plus général de *gatekeeper*. Dans le premier cas, c'est le médecin généraliste⁷²⁰ qui joue ce rôle (système apparenté à ceux des Pays-Bas et du Royaume Uni) et dans le deuxième, il s'agit du centre HMO⁷²¹. Dans les deux cas, il n'y a aucun effet sur les prestations prises en charge, mais simplement une obligation de s'adresser au médecin généraliste choisi ou au centre HMO pour tous les problèmes de santé, hormis les cas d'urgence.

⁷¹⁸ Gebhard Eugster: "Le principe de l'économicité dans la LAMal", Aspects de la sécurité sociale 1999, p. 35.

⁷¹⁹ Pour plus de détails, cf. Gebhard Eugster: "Krankenversicherung", 1998, pp 193 ss.

⁷²⁰ RAMA 2000, pp 74 ss.

⁷²¹ RAMA 2000, pp 66 ss.

5.5.5 Effets sur le plan microscopique

Planification sanitaire et budgets globaux sont établis à partir du besoin en soins de la population à un moment donné. A première vue, ils ne limitent donc pas l'accès aux soins. Par contre, il faut bien se rendre compte que le besoin en soins varie dans le temps, qu'une moyenne ne tient pas forcément compte des pics constatés lors d'une épidémie de grippe par exemple. Un nombre de lits déterminé ou un budget limité peuvent alors se révéler insuffisants pour couvrir le besoin en soins, ce qui entraîne un effet inévitable au niveau de l'attribution concrète des prestations⁷²².

Ces effets ont déjà pu être constatés au Royaume-Uni et aux Pays-Bas qui connaissent de longues listes d'attente pour bon nombre de traitements. Plus près de nous, il faut mentionner p. ex. le nombre limité de places pour les prématurés. Les réponses peuvent alors être diverses: agrandissement du rayon géographique (prématurés de Lausanne envoyés à Zurich), listes d'attente ou fixation de priorités. Ce dernier terme renvoie à la thématique du chapitre 9 de ce travail, puisqu'il n'est qu'une version enjolivée du terme "rationnement".

5.6 Lacunes de couverture?

5.6.1 Introduction

L'exposé du système de soins a fait ressortir quelles prestations sont rendues accessibles par les assurances sociales et à quelles conditions. Il est temps d'orienter l'étude sur la question qui nous intéresse plus particulièrement: y a-t-il des lacunes dans ce système ou autrement dit, y a-t-il des prestations qui ne sont pas rendues accessibles ou des personnes qui n'y ont pas accès? Si ces lacunes existaient, cela signifierait que l'obtention de ces soins ne pourrait se faire que moyennant financement privé ou par le biais d'une assurance complémentaire, à moins que cela n'entre dans le champ de protection du droit fondamental aux soins essentiels.

⁷²²

Gebhard Eugster: "Le principe de l'économicité dans la LAMal", Aspects de la sécurité sociale 1999, p. 35.

5.6.2 Personnes

Le champ d'application de la LAA se limitant aux personnes qui se trouvent dans un rapport de travail, nous examinerons seulement les questions relatives au cercle des personnes assurées dans le cadre de la LAMal. A ce titre, il faut rappeler que la LAMal prévoit une obligation d'assurance qui s'étend en principe à toute personne résidant en Suisse⁷²³, peu importe son âge, son sexe et son statut professionnel ou financier.

Les principales lacunes découlant de l'absence de couverture d'assurance concernent:

- Les ressortissants étrangers bénéficiant d'une autorisation de séjour de moins de trois mois (art. 1 al. 2 lit. a OAMal), qui n'exercent pas d'activité dépendante en Suisse (art. 1 al. 2 lit. c OAMal) et qui n'auraient qu'une couverture d'assurance insuffisante dans leur pays d'origine;
- Les personnes séjournant en Suisse de manière illégale⁷²⁴.

Depuis l'entrée en vigueur de la LAMal, le non-paiement des primes ne peut jamais entraîner l'exclusion d'un assuré. Le Tribunal fédéral a clairement dit que l'assureur ne pouvait s'engager que dans la voie de la poursuite pour dettes et faillite⁷²⁵. Selon l'art. 9 al. 2 OAMal, ce n'est qu'après avoir reçu un acte de défaut de biens et avoir informé l'autorité chargée du contrôle des affiliations que l'assureur peut suspendre la couverture d'assurance jusqu'au paiement des primes. Celles-ci seront prises en charge par les services déterminés par la législation cantonale et la couverture reprendra effet rétroactivement dès le versement. Le non-paiement des primes ne peut donc pas entraîner de lacune de couverture, ce qui est une conséquence logique de la mise en place d'une assurance sociale obligatoire pour tous. Les pratiques de certains assureurs qui consistent à compenser des primes avec des prestations, pour éviter les longues démarches inhérentes à la poursuite pour dettes et faillites ne sont pas compatibles avec le système d'assurance sociale voulu par le législateur et ne devraient donc pas constituer une lacune de couverture.

⁷²³ Le domicile est défini selon les art. 23-26 CC (art. 1 al. 1 OAMal).

⁷²⁴ Gebhard Eugster : "Krankenversicherung", 1998, p. 8.

⁷²⁵ RAMA 2000, p. 239.

Enfin, il faut examiner la question du contrôle de l'affiliation des assurés. En effet, la LAMal ne prévoit pas d'affiliation *ex lege* comme l'AVS/AI par exemple. Le contrôle de l'affiliation incombe aux cantons (art. 6 LAMal) et ceux-ci peuvent, le cas échéant, procéder à une affiliation d'office. Un changement d'assureur ne peut être effectué que si le nouvel assureur communique une attestation d'assurance à l'ancien assureur. Même si le contrôle de l'affiliation devait s'avérer imparfait, le seul problème qui pourrait se poser serait une affiliation d'office tardive, ce qui entraînerait à notre sens une responsabilité du canton. En cas de changement d'assureur, même en l'absence d'une nouvelle affiliation, l'assuré resterait affilié auprès de son ancien assureur, en vertu de l'art. 7 al. 5 LAMal; il n'y aurait donc pas de lacune de couverture.

5.6.3 Prestations

5.6.3.1 Exemples

Deux types de refus de prestations peuvent entrer en ligne de compte:

- Ceux basés sur le principe de liste et par conséquent sur l'OPAS et son annexe I;
- Ceux qui découlent de l'application des critères des art. 32 et 56 LAMal.

Nous traiterons ici de quelques domaines particulièrement sensibles, dans lesquels des refus de prestations sont intervenus. Le terme "lacune" sera réservé aux prestations réellement refusées et non celles qui sont remplacées par d'autres et nous éviterons de parler de lacune lorsqu'un choix de société, rendu pour d'autres motifs que des raisons médicales ou économiques (p. ex FIVETE), est à la base de la non-admission de la prestation.

5.6.3.2 Psychothérapies

Dans le cadre de la LAMal, les psychothérapeutes non-médecins ne font ni partie des fournisseurs de prestations, ni des personnes prodiguant des soins sur prescription médicale (art. 35 LAMal et art. 38 ss OAMal). L'art. 2 al. 1 OPAS précise encore que l'assurance-maladie obligatoire prend en charge, à certaines conditions, les psychothérapies effectuées par un médecin. Sur la base de ces dispositions, le Tribunal fédéral a jugé que les soins fournis par

des psychothérapeutes indépendants et non-médecins ne sont pas couverts dans le cadre de la LAMal⁷²⁶.

En ce qui concerne les psychothérapeutes employés par un médecin, le Tribunal fédéral a estimé que la jurisprudence rendue sous le régime de la LAMA⁷²⁷ est applicable également dans le cadre de la LAMal⁷²⁸. Trois conditions doivent être remplies pour qu'une prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire soit admise: le psychothérapeute doit être l'employé du médecin; il doit travailler dans le cabinet médical de celui-ci; son activité doit être effectuée sous la surveillance et la responsabilité du médecin. Le refus de prendre en charge les traitements effectués par des psychothérapeutes et des neuropsychologues non-médecins pourrait être considéré comme une lacune⁷²⁹. A notre sens, il n'y a de véritable lacune de prestation que si un traitement équivalent ne peut être offert par un fournisseur de prestations admis.

5.6.3.3 FIVETE

Le Tribunal fédéral a confirmé récemment que la FIVETE n'est pas une prestation prise en charge selon la LAMal⁷³⁰. L'arrêt n'est pas le premier en la matière⁷³¹, mais bien le premier sous le régime de la nouvelle loi. Alors qu'en 1987, le Tribunal fédéral argumentait le refus par le caractère expérimental de la FIVETE, ce qui avait pour conséquence que les conditions de l'art. 12 LAMA n'étaient pas remplies, l'arrêt de 1999 se limite essentiellement à la constatation selon laquelle la FIVETE est inscrite dans la liste négative de l'OPAS, sans vraiment examiner la question plus à fond.

Dans l'arrêt 125 V 21, le Tribunal fédéral accède à contre-cœur, "avec la plus grande retenue", à la demande de revoir la question de la prise en charge de la FIVETE sous l'angle de l'art. 32 LAMal, mais rejette cette possibilité, car le principe de liste consacré par la LAMal implique que le juge se limite au

⁷²⁶ ATF 125 V 287 ss; les mêmes considérations sont également valables pour les neuropsychologues, cf. p. 288 de l'arrêt.

⁷²⁷ ATF 110 V 190; 114 V 270.

⁷²⁸ ATF 125 V 445.

⁷²⁹ Voir notamment M. Polikowski / R. Lauffer / D. Renaud / B. Santos-Eggimann: "Analyse des effets de la LAMal: le "catalogue des prestations" est-il suffisant pour que tous accèdent à des soins de qualité?", 2000, notamment p. 53.

⁷³⁰ ATF 125 V 21; commenté par Jean-Louis Duc, AJP 1999, pp 870-871.

⁷³¹ ATF 113 V 42; 119 V 26.

contrôle de la constitutionnalité et de la légalité. Il effectue ce contrôle limité en examinant si la liste présente une lacune ou si elle sort du cadre de la délégation de compétence législative. En l'occurrence, il abandonne toute analyse au vu du fait que la question de la FIVETE est réexaminée en vue d'une révision de l'annexe I de l'OPAS.

Le résultat est d'autant plus étonnant que dans l'arrêt concernant l'insémination artificielle homologue⁷³², le Tribunal fédéral avait examiné l'efficacité clinique de la FIVETE et de l'insémination artificielle et avait constaté que la première présente un pourcentage de réussite plus élevé que la seconde. Il avait toutefois estimé que la seconde laisserait place à une grossesse naturelle, ce qui l'a amené à mélanger quelque peu les considérations éthiques au critère de la reconnaissance scientifique. D'un même souffle, il constate que l'insémination artificielle remplit la condition de l'économicité, sur le principe (200 - 300 CHF par traitement), notamment en la comparant au traitement hormonal de la stérilité qui est plus cher.

Pour compliquer encore un peu le thème, un arrêt récent a été rendu par le Tribunal fédéral en rapport avec une complication suite à une FIVETE (syndrome d'hyperstimulation); le Tribunal fédéral a considéré qu'il s'agissait là d'un diagnostic propre impliquant la prise en charge du traitement, même si l'origine est à rechercher dans la FIVETE⁷³³.

5.6.3.4 Soins dentaires

En vertu de la LAA, les traitements dentaires sont pris en charge, pour autant que les conditions de l'accident soient remplies, ce qui a donné lieu à une abondante jurisprudence pour tous les cas de dommages de mastication⁷³⁴. Selon les art. 31 LAMal et 17-19 OPAS, le traitement des affections dentaires n'est pris en charge que de manière très restrictive, dans les situations suivantes⁷³⁵.

⁷³² ATF 121 V 289.

⁷³³ RAMA 1999, p. 461; commentaires dans Ariane Ayer / Béatrice Despland / Dominique Sprumont: "Analyse des effets juridiques de la LAMal: Catalogue des prestations et procédures", 2000, pp 28-29.

⁷³⁴ Par exemple 112 V 201 (noyau de cerise); voir aussi Turté Baer: "Die Zahnschädigung als Unfall in der Sozialversicherung", SJZ 1992, pp 321 ss.

⁷³⁵ En dehors de cette liste et si l'assuré n'est pas au bénéfice d'une assurance-accidents, la LAMal prend également en charge les lésions du système de la mastication dues à un accident, cf. RAMA 2001, pp 37 ss.

-
- Maladie grave de l'appareil masticatoire (énumération exhaustive de ces maladies dans l'art. 17 OPAS);
 - Affections dentaires occasionnées par une maladie grave (énumération exhaustive de ces maladies dans l'art. 18 OPAS);
 - Le traitement dentaire est nécessaire au traitement d'une maladie grave (énumération exhaustive de ces maladies dans l'art. 19 OPAS).

Plusieurs arrêts ont été rendus concernant le caractère exhaustif des listes se trouvant dans les art. 17-19 OPAS⁷³⁶. Un arrêt concernant l'assainissement d'amalgames est particulièrement intéressant en ce qu'il précise les points suivants⁷³⁷:

- Si le traitement dentaire occasionné par une maladie grave énumérée dans la liste est couvert, le contraire n'est pas vrai: le traitement d'une affection dentaire occasionnant une maladie grave n'est pas couvert;
- Le Tribunal fédéral rappelle l'origine du refus de prendre en charge les soins dentaires dans le cadre de la LAMal: par les progrès de l'hygiène dentaire et de la prophylaxie, une part importante des affections dentaires peut être évitée;
- Le Tribunal fédéral admet le caractère exhaustif des énumérations figurant dans les art. 17-19 OPAS.

Malgré l'explication donnée par le Tribunal fédéral et qui trouve son origine dans des débats aux Chambres, la prise en charge aussi restrictive des traitements dentaires par une assurance sociale pose problème. Ces traitements sont chers et posent justement problème pour les personnes qui ont le plus besoin de protection. Il s'agit à notre sens d'une lacune importante, non seulement de la LAMal, mais de notre système de soins en général,

⁷³⁶ ATF 124 V 185; 124 V 196; 124 V 346; 124 V 351; RAMA 2001, p. 37; RAMA 1998, p. 282; cf. aussi Ariane Ayer / Béatrice Despland / Dominique Sprumont: "Analyse des effets juridiques de la LAMal: Catalogue des prestations et procédures", 2000, pp 19-20.

⁷³⁷ ATF 125 V 278.

puisque la majorité des traitements dentaires ne sont pris en charge par aucune assurance sociale⁷³⁸.

5.6.3.5 Traitement de l'obésité

A la lecture de l'annexe 1 de l'OPAS, force est de constater que les traitements de l'obésité semblent être une préoccupation majeure, tant la réglementation est précise au niveau de la personne et de la mesure de son obésité. En ce qui concerne les traitements relevant de la médecine interne, seules les personnes dont le poids excède de 20 % le poids idéal maximal, ont accès à ces traitements, à moins que le traitement ne vise à améliorer l'état de santé dû à une maladie concomitante⁷³⁹. La gymnastique de groupe pour enfants obèses n'est pas prise en charge⁷⁴⁰.

La réglementation la plus surprenante se trouve toutefois en rapport avec le traitement chirurgical de l'obésité⁷⁴¹. La barre concernant la mesure de l'obésité est placée très haut, puisqu'il faut que la personne présente un indice de masse corporelle (BMI) de plus de 40. Ce qui est plus surprenant, c'est l'introduction d'une limite maximale d'âge: la personne doit avoir au maximum 60 ans. Il n'y a que deux limites maximales d'âge dans l'OPAS: celle que nous venons de mentionner et une limite maximale de 70 ans en matière de procédés d'imagerie, dans le but de diagnostiquer une démence⁷⁴². La limite en matière d'obésité n'est pas explicable par des seules raisons médicales, en tout cas pas en comparaison avec tous les autres traitements pris en charge pour des personnes de plus de 60 ans.

5.6.3.6 Chirurgie cardiaque

L'arrêt considéré ici⁷⁴³ ne concerne pas un refus de prise en charge de prestation dans l'abstrait, basé sur le principe de liste, mais pour un cas bien

⁷³⁸ Voir aussi M. Polikowski / R. Lauffer / D. Renaud / B. Santos-Eggimann: "Analyse des effets de la LAMal: le "catalogue des prestations" est-il suffisant pour que tous accèdent à des soins de qualité?", 2000, notamment p. 53.

⁷³⁹ Annexe 1 OPAS, 2.1.

⁷⁴⁰ Annexe 1 OPAS, 4.

⁷⁴¹ Annexe 1 OPAS, 1.1.

⁷⁴² Annexe 1 OPAS, 9.2.

⁷⁴³ ATF 125 V 95.

déterminé, sous l'angle du caractère approprié, respectivement non approprié du traitement (art. 32 LAMal).

Une patiente âgée de 81 ans souffre d'une sévère coronopathie, avec une fonction ventriculaire gauche gravement limitée et une occlusion de l'artère coronaire droite. Une partie des médecins préconisaient une opération de revascularisation et de remplacement de la valvule aortique et une autre partie un traitement de conservation, compte tenu de l'âge de la patiente, de la grave limitation de la fonction ventriculaire gauche et donc du risque opératoire très élevé. L'assureur a refusé la prise en charge de l'opération. Un peu plus d'un mois plus tard, la patiente a été opérée et elle est décédée trois jours après l'opération.

Le Tribunal fédéral a admis le refus de prise en charge de la part de l'assureur, encore sous l'empire de l'ancienne loi (art. 23 LAMA). Sous l'égide du principe d'économie du traitement, il précise: "Elles (les caisses) sont en droit de refuser la prise en charge de mesures thérapeutiques inutiles ou de mesures qui auraient pu être remplacées par d'autres, moins onéreuses"⁷⁴⁴. En l'occurrence, l'opération entre dans la catégorie "mesures thérapeutiques inutiles", puisqu'il n'y a pas de véritable alternative de traitement, si ce n'est le traitement conservateur. A ce titre, la comparaison faite par le Tribunal fédéral entre les coûts de l'opération et ceux du traitement de conservation⁷⁴⁵ laisse songeur. La simple conclusion du caractère non approprié, puisqu'il y avait une contre-indication importante, aurait peut-être contribué à plus de clarté.

L'arrêt est également intéressant en ce sens qu'il prend en considération le facteur âge, non pas en tant que tel, mais comme critère médical, en tant qu'élément de détermination du risque opératoire. Cependant, l'arrêt ne permet pas de voir l'ébauche d'une tendance qui mènerait à reconnaître plus systématiquement l'inutilité de mesures chirurgicales lourdes en raison de l'âge du patient. En l'occurrence, c'est l'état général de la patiente qui a conduit à ne pas reconnaître le caractère approprié de l'intervention.

⁷⁴⁴ ATF 125 V 99.

⁷⁴⁵ ATF 125 V 100: "La mesure thérapeutique litigieuse n'étant pas appropriée à son but, elle n'était pas non plus économique par rapport au traitement de conservation".

5.6.3.7 Soins à domicile et placement en EMS - caractère économique

En vertu de la LAMal, les soins à domicile sont pris en charge aux conditions fixées par les art. 51 OAMal et 7 ss. OPAS. Un arrêt rendu par le Tribunal fédéral en 1998 soulève une controverse, car il arrive à la conclusion que le séjour dans un EMS est beaucoup plus économique que les soins à domicile importants justifiés par l'état de santé de la patiente et que la première mesure est aussi appropriée que la seconde⁷⁴⁶. Pour la comparaison, le Tribunal fédéral n'a pris en considération que les coûts à charge de l'assureur et non les coûts réels, dont une partie importante sera répercutée sur la patiente.

La conséquence pratique de cet arrêt pourrait être que des personnes ne souhaitant pas aller dans un EMS pourraient y être contraintes pour des raisons financières, ce qui implique une atteinte grave à la liberté de la personne et par conséquent la nécessité d'une base légale formelle et précise⁷⁴⁷. Il faut également se poser la question de savoir si cette décision entre vraiment dans la catégorie "plusieurs alternatives de traitement" ou s'il ne s'agit pas tout simplement d'un refus de traitement pour des motifs économiques. En effet, un traitement limitant gravement la liberté personnelle ne saurait être une vraie alternative à notre sens. De plus, les conclusions de l'arrêt nous semblent en contradiction avec l'art. 50 LAMal et l'esprit général de la loi qui vise à favoriser la prise en charge ambulatoire des patients. A notre sens, cette jurisprudence conduit à une lacune de couverture, car le soi-disant choix entre des soins ambulatoires et un placement en EMS n'en est pas un, en tout cas pas au prix d'une telle atteinte à la liberté personnelle.

Pour la petite histoire, il faut signaler que, quelques mois plus tôt, le Tribunal des assurances du canton de Vaud s'était prononcé contre une décision d'une caisse-maladie selon laquelle un traitement hospitalier était meilleur marché qu'un traitement ambulatoire, alors que les deux mesures étaient appropriées dans le cas particulier⁷⁴⁸. Là, le tribunal a jugé qu'il ne fallait pas comparer seulement les coûts à la charge de la caisse-maladie, mais bien les coûts réels,

⁷⁴⁶ Arrêt non publié du 18.12.1998; publié et commenté par Jean-Louis Duc, *AJP* 1999, pp 996 ss.

⁷⁴⁷ Ariane Ayer / Béatrice Despland / Dominique Sprumont: "Analyse des effets juridiques de la LAMal: Catalogue des prestations et procédures", 2000, p. 26; les auteurs mettent en doute, à notre avis à juste titre, que l'art. 32 LAMal constitue une base légale suffisante.

⁷⁴⁸ Tribunal des assurances du canton de Vaud, 25 mai 1998, non publié.

car lors d'une hospitalisation, une partie des coûts est supportée par la collectivité publique. Il est vrai que les finances publiques sont en jeu ici, alors que dans l'arrêt susmentionné, ce n'étaient que les finances de la patiente...

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral tente de répondre à la controverse⁷⁴⁹. La réponse qu'il donne est toutefois intimement liée à la situation de l'assurée dans le cas précis. En l'occurrence, celle-ci avait encore la possibilité d'exercer une activité lucrative à temps partiel. Cet élément a conduit le tribunal fédéral à reconnaître le bien-fondé de soins à domicile dont le coût était pourtant 3.5 fois supérieur à celui du forfait EMS, car le séjour en EMS aurait rendu impossible la continuation de l'activité lucrative. En passant, le Tribunal fédéral précise encore que la comparaison doit être effectuée uniquement sur la base des coûts qui sont à la charge de l'assureur et déclare un peu rapidement que la question des droits fondamentaux (particulièrement la liberté personnelle) est déjà comprise dans la prise en compte des intérêts de l'assuré selon l'art. 56 al. 1 LAMal. A notre avis, Duc prétend avec raison que cette jurisprudence, si elle représente une petite ouverture, ne pourra s'appliquer qu'à des cas très particuliers⁷⁵⁰. Les arrêts rendus ultérieurement semblent confirmer cette crainte⁷⁵¹.

5.6.4 Responsabilité individuelle

5.6.4.1 Principe de prévention et de diminution du dommage

Le principe de diminution du dommage est un principe non écrit, reconnu pour les assurances sociales; il découle du principe de la bonne foi⁷⁵². La LPGa ne consacre pas de manière expresse l'obligation de diminuer le dommage, mais prévoit, en sa partie générale, une disposition permettant la réduction ou le refus des prestations en cas de faute de l'assuré (art. 21 LPGa). Le principe de diminution du dommage implique non seulement une obligation pour l'assuré de faire tout ce qui lui est possible pour atténuer les effets de son atteinte à la santé, mais aussi de faire en sorte de prévenir un

⁷⁴⁹ ATF 126 V 334; arrêt commenté et critiqué par Jean-Louis Duc, AJP 2001, pp 453 ss.

⁷⁵⁰ Commentaire de l'ATF 126 V 334 par Jean-Louis Duc, AJP 2001, pp 453 ss.

⁷⁵¹ Introduction et résumés d'arrêts du 22 septembre et du 5 octobre 2000 dans RAMA 2001, pp 8 ss.

⁷⁵² Notamment ATF 118 V 116; 117 V 400; Gabriela Riemer-Kafka: "Die Pflicht zur Selbstverantwortung", 1999, pp 26 ss.

dommage. En ce sens, l'obligation de diminuer le dommage comporte un aspect intentionnel, ce qui n'est pas le cas par exemple pour un toxicomane qui n'a pas passé avec succès deux sevrages⁷⁵³.

Dans ce chapitre, nous n'évoquerons le principe de diminution du dommage en tant qu'élément de la responsabilité individuelle, que dans la mesure où le comportement d'un assuré pourrait conduire à un refus ou une réduction de prestations et donc à une lacune de couverture en matière de soins.

5.6.4.2 Les art. 37 et 39 LAA

L'art. 37 al. 1 LAA prévoit que l'assureur peut refuser les prestations lorsque l'atteinte à la santé ou le décès ont été causés intentionnellement (dol simple). La question de savoir si le refus n'est possible que si l'assuré a voulu les conséquences entraînées par son acte (par exemple s'il a voulu le décès, mais n'a pas voulu l'atteinte à la santé en cas de suicide manqué) est controversée⁷⁵⁴. Le Tribunal fédéral a décidé⁷⁵⁵ que dès qu'il y a intention de porter atteinte à sa santé ou à sa vie, ce qui suppose que la personne est capable de discernement, les conditions de l'accident ne sont plus remplies, peu importe le résultat sur lequel portait l'intention⁷⁵⁶.

L'art. 37 al. 2 prévoit la réduction des indemnités journalières pendant deux ans en cas de faute grave de l'assuré, pour les accidents non professionnels⁷⁵⁷. Le présent travail ne concernant que les prestations pour soins, nous renonçons à une analyse plus complète de cette problématique. L'art. 37 al. 3 LAA prévoit la réduction ou le refus de prestations lorsque l'accident est survenu lors de la commission d'un crime ou d'un délit.

⁷⁵³ ATF 118 V 116; dans cet arrêt, l'application du principe de la diminution du dommage n'a pas été admise.

⁷⁵⁴ Alfred Maurer: "Le suicide et la tentative de suicide dans l'assurance-accidents (LAA/OLAA)", 1989; Alexandra Rumo-Jungo: "Die Leistungskürzung oder -verweigerung gemäss Art. 37-39 UVG", 1993, p. 112.

⁷⁵⁵ ATF 115 V 152.

⁷⁵⁶ Alexandra Rumo-Jungo: "Die Leistungskürzung oder -verweigerung gemäss Art. 37-39 UVG", 1993, p. 115.

⁷⁵⁷ Cette disposition a été modifiée par FF 1999, 321, pour satisfaire aux obligations découlant de la Convention OIT no 102 et du Code européen de sécurité sociale (cf. 2.2.2.5 et 2.2.3.3); cf. aussi Gabriela Riemer-Kafka: "Die Pflicht zur Selbstverantwortung", 1999, note 988a, p. 317.

L'art. 39 LAA prévoit le refus de toute prestation lorsque l'assuré s'est exposé à un des dangers extraordinaires mentionnés dans l'art. 49 al. 1 OLAA (service militaire étranger, participation à des actes de guerre ou à des actes de terrorisme ou de banditisme) et la réduction des prestations en espèces lorsqu'il a entrepris un acte téméraire. Là encore, le présent travail ne concernant que les prestations pour soins (pas réduites en cas d'actes téméraires), et les dangers extraordinaires étant si rares, nous renonçons à une analyse plus complète de cette problématique.

En réalité, la LAA ne prévoit un refus des prestations pour soins qu'en cas d'acte intentionnel. Les cas de figure sont le suicide manqué et l'automutilation de l'assuré capable de discernement; ils seront repris sous 5.6.3.5.

5.6.4.3 LAMal

Contrairement à la LAA, la LAMal est muette sur la question de l'acte intentionnel, de la faute grave de l'assuré et de l'entreprise téméraire. Pourtant, des exemples théoriques peuvent être construits: p. ex. un asthmatique qui s'expose volontairement à des produits auxquels il est allergique ou une personne soumise à un régime hépatique et qui succombe à la tentation d'une choucroute bien garnie.

Dans un arrêt rendu sous le régime de la LAMA, le Tribunal fédéral s'était demandé si le consentement donné à une intervention de chirurgie esthétique ayant ensuite entraîné de graves séquelles constituait une aggravation fautive de l'état de santé. En l'occurrence, il s'agissait d'une plastie des seins, comportant un risque de fibrose capsulaire estimé entre 3 et 20 %. Le Tribunal fédéral a jugé que le consentement à cette intervention ne constituait ni une faute intentionnelle, ni une faute grave⁷⁵⁸.

Maurer⁷⁵⁹ considère que l'absence de dispositions relatives à la faute constitue une lacune de la LAMal et qu'il convient d'appliquer les principes généraux du droit des assurances sociales⁷⁶⁰, mais aussi, par analogie, les dispositions de la LAA⁷⁶¹. La conséquence de cette opinion serait que

⁷⁵⁸ RAMA 1997, p. 293.

⁷⁵⁹ Alfred Maurer: "Das neue Krankenversicherungsrecht", 1996, p. 106.

⁷⁶⁰ Dans ce sens aussi, Rapport relatif à la LPGA, FF 1999 4214.

⁷⁶¹ L'opinion de Maurer est critiquée dans Gabriela Riemer-Kafka: "Die Pflicht zur Selbstverantwortung", 1999, pp 265 ss.

l'assureur maladie aurait la possibilité de refuser des prestations pour soins lorsque l'assuré a créé une atteinte ou une péjoration intentionnelles, mais pas en cas de faute grave ou d'acte téméraire.

Le récent arrêt du "kilomètre lancé" résout à notre sens cette controverse, en tout cas en ce qui concerne la faute grave et l'acte téméraire⁷⁶². L'assuré n'étant en l'occurrence pas soumis à la LAA, l'arrêt pose la question de la réduction du remboursement des frais de traitement pour un acte téméraire entraînant un accident, dans le cadre de la LAMal, et arrive à la conclusion que les prestations sont dues. La LAMal ne contient aucune disposition concernant les actes téméraires. Le Tribunal fédéral a estimé logique de ne trouver aucune disposition concernant la faute grave ou l'acte téméraire dans la LAMal, puisque l'assurance-maladie obligatoire ne concerne que les soins et que la LAA exclut une réduction des prestations pour soins dans ces deux cas⁷⁶³. Par ailleurs, il relève l'importance du principe de la légalité dans les domaines relevant de la LAMal. La décision, déjà critiquée⁷⁶⁴, est logique dans l'optique des assurances sociales pour les soins, puisque la LAA et la LAMal doivent garantir une couverture sans lacunes⁷⁶⁵.

L'arrêt concerne un acte téméraire, mais les considérations sont étendues aux cas de faute grave et d'exposition à des dangers extraordinaires⁷⁶⁶. Il concerne un accident dans le cadre de la LAMal, mais nous imaginons mal une solution différente pour une maladie⁷⁶⁷. Nous pensons dès lors que cette jurisprudence est également applicable en cas de faute grave en ce qui concerne les prestations en nature prises en charge par la LAMal en cas de maladie.

Par contre, le Tribunal fédéral n'évoque pas la question de la faute intentionnelle. A ce titre, il faut rappeler qu'en cas de faute intentionnelle dans le cadre de la LAA, c'est la notion même de l'accident qui est remise en cause. De par le rôle subsidiaire accordé à l'assurance-maladie, l'événement

⁷⁶² ATF 124 V 356.

⁷⁶³ ATF 124 V 361.

⁷⁶⁴ Jean-Louis Duc: "La faute, les dangers extraordinaires et les entreprises téméraires dans la LAMal", SZS 2000, pp 80 ss.

⁷⁶⁵ RAMA 1997, p. 291; cet arrêt laisse toutefois ouverte la question de la faute grave. Au sujet des rôles complémentaires et subsidiaires de la LAMal, cf. notamment un arrêt rendu en matière de soins dentaires: RAMA 2001, pp 37-38
⁷⁶⁶ ATF 124 V 361.

⁷⁶⁷ Voir aussi Jean-Louis Duc: "La faute, les dangers extraordinaires et les entreprises téméraires dans la LAMal", SZS 2000, p. 87.

causé intentionnellement serait alors à considérer comme une maladie à notre sens, ce qui donnerait droit aux prestations pour soins selon la LAMal. Cette opinion est à notre avis renforcée par le fait que le Tribunal fédéral, lorsqu'il parle de la prise en charge par la LAMal des prestations refusées sous la LAA, évoque aussi les refus pour exposition à des dangers extraordinaires qui entraînent également le refus de toute prestation selon la LAA⁷⁶⁸. La version française de l'art. 21 al. 1 LPGa pose toutefois problème puisqu'elle ne limite pas la possibilité de réduction ou de refus des prestations aux prestations en espèce, contrairement à la version allemande qui précise qu'il s'agit des *Geldleistungen*⁷⁶⁹. Nous pensons que la version allemande doit l'emporter pour éviter une couverture lacunaire des soins pris en charge par nos assurances sociales. Les prestations en nature couvertes par la LAMal ne peuvent donc pas être refusées ou réduites par le biais de cette disposition⁷⁷⁰.

La version française de l'art. 21 al. 1 LPGa pose encore un autre problème puisqu'elle prévoit qu'en cas d'aggravation du risque, les prestations peuvent également être refusées ou réduites, sans préciser que cela ne serait possible qu'en cas d'aggravation intentionnelle⁷⁷¹. Là encore, la version allemande apporte la réponse puisque le "*vorsätzlich*" se rapporte autant à "*herbeigeführt*" qu'à "*verschlimmert*". La possibilité de réduction ou de refus des prestations en espèces ne peut donc être étendue, par le biais de cette disposition, aux cas de négligence grave.

Il faut déduire de ce qui précède que non seulement une caisse-maladie ne peut pas invoquer une faute grave de l'assuré ou un acte téméraire pour justifier une réduction voire un refus de prestations, et ce autant en cas de maladie qu'en cas d'accident, mais encore qu'elle doit prendre en charge des prestations pour soins refusées en tout ou partie par l'assureur LAA⁷⁷²! Cette dernière remarque a toutefois peu d'importance en pratique, puisque la réduction des prestations pour soins n'est possible qu'en cas de faute

⁷⁶⁸ ATF 124 V 360-361.

⁷⁶⁹ BBl 2000 5045.

⁷⁷⁰ Ceci correspond d'ailleurs à ce que préconisait la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du conseil national (cf. FF 1999 4214) et les débats parlementaires ne reflètent pas une volonté de prévoir une version correspondant au texte français actuel (cf. BO CN 2000, pp 650 ss., p. 967; BO CN 1999, p. 1239; BO CE 2000, p. 179).

⁷⁷¹ L'adverbe "intentionnellement", utilisé à deux reprises, se rapporte à "en a provoqué la réalisation" et à "en commettant un crime ou un délit", mais pas à l'aggravation du risque.

⁷⁷² ATF 124 V 360-361.

intentionnelle ou d'exposition à un danger extraordinaire. A notre sens, ces deux éléments sont également couverts par la jurisprudence du kilomètre lancé; il n'y a donc pas de lacune dans la prise en charge des soins.

5.6.4.4 *La toxicomanie*

Alors que nous venons d'arriver à la conclusion que la LAMal ne permet pas la réduction des prestations pour soins en cas de faute grave, il faut pourtant relever une curieuse disposition de l'annexe 1 de l'OPAS qui prévoit la possibilité de réduire les prestations ambulatoires pour faute grave dans le cadre du traitement pour toxicomanes⁷⁷³. A notre sens, la légalité de cette disposition est des plus douteuses au vu de ce qui précède et au regard du fameux arrêt Favre concernant la légalité d'une disposition d'application⁷⁷⁴. Il faut relever de surcroît que l'OPAS constitue une sous-délégation du Conseil fédéral au Département fédéral de l'Intérieur.

Une disposition semblable se trouve également en matière de prescription médicale d'héroïne. L'annexe 1 de l'OPAS renvoie à une ordonnance spéciale édictée en la matière⁷⁷⁵ et dont l'art. 22 prévoit la possibilité du retrait de l'autorisation à des conditions correspondant à une faute grave de la personne. Cette ordonnance n'est pas édictée en application de la LAMal, mais dans le cadre de la législation en matière de stupéfiants; il nous semble dès lors plus difficile de contester ce retrait d'autorisation qui ne correspond pas à une réelle réduction des prestations pour faute grave.

5.6.4.5 *Le suicide et l'automutilation*

Le suicide peut être défini comme étant l'acte intentionnel ou non de se donner la mort ou la demande d'assistance par autrui pour cet acte⁷⁷⁶. Il s'agit d'un problème de santé publique d'une grande importance: entre 1986 et

⁷⁷³ Annexe 1 OPAS, 8.

⁷⁷⁴ ATF 103 IV 192.

⁷⁷⁵ Ordonnance du 8 mars 1999 sur la prescription médicale d'héroïne, RS 812.121.6.

⁷⁷⁶ Cf. aussi Alfred Maurer: "Schweizerisches Unfallversicherungsrecht", 1989, p. 194.

1990, 4281 hommes et 1661 femmes se sont (officiellement) suicidés⁷⁷⁷; en 1997, 950 hommes et 386 femmes se sont (officiellement) suicidés⁷⁷⁸. En rapport avec l'objet de ce travail, seules les tentatives de suicide sont prises en considération, puisque le problème n'est traité que sous l'aspect des soins. Par analogie, l'automutilation pourrait être définie comme étant l'acte intentionnel ou non de causer une lésion corporelle sur soi-même.

L'assureur LAA couvre le suicide dans deux cas de figure:

- Le suicide est la conséquence évidente d'un accident⁷⁷⁹;
- L'assuré n'était pas capable de discernement au sens de l'art. 16 CC au moment de l'acte (art. 48 OLAA)⁷⁸⁰.

Ce dernier cas de figure peut être transposé à notre avis, aux situations d'automutilation.

Si l'assuré était capable de discernement au moment de commettre l'acte, l'assureur refuse toute prestation en cas de suicide, mais aussi d'automutilation, considérant qu'il s'agit d'un acte intentionnel au sens de l'art. 37 al. 1 LAA. Apparemment, le critère de la capacité de discernement n'a pas encore été sérieusement mis en question, alors que des problèmes peuvent se poser pour les suicides pendant une dépression ou les suicides - appels au secours.

En ce qui concerne la tentative de suicide, il faut rappeler que le Tribunal fédéral admet que les conditions de l'accident ne sont pas remplies dès lors qu'il y a intention de porter atteinte à sa vie ou à sa santé, peu importe le résultat sur lequel portait l'intention; il y a donc des suites de tentatives de suicide qui ne sont pas couvertes par la LAA⁷⁸¹.

La question de la prise en charge de ces cas dans le cadre de la LAMal n'est pas absolument claire puisque l'arrêt du kilomètre lancé mentionné plus haut ne concernait que la faute grave et l'acte téméraire. Cependant, à notre avis,

⁷⁷⁷ Olivier Jeanneret / Vladeta Ajdacic-Gross: "Suicide", 1999, p. 307, ainsi que d'autres analyses: pp 303 ss.

⁷⁷⁸ Pharma Information 2001, pp 14-15.

⁷⁷⁹ ATF 100 V 79; 120 V 352 (détails sur la notion de conséquence évidente).

⁷⁸⁰ Pour une casuistique détaillée, cf. Alexandra Rumo-Jungo: "Die Leistungskürzung oder -verweigerung gemäss Art. 37-39 UVG", 1993, pp 129 ss.

⁷⁸¹ ATF 115 V 152.

seule une décision de prise en charge devrait entrer en ligne de compte, sur la base de la définition donnée à l'art. 2 al.1 LAMal, de l'absence de dispositions relatives au comportement de l'assuré dans la LAMal et de l'application de l'art. 21 al. 1 LPGA limitée aux seules prestations en espèces. Il n'y aurait donc pas de lacune en la matière.

5.6.5 Incertitudes quant au caractère économique d'un traitement

En principe, un traitement n'est examiné à la lumière du critère économique que s'il existe un autre traitement moins cher et provoquant un effet semblable, à moins qu'il y ait une disproportion évidente entre le coût et l'effet d'un traitement (cf. 5.4.4).

La vraie question qui se pose ici est de savoir si un traitement très coûteux peut être refusé, même s'il n'y a pas de véritable alternative. Pour l'instant, les éléments de réponse apportés par la jurisprudence quant à l'application du principe de proportionnalité ne permettent pas de réponse très claire à cette question. Le Tribunal fédéral est très restrictif dans l'application de ce principe. Devant des traitements coûteux, il semble qu'il préfère insister sur la condition du caractère approprié, plutôt que de parler d'analyse coûts / bénéfice. C'est ce qu'il a fait dans l'arrêt concernant la revascularisation du myocarde et le remplacement de la valve aortique⁷⁸². La condition du caractère approprié des prestations étant de nature médicale, il est donc difficile de parler de lacune de prise en charge. Il sera intéressant de suivre l'évolution de la jurisprudence à ce sujet.

5.7 Un droit aux soins par le biais des assurances sociales?

Tout au long de ce chapitre, nous avons exposé le système des assurances sociales de soins en Suisse - essentiellement la LAA et la LAMal - dans le but d'examiner jusqu'à quel point un véritable droit aux soins était réalisé par ce biais en Suisse. Une certitude a été relevée par le Tribunal fédéral: la LAMal va bien au-delà des soins essentiels⁷⁸³. La même conclusion peut être

⁷⁸² ATF 125 V 95.

⁷⁸³ ATF 122 I 347.

tirée en ce qui concerne la LAA, dans le cadre de son champ d'application propre.

Actuellement, le système présente relativement peu de lacunes; nous avons toutefois relevé les éléments suivants, essentiellement dans le cadre de la LAMal, puisque celle-ci a également une fonction subsidiaire par rapport à la LAA:

- Au niveau des personnes: essentiellement les ressortissants étrangers séjournant en Suisse pour une courte durée et n'y exerçant pas d'activité dépendante et les personnes séjournant en Suisse de manière illégale;
- Au niveau des prestations: les frais dentaires constituent une véritable et importante lacune; la FIVETE n'est pas couverte, alors que la stérilité est considérée comme une maladie, mais nous laisserons ouverte la question de savoir s'il s'agit d'une véritable lacune; les traitements de l'obésité sont soumis à des conditions restrictives, mais il nous semble difficile de parler de véritable lacune; les psychothérapies et les traitements neuropsychologiques effectués par des non-médecins ne sont en principe pas couverts, mais cela ne constituerait une lacune, à notre avis, que si un traitement équivalent ne pouvait pas être offert par un fournisseur de prestations admis; quant à la jurisprudence en matière d'EMS, respectivement de soins à domicile, il s'agira de suivre son évolution, notamment sous l'angle de l'atteinte à la liberté personnelle;
- En relation avec la responsabilité individuelle: il n'y a pas à notre sens de lacune, mais il faudrait attendre une confirmation de la jurisprudence rendue en matière de faute grave et d'acte téméraire, en ce qui concerne la faute intentionnelle;
- Au niveau du principe de l'économicité: le principe est encore manié avec une grande retenue par le Tribunal fédéral et la distinction entre l'appréciation médicale et économique n'est pas toujours aisée; il faudra suivre l'évolution de la jurisprudence, notamment en rapport avec des traitements coûteux lorsqu'il n'y a pas de véritable alternative de traitement;
- Au niveau des mesures sur le plan macroscopique: elles ne sont pas encore en place partout ou seulement depuis peu, ce qui rend difficile l'estimation des effets, notamment en ce qui concerne les délais d'attente; nous verrons dans les chapitres relatifs aux Pays-Bas et au Royaume-Uni que de longues listes d'attente peuvent constituer une véritable lacune du système de soins;

-
- La dichotomie LAA / LAMal implique beaucoup de tracasseries pour tous les intervenants, mais ne conduit pas à des lacunes, en raison du caractère subsidiaire de la LAMal.

Les quelques lacunes relevées impliqueraient un examen au cas par cas sous l'angle du droit constitutionnel aux soins essentiels qui est à la base du système "un bloc, deux piliers" exposé dans le chap. 3. Les personnes séjournant en Suisse de manière illégale et nécessitant des soins peuvent invoquer le droit aux soins essentiels au sens de la définition donnée dans le chapitre 3. Il s'agirait alors d'examiner si les soins demandés entrent dans la catégorie protégée par le droit fondamental, c'est-à-dire si ce sont des soins d'urgence ou de médecine générale absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine.

La même réflexion doit être faite pour les soins dentaires non pris en charge par la LAA et n'entrant pas dans le cadre des art. 17-19 OPAS. A notre avis, des actes aussi simples que l'extraction d'une dent et, lorsque la dentition présente trop de lacunes et que la fonction masticatoire n'est plus possible, la pose d'une prothèse amovible doivent être considérés comme des soins essentiels. Plus généralement, nous pensons que toutes les mesures minimales servant à rétablir la fonction masticatoire là où elle n'est plus possible, sont couvertes par le droit fondamental aux soins essentiels. Il est évident que les conditions devraient être affinées à l'aide de spécialistes de la médecine dentaire.

Par la conjonction du droit constitutionnel et du système d'assurances sociales actuellement en vigueur, un véritable droit aux soins nécessaires nous semble garanti actuellement en Suisse, sous réserve des soins dentaires et des quelques incertitudes résumées sous 5.7. Nous insistons toutefois sur le terme "actuellement", car ce droit n'est pas uniquement garanti par la Constitution, mais aussi par des dispositions légales pouvant être modifiées plus facilement.

6 Le système de soins aux Pays-Bas

6.1 Principales caractéristiques du système de soins

6.1.1 Un système d'assurance

Comme la Suisse, les Pays-Bas connaissent un système d'assurances pour réaliser concrètement l'accès aux soins. Par conséquent, le système néerlandais est aussi caractérisé par une relation triangulaire médecin-patient-assureur, comprenant un contrat de soins entre le fournisseur de soins et le patient, une relation d'assurance entre l'assuré et l'assureur⁷⁸⁴ et une convention entre le fournisseur de soins et l'assureur. L'Etat fixe les conditions-cadre légales et budgétaires du système de soins.

Par ailleurs le système néerlandais est également caractérisé par une pluralité d'assureurs privés qui se trouvent en concurrence les uns avec les autres et qui doivent "acheter" les soins auprès des fournisseurs de prestations. Les assureurs ont une obligation de fournir les soins (*zorgplicht*) et doivent par conséquent en assurer l'accès par leur financement. Ils n'ont pas encore le droit de les fournir eux-mêmes⁷⁸⁵.

Le système est très largement empreint de la tradition de discussion avec tous les intéressés et de compromis qui imprègne toute la politique néerlandaise, le fameux "*poldermodell*"⁷⁸⁶. Encore plus qu'en Suisse, le compromis entre solidarité et concurrence est recherché, au prix de structures et de réglementations de plus en plus complexes.

6.1.2 Historique des assurances de soins aux Pays-Bas

Si le chapitre sur le système de soins aux Pays-Bas commence par une introduction historique relativement longue, c'est parce qu'un minimum de connaissances est nécessaire à la compréhension d'un système qui, à force de

⁷⁸⁴ La qualification juridique de ce rapport varie selon le secteur d'assurance : assurances sociales ou purement privées, cf. trois piliers exposés plus loin.

⁷⁸⁵ Art. 42 al. 1 Wet van 15 oktober 1964, stb. 392, houdende regelen met betrekking tot de geneeskundige verzorging door middel van ziekenfondsverzekering, ci-après Ziekenfondswet.

⁷⁸⁶ Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, p. 5.

changements successifs, est devenu difficile à cerner dans son ensemble, dans toutes ses finesses et dans son ambivalence⁷⁸⁷. Cet historique démontre, plus encore que l'exemple suisse, le rôle central que le système de soins joue dans le débat politique plus général relatif à la solidarité, la concurrence et la responsabilité individuelle. L'histoire des changements successifs illustre particulièrement la dépendance entre l'organisation du système de soins et l'orientation politique, puisque chaque changement de cabinet a entraîné de nouveaux rapports, chacun proposant une modification du système. Le changement récent le plus important a été le passage, en 1994, de l'ère démocrate-chrétienne à l'ère "violette" - "*paarse kabinet*" (coalition entre socialistes et libéraux) qui a entraîné notamment un changement de cap par rapport au très important rapport Dekker (1987) qui sera examiné plus loin.

La loi sur l'assurance maladie (*Ziekenfondswet*, ci-après: ZFW⁷⁸⁸) accorde d'office une couverture de base pour les employés situés en-dessous d'une certaine limite de salaire (art. 3 ZFW) et leur famille (art. 4 ZFW); elle a été édictée en 1966. Les primes sont calculées en fonction du revenu et payées pour une grande part par l'employeur. Dans un premier temps, les personnes non soumises à la ZFW n'ont eu que la possibilité de s'assurer facultativement (*particuliere verzekering*).

Une année plus tard, une assurance pour les dépenses médicales spéciales obligatoire pour tous, notamment pour les soins de longue durée, a été introduite (*Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten*, ci-après: AWBZ⁷⁸⁹). L'AWBZ était destinée à couvrir les risques qui ne peuvent pas être assurés selon des critères asséurologiques purs. La prime est calculée en fonction du revenu et prélevée avec les impôts.

En 1986, alors que des commissions chargées de la réforme du système de soins préparent un rapport, une loi est introduite dans le but d'atténuer les primes des "mauvais risques" (*Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen*, ci-après: WTZ⁷⁹⁰), notamment des personnes âgées, qui n'avaient jusque là que la possibilité de conclure une assurance facultative soumise aux seules règles du marché. Entre temps, le champ d'application de la WTZ a été élargi notamment aux indépendants dont le

787

Ambivalence notamment entre responsabilité individuelle, flexibilité et surréglementation étatique, cf. H.J.J. Leenen: "Volksgezondheid in het perspectief van de burger", 2000, p. 21.

788

Stb 1964, 392.

789

Stb 1967, 655.

790

Stb 1986, 123.

revenu est inférieur au montant-limite fixé par la ZFW. Cette loi a notamment introduit l'obligation pour les assureurs de proposer une police standard, semblable à la couverture prévue par la ZFW, et l'obligation d'accepter la conclusion, indépendamment de l'analyse du risque. Par contre, contrairement à la ZFW, la prime n'est pas fonction du revenu et doit être entièrement supportée par l'assuré. La prime est plafonnée grâce à un système de péréquation entre les autres assurés et les assurés WTZ.

Le fameux Rapport Dekker "*Bereidheid tot verandering*"⁷⁹¹ a été publié en 1987; il a pour but de lutter contre les inconvénients constatés à l'époque: absence de solidarité dans les assurances facultatives, système de soins trop centralisé avec l'inefficacité que cela pouvait entraîner, peu de liberté de choix. Le rapport prévoyait notamment d'introduire une assurance de base obligatoire pour tous, supportée en grande partie par l'AWBZ, comportant des primes à la fois nominales et en fonction du revenu, des franchises facultatives et la possibilité de changer d'assureur.

En réponse au rapport Dekker, une première série de changements a été introduite en 1989, notamment la fixation d'un budget pour les assureurs maladie et le transfert de certaines prestations de la ZFW à l'AWBZ, notamment les traitements psychiatriques ambulatoires et stationnaires, ainsi que les moyens auxiliaires.

L'année 1992 a connu une deuxième phase de changements et un nouveau rapport: le Rapport Dunning "*Keuzen in de zorg*"⁷⁹². La deuxième phase de changements a été marquée par l'introduction de mécanismes favorisant la concurrence, notamment par la suppression de l'obligation de contracter entre assureurs et fournisseurs de soins non institutionnels, par le transfert de nouvelles prestations de la ZFW à l'AWBZ, la fixation d'un budget pour les assureurs AWBZ, et de tarifs maximums. Le rapport Dunning, partant de l'hypothèse qu'il est plus juste de garantir les soins nécessaires à tous, plutôt que d'assurer un accès à tous les soins imaginables à une partie de la population seulement, proposait un système de quatre filtres, dans le but de maîtriser les coûts, en fixant les conditions suivantes pour que les soins soient pris en charge: nécessité, efficacité, économie et responsabilité individuelle⁷⁹³. Le système des quatre filtres est toutefois resté un modèle

⁷⁹¹ "Bereidheid tot verandering", Distributiecentrum overheidspublicaties, 1987.

⁷⁹² Commissie Keuzen in de zorg, Keuzen en delen, Distributiecentrum DOP, 1991.

⁷⁹³ Voir à ce sujet M.A. Viononen: "Health and the Health Care System in the Netherlands", 1997, p. 29.

théorique, souvent cité par des auteurs étrangers, mais sans véritable application pratique aux Pays-Bas.

Un nouveau changement de cap a été effectué en 1994, avec l'arrivée au pouvoir du "cabinet violet". Le cabinet Kok (du nom du premier ministre) a publié un nouveau rapport en 1994/1995: la "*Nota Gezond en Wel*"⁷⁹⁴, constatant que les changements introduits au cours des années précédentes n'ont pas conduit aux résultats escomptés⁷⁹⁵, notamment en ce qui concerne la maîtrise des coûts. Le changement le plus important que propose ce nouveau rapport consiste en une distanciation par rapport à l'idée d'une assurance de base fondée sur l'AWBZ et la consolidation d'un système à trois piliers (cf. examen plus détaillé ci-dessous). Le but du système mis en place est de garantir des soins de qualité accessibles et économiquement supportables à chacun⁷⁹⁶, mais aussi d'introduire une stimulation à la concurrence par l'entremise, dans certains secteurs, de primes partiellement nominales fixées par les assureurs, dépendantes du risque à assurer et non du revenu.

Actuellement, la question d'une assurance de base obligatoire pour tous est à nouveau posée. Les propositions varient toutefois selon leur origine politique et, contrairement à la proposition formulée dans le rapport Dekker, il n'est plus vraiment dans l'air du temps politique d'employer l'AWBZ comme modèle pour une assurance de base⁷⁹⁷. Plus généralement, une réflexion globale de fond quant au système de soins est en cours et les rapports foisonnent⁷⁹⁸. La tendance qui se dessine indique plutôt une augmentation des mécanismes de marché; elle est liée à une tendance plus générale de société qui pourrait se résumer dans l'adage "qui paie décide"⁷⁹⁹.

⁷⁹⁴ "Nota Gezond en Wel", Tweede Kamer, 1994-1995, 24 124.

⁷⁹⁵ H.D.C Roscam Abbing / G.C.J.M. Hamilton-van Hest / L.F. Markenstein: "De rechtspositie van de verzekerde in het nederlandse

ziektekostenverzekeringssystem - een analyse op hoofdlijnen", 1995, p. 18.

⁷⁹⁶ H.D.C Roscam Abbing / G.C.J.M. Hamilton-van Hest / L.F. Markenstein: "De rechtspositie van de verzekerde in het nederlandse ziektekostenverzekeringssystem - een analyse op hoofdlijnen", 1995, p. 20.

⁷⁹⁷ Voir ébauche de modèle par H.J.J. Leenen: "Volksgezondheid in het perspectief van de burger", 2000, pp 23 ss.

⁷⁹⁸ Notamment Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Beweging in de zorg", 2000; "Grenze(n)loze zorg", 2000; "Gezondheidszorg in sociaal-economisch perspectief", 2000; à l'intention du Parlement: "Vraag aan bod", 2001, TK 2000-2001 27855 nrs 1-2

⁷⁹⁹ Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Beweging in de zorg", 2000, p. 16.

6.1.3 Partage des secteurs d'assurance: trois piliers

Le système d'assurance-maladie néerlandais repose sur trois piliers⁸⁰⁰:

- Soins chers considérés comme non assurables par les assureurs et soins de longue durée: prise en charge par l'AWBZ; cette assurance est financée par des primes en fonction du revenu et couvre toute la population;
- Soins médicaux nécessaires: prise en charge essentiellement par la ZFW, mais aussi par la WTZ par une assurance "paquet de soins standards" et par le régime spécial des fonctionnaires; la ZFW couvre environ 60% de la population⁸⁰¹ (personnes ayant un revenu en-dessous de la limite maximale fixée et rentiers⁸⁰²); la WTZ est destinée aux personnes non soumises à la ZFW, mais ayant un revenu en dessous du maximum fixé, l'assureur ayant l'obligation d'accepter d'assurer une personne répondant aux conditions fixées par la loi et qui en fait la demande⁸⁰³;
- Pour les personnes ne correspondant pas aux critères fixés pour les assurances du deuxième pilier, notamment celles dont le revenu dépasse la limite fixée par la loi, et pour les personnes qui souhaitent une couverture complémentaire, il est possible de conclure une assurance privée facultative (*particuliere verzekering*), dont la prime est nominale et par conséquent uniquement déterminée par le risque à assurer.

Paradoxalement, si l'idée d'une assurance de base pour tous, fondée sur l'AWBZ a été abandonnée, l'AWBZ reste pourtant au coeur du système, en tant que premier pilier, les autres assurances étant subsidiaires. Un certain nombre de traitements sont pris en charge par le biais de l'AWBZ: séjour de longue durée dans un établissement de soins, un hôpital psychiatrique, un sanatorium, un home ou un appartement protégé, ainsi que les soins psychiatriques ambulatoires, l'aide aux sourds et aux aveugles, les

800 Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, p. 7.

801 Y.W. van Kemmenade: "Health care in Europe", 1997, p. 113.

802 Pour plus de détails, cf. art. 3 ZFW et Aanwijzingsbesluit verplicht verzekerden Ziekenfondswet, Stb. 1965, 638.

803 Art. 3-4 WTZ.

vaccinations, etc⁸⁰⁴. Les soins à domicile en font également partie, le but étant d'arriver à une meilleure coordination avec les soins de longue durée. Cette assurance couvre toute la population et est obligatoire.

Même si sa fonction est plus importante de manière quantitative⁸⁰⁵, la ZFW a un caractère subsidiaire par rapport à l'AWBZ, puisque l'art. 8 ZFW précise que seules les prestations ne relevant pas de l'AWBZ sont couvertes. Ce pilier est obligatoire pour le cercle des assurés défini, c'est-à-dire pour les employés ayant un salaire ne dépassant pas une certaine limite (NLG 65'700.- en 2001), leurs familles et les bénéficiaires d'une prestation de la sécurité sociale. La ZFW est mise en oeuvre par des assureurs privés auxquels une tâche publique est attribuée.

6.1.4 Concurrence

6.1.4.1 Entre assureurs

Les assureurs chargés d'appliquer la ZFW et l'AWBZ ont à la fois un rôle d'assureur au sens strict et d'acheteur de prestations de soins, de manière un peu semblable au système du Royaume-Uni sous le gouvernement Thatcher (cf. chap. 7). Chaque assureur est porteur de son risque financier, par un système de budgets exposé plus loin. Théoriquement, les assureurs sont en situation de concurrence, mais celle-ci peine à s'établir et la tendance est à la concentration des assureurs dans le domaine de l'assurance-maladie⁸⁰⁶. Selon l'autorité en matière de concurrence, les assureurs ZFW sont considérés comme des entités exerçant une activité économique, c'est-à-dire comme des entreprises, en concurrence les uns avec les autres, même si leur activité a un but social et est financée en grande partie par l'Etat⁸⁰⁷.

Comme en Suisse, la marge de manoeuvre est faible pour une véritable concurrence, puisque les prestations de base sont déterminées de manière

⁸⁰⁴ Plus de détails dans Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, pp 11-17.

⁸⁰⁵ En 1997, 31% des dépenses étaient prises en charge par AWBZ, et 35 % par ZFW; Y.W. van Kemmenade: "Health care in Europe", 1997, p. 113.

⁸⁰⁶ Voir notamment G.J.A. Hamilton: "Zorgmonopolies - wat blijft er nog te kiezen?", TvGR 1999, p. 413.

⁸⁰⁷ Décision du directeur général de la Mededingingsautoriteit, RZA 2000, pp 397 ss.; cf. aussi M.R. Mok: "Mededingingswet en gezondheidszorg", TvGR 1999, p. 293.

stricte et qu'il y a peu de flexibilité au niveau de la prime, seule la partie nominale pouvant être influencée. La suppression de l'obligation de contracter est un facteur qui favorise la concurrence, mais elle ne concerne pas encore les fournisseurs institutionnels (p. ex. hôpitaux)⁸⁰⁸.

L'assuré ZFW a le libre choix de son assureur parmi les assureurs agréés pour l'assurance maladie) et l'assureur qu'il a choisi s'occupera également d'éventuelles prétentions selon l'AWBZ. Un changement d'assureur ne peut être effectué au maximum qu'une fois par année.

6.1.4.2 *Entre fournisseurs de prestations*

La grande majorité des fournisseurs de soins, y compris les institutions, sont des privés⁸⁰⁹. Selon l'autorité de concurrence, les fournisseurs de prestations, en particulier les hôpitaux, doivent être considérés comme des entreprises, c'est-à-dire comme des entités exerçant une activité économique⁸¹⁰ et se trouvant donc en concurrence. L'autorité de concurrence a toutefois souligné que, malgré les grandes déclarations politiques, la concurrence ne peut pas vraiment être effective du fait de la forte réglementation du secteur des soins⁸¹¹.

L'obligation de contracter entre assureurs et fournisseurs de prestations non institutionnels a été supprimée en 1992⁸¹². Cette suppression est liée au fait que les assureurs ont dû assumer en partie le risque financier de leurs activités dès ce moment⁸¹³. Les conséquences de ce système sont que l'assureur a le libre choix du fournisseur de prestations non institutionnel et les fournisseurs de prestations sont théoriquement en concurrence sur les

⁸⁰⁸ Il est prévu de supprimer l'obligation de contracter également pour les fournisseurs institutionnels.

⁸⁰⁹ Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, p. 5.

⁸¹⁰ Décision du directeur général de la Mededingingsautoriteit, RZA 2000, pp 391ss. (décision rendue en matière de fusion de deux assureurs).

⁸¹¹ Décision du directeur général de la Mededingingsautoriteit, RZA 2000, pp 391 ss. (décision rendue en matière de fusion de deux hôpitaux).

⁸¹² Pour les fournisseurs institutionnels, l'obligation de contracter se trouve dans les art. 47 al. 1 ZFW et 45 al. 1 AWBZ.

⁸¹³ Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, p. 36.

plans du prix, de la qualité et de l'accès⁸¹⁴ non seulement vis-à-vis des patients, mais aussi vis-à-vis des assureurs.

Pour l'assuré, le libre choix quant au fournisseur de prestations (art. 9 al. 2 ZFW) est limité par le système du *gatekeeper* exposé plus loin, qui implique un passage obligatoire auprès d'un médecin de famille librement choisi, avant de pouvoir accéder à des médecins spécialistes ou à des soins hospitaliers.

6.2 Principales caractéristiques du système d'assurances

6.2.1 Distinction en fonction du caractère assurable des soins

Malgré la dénomination "maladie" des assurances selon la ZFW, l'AWBZ et la WTZ, la couverture s'étend également au risque accident, sans qu'aucune distinction ne soit faite. Il n'y a pas non plus d'assurance distincte pour les accidents et maladies professionnels. Plus que d'assurance-maladie, c'est d'assurance de soins qu'il faudrait parler. La distinction maladie / accident, si chère au droit suisse et qui conduit souvent à des développements juridiques et médicaux complexes (cf. chap. 5), n'est même jamais mentionnée en droit néerlandais dans ce domaine.

Par contre, le système néerlandais opère une distinction entre soins assurables selon les règles asséculogiques - c'est-à-dire conduisant à des primes raisonnables sur la seule base de l'évaluation du risque, sans qu'il y ait subvention - et les soins pour lesquels, aux dires des assureurs, aucune couverture raisonnable ne pourrait être offerte sans intervention de l'Etat. Les soins nécessitant une intervention plus intensive de l'Etat sont essentiellement les soins de longue durée, mais aussi les soins psychiatriques⁸¹⁵. En ce qui concerne la psychiatrie, le système de prise en charge est très institutionnalisé et compartimenté, même dans le domaine ambulatoire⁸¹⁶.

⁸¹⁴ H.D.C. Roscam Abbing: "Goed verzekeraarschap", TvGR 2000, p. 142.

⁸¹⁵ Art. 20 ss Besluit zorgaanspraken bijzondere ziektekosten verzekering.

⁸¹⁶ Le secteur est en plein remaniement, cf. recueil de la deuxième chambre du parlement, TK 1998-1999, 25424 no 6, "Geestelijke gezondheidszorg".

6.2.2 Obligation d'assurance

Le caractère obligatoire et de plein droit de l'assurance-maladie diffère selon la nature des assurances de soins. Celles-ci sont réparties en trois piliers:

- L'AWBZ est obligatoire pour tous; elle couvre notamment toute la population résidant au Pays-Bas⁸¹⁷;
- Il y a également obligation d'assurance pour les employés répondant aux critères de revenus assez restrictifs⁸¹⁸ ou pour les bénéficiaires de prestations sociales énumérées dans la ZFW;
- Pour toutes les autres personnes, il n'y a aucune obligation d'assurance concernant les prestations non prises en charge par l'AWBZ, si ce n'est celle qui incombe aux assureurs dans le cadre de la WTZ; les personnes à hauts revenus échappent complètement aux couvertures standard et donc aux primes fixées en fonction du revenu ou en fonction de limites imposées par l'Etat.

Le système néerlandais doit être regardé sous l'angle des soins pour tous, plus que sous l'angle de la solidarité des payeurs de primes, quoique ce dernier point soit un peu atténué par un système de péréquation entre assurés facultatifs et assurés WTZ⁸¹⁹. La protection obligatoire pour les soins n'entrant pas dans le cadre de l'AWBZ est uniquement destinée à ceux qui ont une position moins favorable dans la société⁸²⁰. Ce système est compliqué⁸²¹ et une assurance de base pour tous ne contribuerait pas seulement à plus de clarté, mais accroîtrait également l'élément de solidarité⁸²².

⁸¹⁷ Art. 5 AWBZ.

⁸¹⁸ Pour 2001, ce revenu maximal est fixé à NLG 65700.- par an, cf. Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, p. 25.

⁸¹⁹ Deux lois à ce sujet: Wet interne lastenverevening ziektekostenverzekeringsbedrijf Stb 1986, 115; Wet medefinanciering oververtegenwoordiging oudere ziekenfondsverzekerden, Stb 1986, 117.

⁸²⁰ H.D.C. Roscam Abbing: "Ziektekosten, zorg en verantwoordelijkheid van de overheid", Idee no 5, 1997, p. 1.

⁸²¹ H.J.J. Leenen: "Recht op gezondheidszorg, overheid en stelsel van ziektekostenverzekering", TvGR 1995, p. 405.

⁸²² H.D.C. Roscam Abbing: "Recht op gezondheidszorg: een beschouwing over grenzen en grenzen aan het stellen van grenzen", 1990, p. 91.

6.2.3 Rôle central du médecin de famille

Une des principales caractéristiques du système de soins néerlandais est l'importance donnée au médecin de famille⁸²³ qui est chargé des soins primaires⁸²⁴. En matière d'assurances de soins, celui-ci est un véritable *gatekeeper*, passage obligé vers l'hôpital et le spécialiste⁸²⁵. Ce système avait été instauré à l'origine pour les assurés ZFW, mais il a été étendu à tous, y compris les assurés facultatifs, par une clause figurant dans la plupart des contrats d'assurance⁸²⁶. Il faut noter l'importance donnée au terme "médecin de famille" ou littéralement "médecin de maison" (*huisarts*) et non de médecin généraliste. En effet, une des idées maîtresses du système est l'orientation familiale, partant de l'idée que la connaissance du contexte social et la proximité sont d'une importance capitale pour un suivi optimal. Toute personne doit choisir un médecin de famille et demander à être inscrite chez lui par son assureur (art. 9 al. 5 ZFW). Sauf en cas d'urgence, cette personne devra consulter exclusivement le médecin de famille choisi⁸²⁷. Le libre choix des médecins de famille ne peut être garanti que si ceux-ci se trouvent en nombre suffisant. Actuellement, des problèmes de rémunération et de valorisation de cette profession risquent de mettre le système en danger et, à ce titre, les récentes grèves donnent un signal d'alarme.

Dans le cadre de la ZFW, le médecin de famille n'est pas payé à l'acte comme en Suisse, mais sur la base d'un paiement forfaitaire dépendant du nombre de patients inscrits chez lui⁸²⁸. L'aspect positif de ce système est que le médecin de famille ne va pas multiplier les actes médicaux. Le danger est qu'il transfère un peu rapidement les patients nécessitant des soins plus difficiles et plus longs au spécialiste⁸²⁹, ce que le système voudrait justement éviter. Les

⁸²³ 90 % des soins sont donnés par le médecin de famille, cf. R.A. de Melker: "The family Doctor", 1997, p. 63.

⁸²⁴ Les soins primaires sont régulièrement définis par l'association professionnelle des médecins de famille, art. 3 *Verstrekkingsbesluit Ziekenfondsverzekering*.

⁸²⁵ Art. 12 al. 2 et 13 al. 2 *Verstrekkingsbesluit Ziekenfondsverzekering*.

⁸²⁶ R.A. de Melker: "The family Doctor", 1997, p. 61.

⁸²⁷ Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, p. 33.

⁸²⁸ Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, p. 33.

⁸²⁹ R.A. de Melker: "The family Doctor", 1997, p. 70.

droits et obligations des médecins de famille sont décrits de manière plus détaillée dans les conventions passées avec les assureurs⁸³⁰.

6.2.4 Financement

Le budget consacré à la santé aux Pays-Bas est limité de fait à environ 9 % du PIB. Récemment, cette limite a été légèrement relâchée pour répondre aux problèmes posés par les longues listes d'attente. Les différentes assurances sont financées par des primes ou par des contributions étatiques, ou encore par une combinaison des deux.

L' AWBZ est financée par des primes prélevées dans le cadre de l'impôt sur le revenu⁸³¹. Le fisc verse ces contributions au fonds AWBZ⁸³² qui est géré par le collège des assureurs maladie⁸³³. Ces contributions servent ensuite essentiellement à financer les institutions qui fournissent les soins.

Le financement de la ZFW est assuré par les éléments suivants⁸³⁴: primes en fonction du revenu versées par les employeurs⁸³⁵, primes nominales et contributions pour compenser le risque des personnes âgées⁸³⁶. Les primes nominales sont fixées et encaissées par les assureurs⁸³⁷; les autres éléments sont versés dans la caisse générale ZFW⁸³⁸.

La WTZ est financée par les éléments suivants: primes nominales, montants découlant de la péréquation entre assurés facultatifs et assurés WTZ⁸³⁹ et

- ⁸³⁰ Cf. modèle dans "Sociale verzekeringswetten - vol. 8 ZFW", annexe 5, no 11.
- ⁸³¹ Conformément à la Wet financiering volksverzekeringen, Stb. 1989, 129 et 1999, 564.
- ⁸³² Algemene Fonds Bijzondere Ziektekosten (art. 48-49 AWBZ); cf. aussi Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, p. 19.
- ⁸³³ College voor Zorgverzekeringen.
- ⁸³⁴ Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, pp 34-36.
- ⁸³⁵ En 2000, 8,1%, dont 6,35% à charge de l'employeur et 1,75% à charge de l'employé; la différence s'explique par le fait que la prime nominale est entièrement à charge de l'employé.
- ⁸³⁶ Wet medefinanciering oververtegenwoordiging oudere ziekenfondsverzekerden (MOOZ).
- ⁸³⁷ Pour 2000, en moyenne NLG 420.- par personne et par année.
- ⁸³⁸ Algemene kas van de ziekenfondsverzekering, cf. art. 15b ZFW.
- ⁸³⁹ Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, pp 48-49.

contributions pour compenser le risque des personnes âgées⁸⁴⁰. L'Etat fixe les primes maximales par catégorie d'assurés⁸⁴¹. Les primes sont encaissées par l'assureur.

Les assurances purement privées sont entièrement financées par des primes nominales. S'agissant d'assurances purement privées, aucune limite de montant n'est fixée et aucune subvention étatique n'est versée.

6.3 Prestations prises en charge

6.3.1 Prestations en nature et de plein droit

L'art. 22 Csl.-NL qui prévoit que l'Etat prend des mesures en vue d'encourager la santé publique est concrétisé par un système d'assurances qui prévoit des prétentions de "plein droit" à des prestations en nature. Seules l'AWBZ et la ZFW répondent toutefois à ces deux caractéristiques; notre analyse se concentrera dès lors sur ces deux assurances. La WTZ et les assurances privées fonctionnent selon le système de remboursement des frais (système du tiers-garant pour les soins ambulatoires et du tiers-payant pour les soins hospitaliers)⁸⁴².

Les art. 6 AWBZ⁸⁴³ et 8 ZFW⁸⁴⁴ prévoient expressément un droit aux soins, formulé sous forme de prétention (*aanspraak*). Cette formulation marque une

⁸⁴⁰ Wet medefinanciering oververtegenwoordiging oudere ziekenfondsverzekerden (MOOZ).

⁸⁴¹ Art. 7 al. 1 WTZ; en 2000, ce maximum se situe entre NLG 200 et 250.- par mois.

⁸⁴² E.J. Kronenburg-Willems / J.H. Mulden / F.M. Noordam: "Schematisch overzicht van de sociale verzekeringswetten", 1999, p. 21.

⁸⁴³ Art. 6 AWBZ: "De verzekerden hebben aanspraak op zorg ter voorkoming van ziekten en ter voorziening in hun geneeskundige behandeling, verpleging en verzorging" (les assurés ont droit aux soins nécessaires à la prévention de maladies, au traitement médical, aux soins infirmiers).

⁸⁴⁴ Art. 8 ZFW, al. 1: "De verzekerden hebben, voorzover daarop geen aanspraak bestaat ingevolge de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, ter voorziening in hun geneeskundige verzorging aanspraak op de navolgende verstrekkingen..."; al. 2: "Ziektefondsen dragen er zorg voor dat de bij hen ingeschreven verzekerden hun aanspraken tot gelding kunnen brengen" (al. 1: S'ils n'ont pas de prétentions en vertu de l'AWBZ, les assurés ont droit aux prétentions suivantes si elles sont

certaine différence avec un système de remboursement tel que celui de la LAMal en Suisse, qui ne prévoit que la prise en charge des coûts des prestations⁸⁴⁵; elles se rapprochent de l'art. 10 LAA qui accorde à l'assuré un droit à un traitement approprié.

Le droit à des prestations en nature tel que pratiqué aux Pays-Bas implique que l'assuré a droit aux soins mis à disposition par les assureurs selon la ZFW et l'AWBZ par le biais de leurs cocontractants⁸⁴⁶. Le droit aux prestations correspond dès lors à un droit aux soins fournis par les prestataires conventionnés⁸⁴⁷. Dans le système néerlandais, un lien étroit existe entre l'obligation de fournir des prestations en nature et le système de contrats liant les assureurs et les fournisseurs de soins (*overeenkomstensysteem*, art. 44 ss. ZFW)⁸⁴⁸. Pour les caisses ZFW, cela signifie qu'elles ont l'obligation de veiller à ce que l'offre en soins soit suffisante (*zorgplicht*)⁸⁴⁹, de manière à ce que les assurés puissent faire valoir leurs prétentions⁸⁵⁰ (recevoir des soins de qualité⁸⁵¹). Elles ont donc une obligation de conclure suffisamment de contrats avec des fournisseurs de soins⁸⁵².

nécessaires à leur traitement médical..., al. 2: les assureurs-maladie veillent à ce que les assurés inscrits auprès d'eux puissent faire valoir leurs prétentions).

845

Art. 24 al. 1 LAMal.

846

H.D.C. Roscam Abbing / G.C.J.M. Hamilton-van Hest / L.F. Markenstein: "De rechtspositie van de verzekerde in het nederlandse ziektekostenverzekeringssystem - een analyse op hoofdlijnen", 1995, p. 6.

847

Cf. notamment G.J.A. Hamilton: "Decker en Kohll voorbij", TvGR 2000, p. 345.

848

Notamment E.W.M. Meulemans: "Zorgaanspraken en wachtlijsten", TvGR 2000, p. 137; H.D.C. Roscam Abbing: "Goed verzekeraarschap", TvGR 2000, p. 142.

849

Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, p. 20.

850

E.W.M. Meulemans: "Zorgaanspraken en wachtlijsten", TvGR 2000, p. 137.

851

La qualité des soins est définie comme étant de bon niveau, appropriée, orientée vers le patient et correspondant aux besoins réels du patient; art. 2 Wet van 18 januari 1996, Stb. 80, betreffende de kwaliteit van zorginstellingen.

852

Notion de "goed verzekeraarschap" (bonne manière d'assurer), équivalente à l'attitude du bon père de famille à l'égard du prix, de la qualité et de l'accès; cf. H.D.C. Roscam Abbing: "Goed verzekeraarschap", TvGR 2000, pp 139 ss.

6.3.2 Accès aux fournisseurs de prestations

Le système néerlandais est caractérisé par son orientation vers les instances chargées de fournir les soins (*voorzieningengericht*)⁸⁵³. Par conséquent, il est moins axé sur une description des prestations auxquelles l'assuré a droit que sur la détermination des instances auxquelles il doit s'adresser pour recevoir des soins. Ce sont essentiellement les associations professionnelles qui déterminent le contenu des soins pris en charge⁸⁵⁴. La détermination de ces instances est influencée par les conventions passées entre les assureurs et les fournisseurs de prestations. Le système des conventions occupe ainsi une position tout à fait centrale pour permettre la réalisation des prétentions des assurés.

Ce système découle d'une option fondamentale prise en faveur de soins sur mesure (*zorg op maat*), ce qui implique une flexibilité dans l'attribution des soins. Ce qui est important est moins de déterminer à l'avance quels soins pourront être donnés, mais plutôt de déterminer qui pourra donner des soins. Une conséquence importante de ce système est que les mesures de contrôle des coûts aux Pays-Bas sont beaucoup plus orientées sur un plan macroscopique (planification, budgets) que microscopique (prestations dans le cas individuel).

6.3.3 Pas de liste générale et détaillée de prestations

Sauf pour les médicaments et les moyens auxiliaires, le système néerlandais ne connaît pas de véritable catalogue de prestations comme celui découlant de la LAMal en droit suisse. Ceci découle du système orienté sur les instances, tel que décrit ci-dessus. L'AWBZ couvre certaines catégories de soins, mais sans les définir plus précisément et la ZFW ainsi que les polices standard couvrent les soins qui ne sont pas couverts sous l'AWBZ, en citant les catégories de soins pris en charge, mais sans les décrire en détail.

⁸⁵³ H.D.C Roscam Abbing / G.C.J.M. Hamilton-van Hest / L.F. Markenstein: "De rechtspositie van de verzekerde in het nederlandse ziektekostenverzekeringssystem - een analyse op hoofdlijnen", 1995, p. 42.

⁸⁵⁴ Le *Verstrekkingenbesluit* ziekenfondsverzekering renvoie fréquemment à ce qui est usuel dans les groupes de professionnels concernés (... in de kring van beroepsgenoten gebruikelijk).

Les art. 6 AWBZ et 8 ZFW et les ordonnances d'application concernant les prestations⁸⁵⁵ ne contiennent qu'un catalogue des catégories de prestations globales prises en charge (p.ex. soins par un médecin spécialiste, soins par le médecin de famille) et non une énumération détaillée. Le contenu concret des prestations est de ce fait difficilement déterminable. Seuls certains domaines particuliers sont réglés de manière plus détaillée dans des ordonnances (p.ex. soins dentaires⁸⁵⁶, médicaments⁸⁵⁷, moyens auxiliaires⁸⁵⁸). Un récent rapport relève toutefois que ces quelques descriptions plus détaillées de prestations entravent déjà la flexibilité souhaitée pour le système de soins⁸⁵⁹. Basées sur les critères médicaux exposés plus loin, plusieurs décisions ont été rendues quant à la prise en charge d'une prestation déterminée dans un cas individuel⁸⁶⁰.

Il faut le répéter, ce n'est pas par une liste négative ou positive de prestations que les Pays-Bas essaient de maîtriser les coûts de la santé, mais plutôt par la restriction de l'accès direct aux soins coûteux par les contrats passés entre assureurs et fournisseurs de soins⁸⁶¹, par le système du *gatekeeper* et par la régulation de l'offre de soins sur le plan national.

-
- 855 Verstrekkingsbesluit Zienkenfondsverzekering Stb. 1966, 3; Besluit zorgaanspraken bijzondere ziektekostenverzekering Stb. 1991, 590.
- 856 Regeling tandheelkundige hulp ziekenfondsverzekering, Stert. 2000, I 18.
- 857 Regeling farmaceutische hulp 1996, Stert 2001, 11.
- 858 Regeling hulpmiddelen 1996, Stert 2000, 221.
- 859 Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Beweging in de zorg", 2000, p. 21.
- 860 Exemples: décision quant à la prise en charge d'un traitement chirurgical de l'épilepsie, RZA 2000, pp 14 ss; décision quant au refus de prise en charge d'une prothèse du genou dans un cas précis, même si cette prothèse est considérée comme un moyen auxiliaire selon l'ordonnance (motif: traitement pas approprié dans le cas précis et inutilement coûteux), RZA 2000, pp 476-477; décision contre la prise en charge d'un implant cochléaire, RZA 2001, pp 6 ss.
- 861 Ceux-ci prévoient généralement qu'une certaine retenue doit être exercée en matière de soins coûteux.

6.4 Mesures de contrôle des coûts au niveau macroscopique

6.4.1 Planification hospitalière

La loi concernant la planification hospitalière⁸⁶² va être abrogée par la loi sur l'exploitation des institutions fournissant des soins⁸⁶³. Cette dernière concrétise l'art. 22 Cst.-NL, puisqu'elle a pour but d'organiser un système équilibré de soins appropriés et accessibles à tous. La loi sur la planification hospitalière était centralisatrice, orientée vers la planification de l'offre et la capacité des institutions hospitalières était déterminée de manière normative par l'Etat⁸⁶⁴. Par contre, la loi sur l'exploitation des institutions fournissant des soins vise la décentralisation; elle est orientée vers la demande, laisse à l'Etat le rôle de fixer des conditions-cadre et accorde plus de compétences aux assureurs⁸⁶⁵. Il s'agit d'un revirement fondamental, situé dans la ligne d'une politique générale visant à responsabiliser les intervenants, à introduire les règles de la concurrence et à laisser à l'Etat le soin de fixer les conditions-cadre.

La loi sur l'exploitation des institutions fournissant des soins prévoit des dispositions concernant la construction des établissements, leur exploitation et la fin de l'exploitation. Elle a été élaborée suite au constat selon lequel l'offre était souvent trop limitée par rapport aux besoins réels et conduisait à de longues listes d'attente⁸⁶⁶.

⁸⁶² Wet van 25 maart 1971, Stb. 268, houdende regelen ter bevordering van doelmatige voorzieningen ter zake van ziekenhuizen en andere inrichtingen voor gezondheidszorg.

⁸⁶³ Wet exploitatie zorginstellingen, TK 2000-2001 27659; cette loi ne concerne pas seulement des hôpitaux, mais aussi des centres de soins.

⁸⁶⁴ Pour plus de détails, cf. H.J.J. Leenen / H.D.C. Roscam Abbing: "Bestuurlijk gezondheidsrecht", 1986, pp 104-105.

⁸⁶⁵ Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Vraag aan bod", 2001, p. 36.

⁸⁶⁶ Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Beweging in de zorg", 2000, p. 52.

6.4.2 Autorisations et tarifs

Le Collège des assureurs maladie délivre les autorisations aux institutions fournissant des prestations pour le compte de l'AWBZ et de la ZFW, en tenant compte notamment des besoins régionaux⁸⁶⁷. Il y a donc une première détermination des fournisseurs de prestations nécessaires aux besoins d'une région et seuls ceux-ci sont susceptibles d'être partie aux conventions avec les assureurs. Qui dit détermination et donc limitation du nombre de fournisseurs de soins, dit également impact sur l'accès aux soins. Il faut rappeler que les besoins déterminés à un moment donné peuvent fluctuer dans un laps de temps assez bref.

La loi sur les tarifs⁸⁶⁸ détermine le système de fixation des tarifs et les principes directeurs. Les tarifs sont négociés entre assureurs et fournisseurs de soins et approuvés par le Collège des tarifs en matière de soins⁸⁶⁹. L'art. 2 de la loi interdit notamment aux fournisseurs de soins d'utiliser un tarif non admis et l'art. 17b al. 2 interdit de dépasser les tarifs maximaux fixés par le Collège des tarifs.

6.4.3 Budget pour l'assurance ZFW

Chaque année l'Etat fixe le pourcentage de prime ZFW dépendante du revenu et un budget pour l'assureur. Ce dernier fixe ensuite une part de prime nominale pour les assurés⁸⁷⁰. Chaque assureur est responsable de son budget. Par ce biais, l'Etat peut également contrôler les coûts de la santé.

La fixation du budget annuel comporte donc trois étapes⁸⁷¹:

- Le ministère fixe annuellement le budget global destiné aux soins et quelques principes directeurs de répartition; en principe, ce budget n'est pas suffisant, afin de laisser une marge de manoeuvre aux assureurs dans

⁸⁶⁷ Art. 8 al. 3 AWBZ et 8a al. 3 ZFW.

⁸⁶⁸ Wet Tarieven Gezondheidszorg (WTGZ), Stb. 1980, 646 et 1999, 185.

⁸⁶⁹ College tarieven gezondheidszorg, organisation et compétences, cf. art. 18 ss WTGZ.

⁸⁷⁰ H.D.C. Roscam Abbing: "Goed verzekeraarschap", Tijdschrift voor Gezondheidszorg, 3/2000, p. 140.

⁸⁷¹ Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, pp 36-37.

la fixation de la prime nominale; il crée aussi une insuffisance artificielle de l'offre;

- Le collège des assureurs répartit ce montant sur les assureurs et fixe des principes détaillés relatifs aux prestations;
- En fonction de ces budgets, l'assureur fixe le montant de la prime nominale destinée à couvrir la différence entre le budget et les dépenses effectives.

6.4.4 Effets de ces mesures sur le plan microscopique

6.4.4.1 Listes d'attente

Le problème des listes d'attente est étroitement lié à la planification de l'offre, notamment par les budgets globaux⁸⁷². Planifier l'offre signifie la limiter en se basant sur une estimation de ce qui est nécessaire ou sur une décision politique de n'attribuer qu'une partie déterminée des ressources au secteur planifié. Si la réalité ne correspond pas aux prévisions ou si les ressources attribuées sont volontairement insuffisantes, les patients ne peuvent pas recevoir le traitement indiqué pour eux à temps ou même pas du tout. Cette situation conduit inévitablement à des listes d'attente⁸⁷³, puisqu'il n'y a pas de refus d'attribuer un traitement, mais simplement une impossibilité matérielle de le fournir dans des délais brefs.

Actuellement, certains domaines comprennent de très longs délais d'attente aux Pays-Bas, p.ex. le placement dans des institutions pour handicapés mentaux (un an et demi à quatre ans), l'arthroscopie du genou (6 mois). Ce problème n'est plus un simple problème d'assurances, mais un véritable problème de société⁸⁷⁴. Il doit notamment être considéré en parallèle avec les incapacités de travail et les coûts importants que leur prolongation occasionne⁸⁷⁵. Ce souci est présent dans toutes les mesures ponctuelles de

⁸⁷² Les insuffisances de personnel soignant exercent aussi une influence, mais elles sont également une conséquence de la limitation de l'offre.

⁸⁷³ H.J.J. Leenen: "Handboek gezondheidsrecht Deel II", 1996, p. 103.

⁸⁷⁴ Appelé fléau de la société par J.M. van der Most, RZA 2000, p. 50.

⁸⁷⁵ P. ex.: cas d'un maçon devant attendre 3 mois pour une arthroscopie du genou et qui est de ce fait incapable de travailler, cf. G.R.J. de Groot: "Wachlijst in de gezondheidszorg", TvGR 1996, p. 66.

l'Etat⁸⁷⁶. Certaines pratiques qui consisteraient à favoriser les employés posent le problème de la discrimination des personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative (cf. chap. 9).

Au sujet du principe même des listes d'attente et de la responsabilité y relative, trois décisions récentes ont été rendues⁸⁷⁷:

- Concernant les soins à domicile (AWBZ), le tribunal de deuxième instance de La Haye a jugé que l'assuré n'a pas de prétentions directes contre l'Etat et que celui-ci n'est pas responsable de la manière dont les fonds sont attribués aux différents assureurs⁸⁷⁸;
- Concernant les soins à domicile (AWBZ), le tribunal de première instance d'Utrecht a déclaré que l'assureur auquel un assuré s'adresse au sujet d'un délai d'attente excessif, ne peut pas invoquer le budget insuffisant qui lui est mis à disposition; il appartient à l'assureur de s'adresser à l'Etat s'il ne peut pas remplir ses obligations⁸⁷⁹;
- Concernant le placement dans un centre pour personnes souffrant d'un handicap mental, le tribunal de première instance de Zwolle a jugé que, dans le cas précis, l'assureur avait fait tout ce qui lui était possible pour conclure un maximum de conventions avec des institutions agréées; il avait averti plusieurs fois le ministère qu'il était dans l'impossibilité de répondre à ses obligations du fait de la limitation du nombre d'autorisations imposée par l'Etat; par conséquent, il ne pouvait être rendu responsable dans ce cas⁸⁸⁰; l'assuré devrait donc s'adresser à l'Etat.

Nous pensons que l'acceptation de listes d'attente ne représente en aucun cas une solution et que ces listes ne sont inévitables qu'en cas d'inaction de la part des autorités. Prôner des soins pour tout le monde tout en les limitant de fait représente avant tout une habile manœuvre politique, jusqu'à ce que le

⁸⁷⁶ P.ex. une des trois priorités en matière de soins psychiatriques est l'investissement dans des soins rapides et de courte durée, servant à éviter une incapacité de travail, cf. rapport TK 1998-1999, 25424 no 6, p. 39.

⁸⁷⁷ Elles sont commentées par E.W.M. Meulemans: "Zorgaanspraken en wachtlijsten", TvGR 2000, pp 137-138.

⁸⁷⁸ RZA 2000, pp 42 ss; TvGR 2000, pp 179 ss; commentaire critique de J.M. van der Most, RZA 2000, pp 45 ss.

⁸⁷⁹ Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2000, p. 181.

⁸⁸⁰ Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2000, pp 188-189.

masque tombe. D'ailleurs, les autorités néerlandaises consacrent actuellement beaucoup d'énergie et de fonds à essayer de résoudre le problème.

6.4.4.2 *Traitement à l'étranger*

La limitation de l'offre et les délais d'attente peuvent avoir pour conséquence que l'assuré cherche à se faire soigner à l'étranger. Mis à part les cas d'urgence médicale, les arrêts rendus en la matière par les tribunaux nationaux concernent deux types de traitement effectués dans un Etat membre de l'UE: ceux effectués parce que le délai d'attente est trop long aux Pays-Bas et ceux qui correspondent au critère du traitement usuel (*gebruikelijkheids criterium*) et qui ne sont pas octroyés aux Pays-Bas.

En principe, une autorisation préalable par l'assureur-maladie est nécessaire pour se faire soigner à l'étranger, mais plus généralement aussi pour se faire soigner auprès d'un fournisseur non conventionné, même à l'intérieur du pays. La jurisprudence européenne rendue en la matière pose problème, puisqu'elle impliquerait que des fournisseurs de prestations non conventionnés d'un autre Etat membre pourraient être choisis par les assurés, à charge de leur assureur, sans autorisation préalable de celui-ci, alors qu'une autorisation préalable serait toujours nécessaire pour des fournisseurs non conventionnés à l'intérieur du pays⁸⁸¹. Cette jurisprudence pourrait mettre en danger le système de soins néerlandais caractérisé par deux éléments essentiels: l'obligation de fournir des prestations en nature et le système des conventions entre assureurs et fournisseurs de prestations⁸⁸². C'est d'ailleurs une des conclusions à laquelle l'avocat général de la CJCE arrive dans une affaire néerlandaise récente⁸⁸³, en estimant que les prestations de soins en nature, telles que celles qui sont fournies aux Pays-Bas ne sont pas des services au sens du Traité (cf. chap. 4).

⁸⁸¹ Arrêts Kohll et Decker, Recueil des arrêts de la Cour de Justice des communautés Européennes, C-158/96 et C-120/95 et plus récemment: affaire B.S.M. Geraets-Smits contre Stichting Ziekenfonds et H.T.M. Peerbooms contre Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, C-157/99; cf. aussi commentaire G.J.A. Hamilton: "Decker en Kohll voorbij", TvGR 2000, p. 345.

⁸⁸² G.J.A. Hamilton: "Decker en Kohll voorbij", TvGR 2000, p. 345; cette prise de position n'est toutefois pas partagée par tous.

⁸⁸³ Affaire B.S.M. Geraets-Smits contre Stichting Ziekenfonds et H.T.M. Peerbooms contre Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, C-157/99.

En rapport avec un traitement dans un autre Etat membre, il faut encore préciser que l'assureur peut refuser l'autorisation si le traitement en question n'appartient pas à une catégorie de traitement prise en charge aux Pays-Bas⁸⁸⁴. La jurisprudence européenne ne peut donc servir à élargir le contenu des soins pris en charge.

6.5 Mesures de contrôle des coûts sur le plan microscopique

6.5.1 Introduction

Comme mentionné plus haut, les mesures de contrôle des coûts aux Pays-Bas sont plutôt orientées sur les institutions ou les budgets, c'est-à-dire sur le plan macroscopique. Ceci est inhérent au système orienté avant tout vers un accès aux instances fournissant des soins et au système des conventions. Dans une certaine mesure, les art. 13 ZFW et 14 AWBZ remplissent toutefois la fonction de l'art. 32 LAMal en droit suisse, même si ces dispositions ne sont pas formulées sous forme de conditions fixées pour l'attribution de prestations, mais sous la forme d'une obligation de prendre des mesures adressée aux assureurs⁸⁸⁵. Ces mesures sont de deux ordres: éviter les prestations inutiles et veiller à ce que les dépenses ne soient pas plus élevées que ce qui est nécessaire.

Même si les art. 13 ZFW ou 14 AWBZ ne sont pas formulés sous forme de conditions à l'octroi de prestations, il faut considérer, en lien avec les art. 8 ZFW ou 6 AWBZ, que les soins octroyés doivent correspondre à un critère médical - la nécessité - et au critère d'économicité (les coûts ne doivent pas être plus élevés que ce qui est nécessaire). Contrairement à la LAMal en droit suisse, l'application par l'assureur des conditions posées dans l'art. 13 ZFW

⁸⁸⁴ P. ex. FIV, TvGR 2000, p. 280.

⁸⁸⁵ Art. 13 ZFW: "De ziekenfondsen treffen de nodige maatregelen ter voorkoming van onnodige verstrekkingen en van uitgaven, welke hoger dan noodzakelijk zijn" (les assureurs-maladie prennent les mesures nécessaires en vue d'éviter les prestations inutiles et des coûts plus élevés que ce qui est nécessaire).

n'entraîne ni refus, ni réduction de prestations. L'art. 13 ZFW instaure plutôt une obligation de contrôle adressée aux assureurs⁸⁸⁶.

Comme pour l'explication de l'absence de liste de prestations prises en charge (ou non), c'est à nouveau l'esprit du système de prestations en nature par le biais de conventions qui est à l'origine de cette situation. Les véritables moyens de maîtriser les coûts aux Pays-Bas se situent au niveau macroscopique (conventions et budgets globaux) et moins au niveau microscopique, dans l'analyse au cas par cas des prestations.

6.5.2 Le critère médical

Si les Pays-bas ne connaissent pas véritablement de principe de liste, il faut néanmoins que les soins correspondent à une nécessité médicale et qu'ils soient reconnus comme étant usuels (*gebruikelijkheids criterium*) par les associations professionnelles⁸⁸⁷. La notion de soins nécessaires ne semble pas très éloignée de la condition de l'efficacité posée par l'art. 32 LAMal, notamment par le lien fait avec les protocoles de soins, les recommandations de pratique clinique et l'EBM⁸⁸⁸. Le critère de la nécessité a été analysé notamment dans une décision relative à un traitement chirurgical de l'épilepsie. A la lecture de cette décision, il est manifeste que, comme en droit suisse avec le critère de l'efficacité, il y a un lien évident entre le critère de la nécessité et l'EBM⁸⁸⁹.

Les *guidelines* sont en plein essor aux Pays-Bas⁸⁹⁰, et comprennent de plus en plus souvent une composante économique (analyse coûts / efficacité)⁸⁹¹,

⁸⁸⁶ Cette obligation est décrite dans le *Bestluit controle-taak ziekenfondsen*, Stb. 1978, 708.

⁸⁸⁷ Voir p. ex. décision refusant la prise en charge d'un implant cochléaire pour une perte auditive de moins de 100 dB, traitement qui n'est pas considéré comme *gebruikelijk* (usuel) au-dessous de ce seuil, RZA 2001, p. 7.

⁸⁸⁸ H.D.C. Roscam Abbing: "Ziektkosten, zorg en verantwoordelijkheid van de overheid", *Idee* no 5, 1997, p. 6.

⁸⁸⁹ Décision *College voor Zorgverzekeringen* du 21 décembre 1999 quant à la prise en charge d'un traitement chirurgical de l'épilepsie, RZA 2000, p. 15: une partie de cet arrêt est consacrée aux études et aux tests randomisés effectués pour cette thérapie.

⁸⁹⁰ H.D.C. Roscam Abbing: "Richtlijnen voor medisch handelen in gezondheidsrechtelijk perspectief", *Nederlandse Tijdschrift voor Geneeskunde* 1998, 142, pp 2480 ss.

comme par exemple celle qui concerne le cholestérol. Dans ce document, le coût des traitements aux statines est calculé par année de vie gagnée, ainsi que par année de vie gagnée sans infarctus ou attaque cérébrale⁸⁹².

L'importance des *guidelines* est également soulignée par les tribunaux, mais le lien entre le non-respect des *guidelines* et la mise en cause de la responsabilité du médecin n'a pas été automatique⁸⁹³, jusqu'à un récent arrêt du tribunal de deuxième instance de Leeuwarden, concernant le non-respect de *guidelines* relatives à l'anticoagulation⁸⁹⁴. Dans cet arrêt, un patient a dû subir une arthroscopie du genou et n'a pas reçu de traitement préventif anticoagulant; une semaine plus tard, il a souffert d'une thrombose. Selon le tribunal de première instance, il appartient au patient d'établir un lien de causalité entre le non-respect des *guidelines* et le dommage. Selon le tribunal de deuxième instance, l'hôpital doit démontrer que la thrombose serait survenu même si la marche à suivre des *guidelines* avait été respectée. Il s'agit bien là d'un renversement du fardeau de la preuve⁸⁹⁵! Cet arrêt renforce le sentiment déjà évoqué dans le chap. 5, selon lequel le droit du patient à des soins adéquats prend en quelque sorte forme par l'intermédiaire des *guidelines*⁸⁹⁶.

6.5.3 Le critère économique

Aux Pays-Bas, le critère économique est également pris abstraitement et non, comme en droit suisse, seulement en comparaison avec deux ou plusieurs alternatives de traitements efficaces, notamment lorsque le prix des mesures

891 J.K.M. Gevers / M.C.I.H. Biesart: "Medische beslissingen, kostenoverwegingen en richtlijnen voor medisch handelen; kanttekeningen vanuit het recht", *Nederlandse Tijdschrift voor Geneeskunde* 1999, 143, pp 2629 ss.

892 "Behandeling en preventie van coronaire hartziekten door verlaging van de plasmacholesterolconcentratie", 1998, <http://www.cbo.nl>; J.J.E. van Everdingen: "Cholesterolverlaging als testcase voor macroeconomische keuzes in de gezondheidszorg", *Medisch Contact* 1997, 52: 1573-4.

893 P. ex.: arrêt Médisch Tuchtcollege du 2 juillet 1997 concernant les recherches de santé publique relatives au cancer du sein, *TvGR* 1998, p. 46.

894 *TvGR* 2000, pp 379 ss.

895 L'arrêt est commenté par A. M. Vermaas, *TvGR* 2000, pp 381 ss; cf. aussi E.W.M. Meulemans: "Protocol als veiligheidsnorm?", *TvGR* 2001, p. 137.

896 H.D.C. Roscam Abbing: "Richtlijnen voor medisch handelen in gezondheidsrechtelijk perspectief", *Nederlandse Tijdschrift voor Geneeskunde* 1998, 142, p. 2481.

est si élevé qu'on ne peut attendre de l'institution qu'elle les prenne en charge⁸⁹⁷. La distinction entre l'application du critère économique dans l'abstrait ou dans une situation de comparaison entre plusieurs traitements n'est pas toujours aisée, comme le montre notamment la décision déjà mentionnée relative à la prothèse du genou. Dans cette affaire, la nouvelle prothèse (plus chère) mise en place n'a pas été prise en charge, alors même que la première prothèse handicapait l'assuré dans son activité professionnelle. Le tribunal a jugé que la nouvelle prothèse était "inutilement coûteuse"⁸⁹⁸, tout en précisant à la fin de l'arrêt que la preuve selon laquelle la première prothèse n'était pas appropriée n'avait pas été apportée. Dans une affaire concernant des produits de contraste et où il s'agissait de choisir entre un produit plus ou moins cher, le tribunal a admis le choix qui portait sur le produit moins cher, alors même que les risques liés à ce produit étaient plus élevés que pour le produit plus cher⁸⁹⁹. Dans ces deux cas, il faut se demander s'il y avait un véritable choix entre deux traitements.

L'obligation de veiller aux aspects économiques est également incluse dans la notion de bon fournisseur de soins (*goed hulpverlener*) qui découle de l'art. 453 du Code civil⁹⁰⁰. En effet, la notion de "bon fournisseur de soins" ne comprend pas seulement des aspects purement professionnels, mais aussi sociaux, en ce sens qu'il y a une obligation de ne pas occasionner des coûts inutilement⁹⁰¹.

Les facteurs économiques ont été invoqués dans plusieurs cas, à titre de moyen de défense, par des médecins actionnés en responsabilité civile. Les

⁸⁹⁷ J.K.M. Gevers / M.C.I.H. Biesart: "Medische beslissingen, kostenoverwegingen en richtlijnen voor medisch handelen; kanttekeningen vanuit het recht", *Nederlandse Tijdschrift voor Geneeskunde* 1999, p. 2629 ss.

⁸⁹⁸ RZA 2000, p. 477.

⁸⁹⁹ *Medisch Contact* 1994;49:1125-7, cité par 899 J.K.M. Gevers / M.C.I.H. Biesart: "Medische beslissingen, kostenoverwegingen en richtlijnen voor medisch handelen; kanttekeningen vanuit het recht", *Nederlandse Tijdschrift voor Geneeskunde* 1999, p. 2630.

⁹⁰⁰ Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst, intégrée dans le Code civil aux art. 446 ss.

⁹⁰¹ J.K.M. Gevers / M.C.I.H. Biesart: "Medische beslissingen, kostenoverwegingen en richtlijnen voor medisch handelen; kanttekeningen vanuit het recht", *Nederlandse Tijdschrift voor Geneeskunde* 1999, p. 2629; H.J.J. Leenen: "Handboek Gezondheidsrecht, Deel II, Gezondheidszorg en recht", 1996, p. 42; H.D.C. Roscam Abbing: "Richtlijnen voor medisch handelen in gezondheidsrechtelijk perspectief", *Nederlandse Tijdschrift voor Geneeskunde* 1998, 142, p. 2482.

tribunaux ont considéré que les mesures d'économies sur le plan organisationnel qui entraînent des surcharges de travail n'étaient pas des éléments justificatifs⁹⁰². Autrement dit, les problèmes occasionnés par des mesures d'économie doivent être résolus autrement que sur le dos des patients⁹⁰³.

6.6 Lacunes de prise en charge

6.6.1 Personnes

Etant donné que l'obligation de s'assurer ne concerne que les assurés ZFW et le domaine de l'AWBZ (cf. 7.2.2), un certain nombre de personnes pourraient se trouver sans couverture d'assurance pour les soins non pris en charge par l'AWBZ. Ceci nous semblerait particulièrement choquant pour les personnes concernées par la réglementation WTZ (personnes à revenu modeste) qui ne prévoit pas une obligation d'assurance de plein droit⁹⁰⁴. Pour l'instant, aucun problème de ce type n'a été relevé ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, ni dans les médias.

Le problème lié au fait que le deuxième pilier du système ne couvre pas l'ensemble de la population et que le pourcentage de la population assurée est inférieur au minimum fixé par le Code européen de sécurité sociale et le Protocole qui lui est rattaché⁹⁰⁵, a déjà été évoqué dans le chapitre 4. En pratique, les personnes non couvertes recevront des soins malgré tout, en tous cas les soins d'urgence, mais la situation n'est pas claire. Selon la construction proposée dans le chapitre 4, ces soins seraient accordés en vertu du droit constitutionnel aux soins essentiels. Il faut toutefois rappeler que l'existence d'un droit constitutionnel aux soins essentiels n'est pas une préoccupation majeure aux Pays-Bas (cf. chap. 4).

⁹⁰² TvGR 1998, p. 154 et 1990, pp 64-70.

⁹⁰³ J.K.M. Gevers / M.C.I.H. Bicsaart: "Medische beslissingen, kostenoverwegingen en richtlijnen voor medisch handelen; kanttekeningen vanuit het recht", Nederlandse Tijdschrift voor Geneeskunde 1999, p. 2630.

⁹⁰⁴ Ministerie Volksgezondheid, Welzijn en Sport: "Ziektenkostenverzekeringen in Nederland", 2000, pp 45-46.

⁹⁰⁵ L'art. 9 du protocole prévoit que 65% de la population devrait être couverte par une protection sociale en matière de soins; en réalité, seuls 60% sont couverts dans le cadre du deuxième pilier.

Il faut encore évoquer la question des personnes âgées, même si, en principe, toute personne a droit aux soins, quel que soit son âge. La politique de santé des Pays-Bas vise clairement le maintien d'une vie en bonne santé et non le simple prolongement de la vie⁹⁰⁶. Un nombre croissant de *guidelines* fixent un âge-limite pour l'octroi de traitements sur la base de considérations médicales, mais aussi économiques⁹⁰⁷. La question des soins aux personnes âgées est discutée beaucoup plus ouvertement aux Pays-Bas qu'en Suisse. A ce titre, la phrase d'un auteur qui est actuellement ministre de la santé et qui rappelle la finitude de notre vie est révélatrice⁹⁰⁸. Une politique qui consiste à rappeler cette donnée fondamentale de notre existence et à ne pas prolonger une vie hors de toutes considérations de qualité de vie ne conduit pas, à notre sens, à une lacune en matière de soins.

6.6.2 Prestations

Il n'y a pas de liste négative de prestations et l'opportunité d'accorder certaines prestations est essentiellement examinée au cas par cas, par les tribunaux, par rapport aux critères de l'efficacité, du caractère usuel (*gebruikelijkheids criterium*) et de l'économicité.

Le critère de l'économicité des prestations peut conduire à choisir la mesure la moins chère, même si elle présente plus de risques pour le patient (p. ex.: arrêt concernant les produits de contraste exposé plus haut) ou si elle donne moins de confort pour l'exercice de l'activité professionnelle (p. ex.: arrêt concernant la prothèse exposé plus haut). Il peut donc y avoir refus de certaines prestations sur la base de considérations économiques, mais il nous semble exagéré de parler d'une véritable lacune.

Le vrai problème se situe, comme d'ailleurs au Royaume-Uni, dans les listes d'attente trop longues qui, elles, trouvent souvent leur origine dans les mesures de contrôle des coûts sur le plan macroscopique. Théoriquement, de nombreuses prestations sont couvertes, mais en pratique, les soins se font

⁹⁰⁶ Henk Regelink: "Leeftijdscriminatie in de gezondheidszorg: een kwestie van risico's inschatten?", 2000, p. 20.

⁹⁰⁷ "Wanneer is het leven te kostbaar?", 2000, introduction, p. 11.

⁹⁰⁸ Borst-Eilers E.: "Leeftijd als criterium", 1990, p. 72: "Wel zou het van wijsheid getuigen als individuele patiënten en hulpverleners zich bij beslissingen over levensrekkende behandelingen, meer dan nu het geval is, zouden laten leiden door het perspectief van de eindigheid van het bestaan".

attendre. Dans les cas extrêmes, l'état de santé aura tellement empiré que le traitement envisagé deviendra inutile. Le problème des listes d'attente trop longues constitue à notre sens une importante lacune de la protection sociale en matière de soins.

6.6.3 Responsabilité individuelle

Aucune réduction, aucun refus de prestations pour faute grave n'est possible aux Pays-Bas⁹⁰⁹. Au contraire, le gouvernement a même protesté contre certaines pratiques consistant notamment à refuser des interventions chirurgicales aux fumeurs⁹¹⁰. Par contre, le gouvernement favorise une politique générale de prévention des comportements nocifs, avec des objectifs relatifs notamment à une limitation de la consommation d'alcool, de tabac et de stupéfiants.

Dans les récents rapports rendus dans le cadre de la réflexion de fond sur le système des soins aux Pays-Bas, il est souvent question de responsabiliser chaque personne en rapport avec sa santé et sa consommation de soins, mais aucune mention n'est faite de sanctions en cas de comportements à risques.

6.7 Un droit aux soins par le biais des assurances sociales?

L'art. 22 Cst.-NL donne mandat à l'Etat de veiller à la disponibilité des soins et à leur accessibilité et non d'instaurer une assurance - maladie obligatoire pour tous. Par le système d'assurance, à l'exception de l'AWBZ qui est obligatoire pour tous, l'accent est plutôt mis sur les catégories de personnes à protéger que sur une véritable égalité d'accès aux soins pour tous, ce qui affaiblit ce qui a été dit concernant le droit à l'égalité d'accès aux soins dans le chapitre 4. La tâche constitutionnelle donnée à l'Etat est de garantir les soins nécessaires (*noodzakelijke zorg*) à chacun, par l'entremise d'un système

⁹⁰⁹ Voir notamment arrêt du Hoge Raad der Nederlanden du 11 septembre 1998, TvGR 1999, p. 75.

⁹¹⁰ Tony Sheldon: "Dutch doctor refuses to treat smokers", BMJ 1998; 316, p. 247.

aussi efficient que possible⁹¹¹ et non de placer chacun dans un système unique. Ceci est la concrétisation d'une tendance générale qui veut que là où le marché s'autorégule, l'Etat puisse se tenir à distance et n'intervenir que lorsqu'une protection accrue est vraiment nécessaire⁹¹². Pour notre part, nous pensons qu'un système obligatoire pour tous apporterait beaucoup plus de garanties à la personne et satisferait mieux au droit à l'égalité d'accès aux soins.

L'art. 6 AWBZ, combiné avec l'ordonnance sur les prestations, accorde un droit justiciable à chacun, formulé sous forme d'une prétention directe aux soins (*rechtstreekse aanspraak op zorg*). Selon un récent arrêt de la Haye, ce droit doit en principe être invoqué à l'encontre de l'assureur, à moins que celui-ci ait fait tout ce qui lui était possible pour assurer l'accès aux soins⁹¹³. Il ne peut être invoqué à l'encontre de l'Etat que si l'assureur n'a pas la possibilité matérielle p.ex. de passer des conventions en nombre suffisant parce qu'il n'y a pas assez de fournisseurs de prestations. L'art. 8 ZFW, formulé de manière presque identique à l'art. 6 AWBZ, contient également une prétention directe aux soins. Par contre, tout ce qui a été dit dans ce chapitre permet de souligner que ces droits ne garantissent pas l'accès de tous à tous les soins imaginables; ils ne sont justiciables que dans les limites fixées par la loi. Comme pour les autres systèmes de soins examinés dans ce travail, il s'agit plutôt de la recherche d'un équilibre entre les ressources nécessaires et le droit. Si les budgets sont insuffisants, le droit constitutionnel à l'égalité d'accès aux soins correspondra à un droit à des soins limités en conséquence.

Cette recherche d'équilibre peut conduire à une offre de soins insuffisante par rapport à la demande et aux besoins, ce qui a pour conséquence que le droit aux soins prévu en théorie revient alors en pratique au droit à figurer sur une liste d'attente et le droit à l'égalité d'accès aux soins revient au droit à l'égalité d'accès aux listes d'attente⁹¹⁴. La sonnette d'alarme a déjà été tirée et il semble que la réduction des listes d'attente soit une priorité absolue aux Pays-Bas.

⁹¹¹ H.D.C. Roscam Abbing / G.C.J.M. Hamilton-van Hest / L.F. Markenstein: "De rechtspositie van de verzekerde in het nederlandse ziektekostenverzekeringssysteem - een analyse op hoofdlijnen", 1995, p. 63.

⁹¹² Rejoint l'idée du bevorderingsstaat développée par H.D.C. Roscam Abbing: "In de beperking toont zich de meester", 1983; cf. aussi H.J.J. Leenen / H.D.C. Roscam Abbing: "Bestuurlijk gezondheidsrecht", 1986, p. 23.

⁹¹³ Arrêt Gerechtshof 's-Gravenhage du 23 décembre 1999, RZA 2000, pp 42 ss.

⁹¹⁴ H.J.J. Leenen: "Handboek gezondheidsrecht Deel II", 1996, p. 105.

7 Les soins au Royaume-Uni

7.1 Droit constitutionnel

7.1.1 Les droits fondamentaux au niveau national

Formellement, le Royaume-Uni⁹¹⁵ n'a pas de constitution écrite, si on entend par là un texte codifié⁹¹⁶. Par contre, il y a bien sûr un droit constitutionnel, souvent écrit d'ailleurs, mais non codifié, qui comprend plusieurs lois⁹¹⁷, de la jurisprudence et des règles non écrites.

Au Royaume-Uni, le pouvoir législatif a toujours eu une grande importance⁹¹⁸. Déjà en 1689, le *Bill of Rights* prévoyait qu'il incombait au Parlement de prendre les décisions en matière d'impôts et d'armée. La conséquence de ce pouvoir est qu'un tribunal ne peut pas décider qu'une loi est anticonstitutionnelle et l'annuler⁹¹⁹. Malgré la reconnaissance de cette suprématie parlementaire, il ne faut pas oublier que le Royaume-Uni connaît un système de *common law* et que la jurisprudence y occupe une place importante, encore renforcée par la règle du précédent qui assure une continuité dans les décisions, selon le principe "*stare decisis*"⁹²⁰.

Jusqu'à l'adoption du *Human Rights Act* en 1998, il n'y avait pas de catalogue écrit des droits fondamentaux au Royaume-Uni. Les libertés étaient essentiellement examinées sous l'angle de leur mise en oeuvre devant le juge⁹²¹. Ce n'est qu'en 1998, sous l'influence du *New Labour*, que

⁹¹⁵ Le terme inclut la Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord. Nous ne parlerons pas ici des rapports entre les différentes régions, ni des législations spécifiques. Là où la législation n'est pas uniforme, nous nous concentrerons sur les lois d'Angleterre, plus que sur celles d'Ecosse. Pour plus de détails, cf. Rodney Brazier: "The Constitution of the United Kingdom", *Cambridge Law Journal* 1999, pp 96 ss.

⁹¹⁶ Eric Barendt: "An Introduction to Constitutional Law", 1998, p. 33; Penny Darbyshire (ed.): "Eddey on the English legal system", 1996, p. 185.

⁹¹⁷ Par exemple: Race Relations Act, Sex Discrimination Act; la plus récente est le Human Rights Act de 1998.

⁹¹⁸ John F. McEldowney: "Public Law", 1998, pp 3-5.

⁹¹⁹ Eric Barendt: "An Introduction to Constitutional Law", 1998, p. 30.

⁹²⁰ Penny Darbyshire (ed.): "Eddey on the English legal system", 1996, p. 200.

⁹²¹ P. ex. *Airedale NHS Trust v. Bland*, (1993) 1 All ER, pp 821 ss: une longue pesée d'intérêts est faite entre le droit à la vie et le droit à l'autodétermination, en matière d'euthanasie; le cas est analysé sur le plan éthique par Peter Singer: "Rethinking life and death", 1995, pp 57 ss.

l'incorporation de certains droits fondamentaux de la CEDH (notamment les art. 2 - 12 et 14 CEDH⁹²²) a été adoptée, sous l'impulsion du nombre assez conséquent de cas pour lesquels la Cour européenne des droits de l'homme a rendu des jugements condamnant le Royaume-Uni⁹²³.

Les droits sociaux ne sont pas considérés comme des droits constitutionnels au Royaume-Uni⁹²⁴. La tradition pragmatique a toujours accordé une importance à la création d'institutions qui concrétisent des droits plus qu'aux droits eux-mêmes⁹²⁵, mais certains auteurs souhaiteraient l'inclusion de droits justiciables à caractère social, p. ex. en matière de santé, dans le *Human Rights Act*⁹²⁶.

7.1.2 Le droit communautaire

Les principes exposés sous 4.2 en ce qui concerne les Pays-Bas sont également applicables pour le Royaume-Uni. L'adhésion à l'Union européenne a eu des effets importants sur le principe de la souveraineté parlementaire⁹²⁷, notamment parce que le droit de l'UE, sous réserve du mécanisme spécifique aux directives, est applicable sans incorporation préalable dans le droit national⁹²⁸, même pour un pays qui connaît un système dualiste comme le Royaume-Uni. Par contre, le traité CE a fait l'objet d'une incorporation, avant l'intégration (sous réserve d'un éventuel retrait) du Royaume-Uni dans la Communauté Européenne le 1^{er} janvier 1973⁹²⁹. Les modifications du traité nécessitent à chaque fois une modification du *European Communities Act*⁹³⁰.

⁹²² Au sujet de l'absence de certaines dispositions, notamment, de l'art. 13 CEDH, cf. K.D. Ewing: "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review* 1999; 62, pp 84 ss.

⁹²³ K.D. Ewing: "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review* 1999; 62, pp 80, 83.

⁹²⁴ Eric Barendt: "An Introduction to Constitutional Law", 1998, p. 29.

⁹²⁵ John F. McDowney: "Public Law", 1998, p. 703.

⁹²⁶ Richard Horton: "Health and the UK Human Rights Act 1998", *The Lancet*, 2000; 356, p. 1188.

⁹²⁷ Eric Barendt: "An Introduction to Constitutional Law", 1998, p. 69.

⁹²⁸ Jonathan Montgomery: "Health Care Law", 1997, p. 17.

⁹²⁹ L'incorporation a été opérée par le biais du *European Communities Act* 1972.

⁹³⁰ Pour plus de détails à ce sujet, cf. T. C. Hartley: "The Foundations of European Community Law", 1994, pp 256 ss.

Comme pour les Pays-Bas, le droit communautaire a une influence indirecte sur l'accès à certains soins, par le biais des libertés. Les jugements suivants ont été rendus:

- Un jugement relatif aux art. 59 - 60 du Traité CE (libre circulation des services): *R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex p. Blood*⁹³¹. Il s'agit d'une demande d'insémination artificielle par une femme avec le sperme de son mari décédé, mais qui n'avait pas donné son consentement avant de mourir. Une telle insémination est prohibée au Royaume-Uni, mais possible en Belgique. Sur la base de l'art. 59 du traité CE, le sperme a pu être exporté en Belgique.
- Un autre jugement a été rendu en matière de médicaments, concernant le *Viagra*⁹³²: *R v. Secretary of State for Health, ex p. Pfizer Ltd.* La *High Court* a jugé qu'une circulaire du département de la santé demandant aux médecins généralistes de ne pas prescrire de *Viagra* était en principe contraire à l'art. 28 du Traité (prohibition des restrictions quantitatives) et à la directive 89/105⁹³³, mais que la mesure pouvait être justifiée sous l'art. 30, par le fait que les coûts occasionnés par ces prescriptions risqueraient d'avoir des effets sur la capacité du NHS à fournir d'autres traitements (mise en danger de l'équilibre financier du système de soins).

7.1.3 Le droit international

Le Royaume Uni a ratifié la plupart des textes internationaux relatifs aux droits fondamentaux: la CEDH en 1951, les Pactes I et II en 1976, la Charte sociale, les Conventions OIT et le Code européen de sécurité sociale. Pourtant, ce pays et plus particulièrement les tribunaux ont toujours manifesté une certaine réticence face aux traités internationaux⁹³⁴. Ceci est encore plus marqué par le système dualiste qui règne au Royaume Uni et qui implique que les textes internationaux doivent être incorporés dans le droit

931 (1997) 2 All E.R. 687.

932 *Med.L.Rev.* 1999, pp 336 ss.

933 Directive du Conseil du 21 décembre 1988 concernant la transparence des mesures régissant la fixation des prix des médicaments à usage humain et leur inclusion dans le champ d'application des systèmes d'assurance-maladie.

934 John F. McDowney: "Public Law", 1998, p. 721.

national avant de pouvoir être invoqués par le particulier devant le juge national⁹³⁵.

La CEDH elle-même a dû être incorporée dans le droit national, ce qui n'a été le cas qu'en 1998, avec l'adoption du *Human Rights Act* qui était accompagnée du slogan politique "*bringing Rights home*"⁹³⁶. Cette loi a également pour conséquence que les juges nationaux devront s'inspirer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁹³⁷ ("*bringing jurisprudence home*"⁹³⁸). Pourtant, la retenue des juges face à la CEDH apparaît, même dans une jurisprudence récente⁹³⁹, rendue après l'adoption du *Human Rights Act*⁹⁴⁰.

Les lois, ainsi que les décisions des autorités administratives, peuvent à présent être revues à la lumière des droits fondamentaux de la CEDH, incorporés dans le *Human Rights Act*⁹⁴¹. Selon cette loi, seule l'interprétation de la législation à la lumière de la CEDH est possible (S 3) et non une invalidation ou une annulation. En effet, le *Human Rights Act* ne prévoit que la possibilité, et ce uniquement pour des tribunaux supérieurs, de prononcer une déclaration d'incompatibilité (S 4). La déclaration d'incompatibilité n'a pas d'effets sur la validité de la disposition légale concernée (S 4 (6) (a))⁹⁴². Par contre, une décision administrative contraire au *Human Rights Act* peut être invalidée (S 8 (1)).

⁹³⁵ Le *Human Rights Act* permet au particulier d'invoquer la CEDH au niveau national, alors qu'avant, il ne pouvait que s'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme, cf. Eric Barendt: "An Introduction to Constitutional Law", 1998, p. 49; K.D. Ewing: "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review* 1999; 62, p. 82.

⁹³⁶ K.D. Ewing: "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review* 1999; 62, p. 81.

⁹³⁷ Commentaire d'arrêt dans *Med.L.Rev.* 2000, p. 137.

⁹³⁸ Ian Leigh/Laurence Lustgarten: "Making Rights Real: the Courts, Remedies, and the Human Rights Act", *Cambridge Law Journal* 1999, p. 510.

⁹³⁹ *R. v. North West Lancashire Health Authority ex parte A, D, and G*, *Med.L.Rev.* 2000, pp 132-133.

⁹⁴⁰ Selon certains auteurs, le *Human Rights Act* devrait toutefois prendre une importance croissante, notamment dans la méthodologie, le raisonnement et donc l'argumentation des juges, cf. Ian Leigh/Laurence Lustgarten: "Making Rights real: the Courts, Remedies, and the Human Rights Act", *Cambridge Law Journal* 1999, pp 509 ss.

⁹⁴¹ K.D. Ewing: "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review* 1999; 62, pp 86 ss.

⁹⁴² K.D. Ewing: "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review* 1999; 62, p. 88.

A l'image de la CEDH elle-même, le catalogue de droits adopté dans le *Human Rights Act* ne contient pas de droits sociaux, puisqu'il se limite à l'incorporation d'une grande partie des droits de la CEDH et ne concerne pas du tout d'autres textes internationaux comme par exemple le Pacte I. D'ailleurs, ces textes n'ont pas encore été incorporés dans la législation du Royaume-Uni⁹⁴³.

7.1.4 Un droit aux soins?

Au début de ce chapitre, nous avons déjà relevé la grande retenue du Royaume-Uni par rapport aux droits sociaux. Si, en fonction de la terminologie utilisée dans ce travail, un droit doit être justiciable pour recevoir cette appellation, il n'y a pas de droit constitutionnel aux soins au Royaume-Uni⁹⁴⁴. Les textes internationaux pourraient donner une base écrite à un droit aux soins, plus particulièrement l'art. 13 de la Charte sociale⁹⁴⁵ ou encore, selon certains auteurs, le droit à la vie de l'art. 2 CEDH⁹⁴⁶. Cependant, nous avons vu dans le chapitre 3 que les "droits" découlant des textes internationaux n'avaient qu'une portée très limitée en pratique, restreinte par le système dualiste que connaît le Royaume-Uni.

Par contre, la notion de droit aux soins est concrétisée de fait par le système de santé étatique (*National Health Service* - NHS), assurant des soins gratuits à toute la population. Ce système sera décrit plus en détails ci-dessous. Plus

⁹⁴³ La question de ces traités n'est pas encore réglée, cf. K.D. Ewing: "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review* 1999, 62, p. 84.

⁹⁴⁴ André den Exter / Bert Hermans: "Constitutional Rights to Health Care: The Consequences of placing limits on the Right to Health Care in Several Western and Eastern European Countries", *European Journal of Health Law* 5, 1998, p 272; Sheila A.M. McLean: "A UK Perspective on Health Care Constraints", 1999, p. 59; très nuancé: Jonathan Montgomery: "Health Care Law", 1997, pp 54 ss.

⁹⁴⁵ Engagement à fournir les soins nécessaires aux personnes malades qui n'ont pas suffisamment de ressources.

⁹⁴⁶ Jonathan Montgomery: "Health Care Law", 1997, p. 53; par contre, clairement dénié par la Cour d'Appel dans *R. v. North West Lancashire Health Authority ex parte A, D, and G*, *Med.L.Rev.* 2000, pp 132-133: "The Convention did not give the applicants rights to free healthcare in general or to gender reassignment surgery in particular. Even if the applicants had such a right it would be qualified by the respondent's right to determine health care priorities in the light of its limited resources".

encore que pour la Suisse et les Pays-Bas, la problématique du droit aux soins et sa concrétisation dans le système de soins sont étroitement liées. C'est pourquoi, un seul chapitre englobe les deux questions.

Même si le Royaume-Uni connaît un système concrétisant un droit aux soins par le biais institutionnel, ce droit ne peut pas être considéré comme étant justiciable: l'Etat a une obligation de fournir les infrastructures de soins, imposée par le *NHS Act*, S 3(1)⁹⁴⁷, mais la Cour d'Appel fait clairement dépendre ce droit des ressources disponibles (cf. 7.4). Il ne s'agit donc pas d'une obligation absolue, mais plutôt d'un objectif ou d'une aspiration⁹⁴⁸. Une obligation absolue de fournir des soins (assimilable à un véritable droit aux soins) n'existe que dans deux cas:

- Pour les enfants fréquentant une école publique⁹⁴⁹;
- Pour les patients sortant d'une privation de liberté à des fins d'assistance selon le *Mental Health Act 1983*⁹⁵⁰; l'art. 117 de cette loi prévoit que l'autorité régionale a l'obligation d'organiser et de fournir les soins en lien avec l'affection qui a provoqué l'internement et la prise en charge de la personne à la sortie d'un internement (*after-care services / plan*)⁹⁵¹. Des jugements ultérieurs ont précisé que ces soins devaient être gratuits⁹⁵² et fournis par les autorités sanitaires et sociales du domicile de la personne concernée au moment de son admission⁹⁵³. De plus, un jugement de la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que, si

947 "It is the Secretary of State's duty to provide... to such extent as he considers necessary to meet all reasonable requirements..."

948 Christopher Newdick: "Resource Allocation in the National Health Service", *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIII, no 2&3, 1997, p. 299.

949 Jonathan Montgomery: "Health Care Law", 1997, p. 55.

950 *R v. Ealing DHA, ex p Fox*, (1993) 3 All ER 170: cet arrêt concerne une personne qui avait été internée en 1988 et qui a bénéficié d'une décision judiciaire de libération conditionnelle en 1991. La décision de libération n'a pas pu devenir effective, vu l'impossibilité dans laquelle l'autorité régionale se trouvait pour désigner un médecin chargé de la continuité du traitement "hors les murs". Le demandeur a dû rester dans l'hôpital psychiatrique. Voir aussi Jonathan Montgomery: "Health Care Law", 1997, p. 17.

951 "...the duty is not only a general duty but a specific duty owed to the applicant to provide him with after-care services until such time as the district health authority and local social services authority are satisfied that he is no longer in need of such services", *R v. Ealing DHA, ex p Fox*, (1993) 3 All ER 181.

952 Jugements non publiés, mentionnés dans la circulaire du département de la santé HSC 2000/003 "After-care under the Mental Health Act 1983".

953 *R v. Mental Health Review Tribunal, ex p. Hall*, (1999) 3 All ER 131.

une personne devait rester internée beaucoup plus longtemps que nécessaire parce que les soins post-hospitaliers n'étaient pas organisés, il y avait atteinte à l'art. 5 CEDH⁹⁵⁴.

En dehors de ces cas, les autorités sanitaires ont un large pouvoir d'appréciation quant à la répartition et à l'utilisation des ressources⁹⁵⁵. La valeur réelle d'un droit aux soins au Royaume-Uni doit être mesurée en rapport avec les moyens qu'a le patient d'agir dans la chaîne d'allocation des ressources (cf. 7.4).

La Charte des patients de 1995⁹⁵⁶ formule un droit aux soins nécessaires⁹⁵⁷, mais ce texte n'a pas force de loi et la portée des "droits" est de ce fait très faible⁹⁵⁸. De plus, il faut se demander si ce "droit" aux soins nécessaires ne correspond pas plutôt à un "droit" à être placé sur une liste d'attente, un peu à l'image de ce qui se passe aux Pays-Bas, puisque le texte permet un délai d'attente pouvant s'étendre jusqu'à 18 mois! Le nouveau plan NHS prévoit une réduction massive de ces délais d'attente (cf. 7.4.3).

Constatant qu'il n'y a pas de véritable droit justiciable aux soins au Royaume-Uni, mis à part les deux exceptions susmentionnées, il s'agit d'examiner dans quelle mesure l'accès aux soins nécessaires est garanti par le biais institutionnel.

⁹⁵⁴ Stanley Johnson v. The United Kingdom, Recueil des arrêts et décisions 1997, 119/1996/738/937: un internement prolongé de trois ans et demi à cause des problèmes pour organiser la prise en charge à la sortie est contraire à l'art. 5 CEDH: "En aucun cas la marge d'appréciation ou un manque de ressources ne saurait justifier que sa libération ait été retardée de trois ans et demi pour lui trouver un hébergement", p. 16 de l'arrêt.

⁹⁵⁵ Jonathan Montgomery: "Health Care Law", 1997, p. 55.

⁹⁵⁶ "The Patient's Charter and You", Département de la santé 1995.

⁹⁵⁷ Patients Charter 8-10: "Every citizen has the following National Health Service Rights: (inter alia) to receive health care on the basis of clinical need, regardless of ability to pay ... no later than eighteen months from the day when your consultant places you on a waiting list".

⁹⁵⁸ Jonathan Montgomery: "Health Care Law", 1997, p. 61.

7.1.5 Un droit aux soins essentiels?

Pour la Suisse et les Pays-Bas, nous sommes arrivés à la conclusion qu'un droit justiciable aux soins essentiels est garanti par la Constitution et les textes internationaux. Au Royaume-Uni, il n'y a jamais eu de distinction entre des soins essentiels qui bénéficieraient d'une protection constitutionnelle et les soins fournis par le NHS. La *British Medical Association* a tenté de proposer une définition des soins essentiels (*core services*) ou soins prioritaires, mais aucune suite n'a été donnée⁹⁵⁹. Cette proposition incluait cinq catégories de soins:

- Urgences et accidents;
- Admissions d'urgence dans un département de chirurgie, y compris les interventions de chirurgie générale y relatives;
- Admissions d'urgence dans un département de médecine, psychiatrie, gériatrie;
- Soins ambulatoires relatifs aux trois premières catégories;
- Certains services de santé publique: psychiatrie gériatrique, soins à domicile etc.

L'établissement d'un système distinguant soins essentiels et autres soins est incompatible, à notre avis, avec les fondements du NHS qui consistent à fournir des soins complets (*comprehensive*) pour tous. La solution de la désignation des prestations par les autorités sanitaires régionales a été préférée⁹⁶⁰. Plus récemment, le NHS Plan 2000 précise d'ailleurs qu'une distinction des soins essentiels n'est pas désirable⁹⁶¹.

Par ailleurs, il faut rappeler que le Royaume-Uni ne connaît pas vraiment de droits fondamentaux assimilables à ceux des Pays-Bas ou de la Suisse; par conséquent, il ne pourrait y avoir de droit constitutionnel aux soins essentiels. La distinction aurait dû être effectuée à l'intérieur même des soins fournis par le NHS, ce qui est contraire au but de celui-ci. Par contre, les soins de luxe

⁹⁵⁹ Pour plus de détails, cf. Christopher Newdick: "Who should we treat?", 1995, pp 120 ss.

⁹⁶⁰ Christopher Newdick: "Who should we treat?", 1995, p. 121.

⁹⁶¹ "The NHS Plan", pp 38-39.

(ou soins à basse priorité) sont clairement exclus⁹⁶² et la jurisprudence laisse entendre que certains soins sont moins prioritaires que d'autres (cf. 7.4). Quant aux textes internationaux que le Royaume-Uni a ratifiés et qui contiennent des conditions minimales concernant les soins, il faut encore rappeler qu'ils nécessitent d'être incorporés dans l'ordre juridique national avant de pouvoir être invoqués par le particulier, ce qui n'est pas le cas.

7.2 Principales caractéristiques du système de soins au Royaume Uni

7.2.1 L'Etat fournisseur de soins

Les deux systèmes de soins examinés précédemment (Suisse et Pays-Bas) comprennent une relation tripartite (patient - fournisseur de soins - assureur), à laquelle l'Etat n'est pas directement partie, son rôle se limitant à fixer des conditions-cadre. Dans un système où l'Etat est le fournisseur de soins, en l'occurrence par le biais du NHS, il y a en principe seulement deux intervenants: le patient et le NHS (représenté par le médecin ou l'hôpital). Par contre, les récents développements concernant le NHS relativisent cette déclaration par une autonomie et une responsabilité croissantes accordées aux médecins et aux hôpitaux, ce qui conduit à les distinguer des autorités du NHS (cf. 7.3.1).

Le rôle de l'Etat est très différent selon qu'on se trouve dans un système d'assurance ou dans un système étatique de distribution des soins. Dans le premier cas, l'Etat édicte des conditions-cadre, en principe contraignantes, mais qui seront concrétisées par des tiers (assureurs). Le financement passe par le biais des assureurs qui ont une certaine autonomie dans ce domaine, surtout dans des systèmes, comme le suisse ou le néerlandais, qui prévoient l'intervention de plusieurs assureurs. Dans un système étatique, l'Etat a à la fois le rôle de fixer les conditions et celui de les mettre en oeuvre. Le financement est opéré par les ressources fiscales; il est par conséquent fonction du revenu des personnes.

⁹⁶²

Christopher Newdick: "Resource Allocation in the National Health Service", *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIII, no 2&3, 1997, p. 307.

7.2.2 Historique du NHS

7.2.2.1 La création du NHS

Comme pour les Pays-Bas, un court historique⁹⁶³ facilite la compréhension de ce système de santé particulier pour les pays occidentaux⁹⁶⁴.

En 1942, le rapport Beveridge, rédigé alors que le *Labour* était encore dans l'opposition, recommande la création d'un système de santé unique, pour toute la population et pour tous les soins. Le *Labour* arrive au pouvoir en 1945 et entame une série de nationalisations (mines, électricité, chemins de fer). En tête de cette vague de nationalisations, un des premiers accomplissements est l'adoption du *NHS Act* en 1946 et la création du NHS le 5 juillet 1948, rendant possible un accès libre aux soins pour toute la population, indépendamment de la capacité financière. Il faut relever qu'en 1947, le Royaume-Uni vit une véritable crise économique (pénurie de logement et de nourriture) et que c'est dans ce contexte que le NHS a été pensé et créé, dans un véritable enthousiasme de solidarité.

Dès sa création, le NHS a été fondé sur trois principes de base qui sont encore valables à ce jour⁹⁶⁵:

- Couverture complète (*comprehensive*) des soins;
- Egalité d'accès pour tous;
- Gratuité pour tous.

7.2.2.2 Les turbulences

Les coûts de la santé ne cessant d'augmenter pour des raisons diverses, autant objectives - vieillissement de la population et progrès technologiques - que

⁹⁶³ L'historique est largement inspiré de Geoffrey Rivett: "From Cradle to Grave - Fifty years of the NHS", 1997.

⁹⁶⁴ En Europe, seule l'Italie connaît également un système de soins étatisé.

⁹⁶⁵ "NHS's most profound commitment was that the service it provided should be "comprehensive" in the sense that it should be available to everyone, to meet all their needs, whenever it was required to do so", Christopher Newdick: "Resource Allocation in the National Health Service", *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIII, no 2&3, 1997, p. 291.

subjectives - le service gratuit a entraîné un accroissement des consultations - , le NHS va traverser de nombreuses crises, autant sous le régime du *Labour* que sous celui des conservateurs. De nombreuses propositions sont faites pour essayer de maîtriser les coûts par une organisation plus rationnelle, aboutissant par exemple au *Hospital Plan* 1962 (planification hospitalière)⁹⁶⁶. A cette époque déjà, Enoch Powell (ministre de la santé en 1960) déclara qu'il faudrait accepter que le NHS ne puisse pas répondre à toute demande de soins⁹⁶⁷.

Avec l'arrivée au pouvoir de Margaret Thatcher en 1979, le gouvernement s'est empressé d'introduire des mécanismes de marché dans le système de soins, en séparant les fonctions d'achat et de fourniture des services⁹⁶⁸, pour stimuler la recherche de l'efficacité et une augmentation de la qualité⁹⁶⁹. Dans ce système, les autorités sanitaires sont devenues des acheteurs et les hôpitaux des fournisseurs; ils sont liés par un contrat appelé *NHS contract*⁹⁷⁰. Dès 1991, la plupart des hôpitaux du NHS deviennent des établissements publics autonomes (*NHS Trusts*⁹⁷¹). L' "orientation-client" devient de plus en plus évidente et se traduit dans les exemples suivants: rédaction d'un guide "convivial", publicité des fournisseurs de soins, amélioration de l'esthétique des lieux etc.⁹⁷². L'investissement privé dans le système de soins, notamment dans les hôpitaux, est également favorisé⁹⁷³.

La Charte des patients, établie en 1995 par le département de la santé, se situe dans la ligne de la Charte des citoyens (*Citizen's Charter*) adoptée en 1991 et dont le but est de traiter de la manière dont les services de l'Etat sont fournis,

-
- ⁹⁶⁶ Geoffrey Rivett: "From Cradle to Grave - Fifty years of the NHS", 1997, p.175.
⁹⁶⁷ Voir Geoffrey Rivett: "From Cradle to Grave - Fifty years of the NHS", 1997, p. 192, en référence à BMJ 1966; 2, pp 1315-1319 et BMJ 1967; 1, pp 555-559.
⁹⁶⁸ National Health Service and Community Care Act of 1990, S 4 (NHS contracts).
⁹⁶⁹ Christopher Newdick: "Resource Allocation in the National Health Service", *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIII, no 2&3, 1997, pp 294 ss.
⁹⁷⁰ Pour plus de détails: National Health Service and Community Care Act 1990, S 4; Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, pp 5 ss.
⁹⁷¹ National Health Service and Community Care Act 1990, S 5 ss.
⁹⁷² Geoffrey Rivett: "From Cradle to Grave - Fifty years of the NHS", 1997, p 423: "The need for hospital trusts to generate income led to visible changes. Lilac coloured carpeting and easy chairs, smiling receptionists, a florist's stall bursting with blooms, a bistro coffee bar and a newsagent would appear. Trusts spent money on glossy pamphlets on their services, and on logos".
⁹⁷³ Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, p. 17; Christopher Newdick: "The NHS in private hands? Regulating private providers of NHS services", 2000, pp 6-8.

dans une optique "client", en fixant des standards et en rendant les procédures plus transparentes⁹⁷⁴. Par contre, comme nous l'avons vu plus haut, la Charte des patients n'accorde pas de droits subjectifs aux patients.

Malgré toutes ces réformes, les coûts augmentent toujours et les listes d'attente s'allongent, ce qui indique que la déclaration de Powell est toujours d'actualité⁹⁷⁵.

7.2.2.3 Le "nouveau NHS"

En mai 1997, le contexte change avec la victoire du *New Labour*. Dans la même année, un *White Paper*⁹⁷⁶ est élaboré, traçant un programme en matière de santé, très empreint des options de "troisième voie"⁹⁷⁷, préconisant un mélange entre responsabilité individuelle et solidarité⁹⁷⁸. Cela se traduit par une orientation de santé publique plus marquée, par l'abolition des mécanismes de marché. Ceux-ci sont remplacés par une coopération accrue entre les différents organes⁹⁷⁹, entre les secteurs étatique et privé, ainsi qu'entre les fournisseurs de soins et les patients⁹⁸⁰. La création de standards nationaux et une orientation marquée sur les besoins du patient contribuent à cette évolution⁹⁸¹. Les autorités locales et les fournisseurs de services qui atteignent ou dépassent les standards nationaux auront une certaine liberté de gestion (feu vert) et les autres seront contrôlés plus ou moins étroitement (feu orange ou rouge), selon un nouveau principe: l'autonomie méritée ("*earned autonomy*")⁹⁸². Un peu paradoxalement toutefois, le *New Labour*, tout en

⁹⁷⁴ John F. McEldowney: "Public Law", 1998, pp 787-788.

⁹⁷⁵ Actualisation par Richard Smith: "The NHS: possibilities for the endgame", *BMJ* 318, 1990, pp 209 - 210 et aussi Sheila A.M. McLean: "A UK Perspective on Health Care Constraints", 1999, p. 63.

⁹⁷⁶ "The new NHS - Modern, dependable", introduction par Tony Blair, 8 décembre 1997, <http://www.official-documents.co.uk/document/doh/newnhs/forward.htm>.

⁹⁷⁷ Selon une théorie élaborée par Anthony Giddens, cf notamment: "The Third Way", 1998.

⁹⁷⁸ Voir à ce sujet: Anthony Giddens: "The Third Way", 1998, pp 99 ss.

⁹⁷⁹ S 26-27 Health Act 1999.

⁹⁸⁰ Importance des premiers soins par le patient lui-même: "The frontline in healthcare is the home", "The NHS Plan", p. 18.

⁹⁸¹ "Services should be available when people require them, tailored to their individual needs", cf. "The NHS Plan", p. 17. Il faut relever le changement de terminologie, puisque l'orientation-client est abandonnée au profit de l'orientation sur les besoins du patient.

⁹⁸² "The NHS Plan", p. 63.

préconisant l'abolition de certaines règles du marché introduites par le gouvernement précédent, a ouvert plus largement la porte au financement privé⁹⁸³.

En juillet 2000, le gouvernement a fait paraître ce qui concrétise le programme de 1997: le *NHS Plan*⁹⁸⁴, basé sur une consultation populaire⁹⁸⁵ et se voulant centré sur les besoins des patients⁹⁸⁶. En outre, le budget 2000 prévoyait une injection massive de fonds dans le NHS (2 mia de livres supplémentaires), afin d'augmenter les effectifs en personnel et en lits, ce qui devrait conduire à augmenter la part du secteur de la santé dans le PIB (estimation: 7,6% en 2003-2004)⁹⁸⁷ et à l'adapter à la moyenne européenne⁹⁸⁸. La réorganisation vise aussi à réduire les inégalités entre les régions⁹⁸⁹.

L'historique du NHS montre une fois de plus à quel point le système de santé est dépendant de la tendance politique au pouvoir: Margaret Thatcher a introduit les règles du marché dans le système et Tony Blair en abolit certaines, mais ouvre la porte à plus de financement privé. Chaque tendance politique essaie d'apporter des remèdes pouvant éviter une confrontation trop directe avec la déclaration toujours actuelle de Powell, selon laquelle il faudra accepter que le NHS ne puisse pas répondre à toute demande de soins⁹⁹⁰. Par contre, le nouveau guide NHS répète: *"The NHS will provide a universal service for all based on clinical need, not ability to pay"*⁹⁹¹.

983 Pour une analyse des impacts de cette option, cf. Christopher Newdick: "The NHS in private hands? Regulating private providers of NHS services", 2000, pp 1 ss.
984 <http://www.nhs.uk/nhsplan>.
985 Un résumé des résultats se trouve dans l'annexe 1 de "The NHS Plan", p. 134.
986 Quelques commentaires et critiques, Jennifer Dixon / Steve Dewar: "The NHS Plan", *BMJ* 2000; 321, pp 315-316.
987 Budget du 21 mars 2000 "Working for a Stronger and a Fairer Britain", <http://www.hm-treasury.gov.uk/budget2000/hmtdh1.html>.
988 "The NHS Plan", p. 8.
989 "The NHS Plan", p. 107.
990 Elle est encore actualisée par Christopher Newdick: "The NHS in private hands? Regulating private providers of NHS services", 2000, pp 7-8: "Hard choices about the future of the NHS, and publicly funded welfare systems in general, are unavoidable. Certain categories of illness could be excluded from the NHS altogether, or levels of taxation will steadily increase".
991 "Your guide to the NHS", p. 2.

7.2.3 Deux secteurs de prise en charge

Le rapport Beveridge préconisait déjà la séparation des services chargés de la santé et des services sociaux et cette différenciation a été reprise dans le NHS Act⁹⁹². Le NHS est sous la responsabilité du Secrétaire d'Etat à la santé, alors que les services sociaux sont sous celle des autorités locales. Les soins des patients qui souffrent d'affections aiguës sont offerts gratuitement par le NHS. Par contre, les "residents", souvent des personnes âgées qui souffrent d'affections chroniques dont le processus de guérison stagne, doivent prendre en charge eux-mêmes les soins qu'ils nécessitent, en fonction de leur revenu⁹⁹³, car ils tombent sous le régime du *Community Care*⁹⁹⁴, c'est-à-dire des services sociaux.

La distinction entre les deux secteurs n'est pas toujours aisée, en particulier dans le domaine des "nursing services", et la problématique est renforcée par la tendance à raccourcir la durée des hospitalisations⁹⁹⁵. Deux décisions ont été rendues par l'ombudsman⁹⁹⁶ qui a reconnu que le NHS a également l'obligation de fournir des soins à des malades chroniques⁹⁹⁷. La Cour d'appel a également rendu une décision qui va dans le même sens⁹⁹⁸.

⁹⁹² Christopher Newdick: "Patients, or residents?: Long-term care in the welfare state". Med.L.Rev. 1996, p. 144.

⁹⁹³ NHS and Community Care Act 1990, S 44.

⁹⁹⁴ Régulé dans le National Assistance Act 1948; cf. explications dans un arrêt récent avec commentaires: R v. North and East Devon Health Authority ex parte Coughlan, Med.L.Rev. 2000, pp 145 ss.

⁹⁹⁵ Pour plus de détails, cf. Christopher Newdick: "Who should we treat?", 1995, pp 138 ss. et Christopher Newdick: "Patients, or residents?: Long-term care in the welfare state", Med.L.Rev. 1996, pp 144 ss.

⁹⁹⁶ Institué par le Health Commissioners Act 1993.

⁹⁹⁷ Christopher Newdick: "Patients, or residents?: Long-term care in the welfare state", Med.L.Rev. 1996, p. 149: les deux décisions ont été rendues suite au refus de deux autorités régionales différentes de garder à l'hôpital une personne souffrant d'une attaque cérébrale dont l'état est stabilisé, mais qui nécessite encore des soins infirmiers.

⁹⁹⁸ White v Chief Adjudication Officer, (1994) 17 BMLR 68: des personnes âgées hospitalisées en psychiatrie doivent être transférées dans un EMS accueillant des personnes souffrant d'affections psychiatriques; ce dernier a été considéré comme un hôpital; les soins relèvent donc du NHS.

Le nouveau plan NHS, basé sur les recommandations de la *Royal Commission on the Long Term Care*, préconise un rapprochement des deux secteurs et l'inclusion des "nursing services" dans les prestations du NHS⁹⁹⁹.

7.3 Le NHS

7.3.1 Législation et organisation

Il est difficile de dresser aujourd'hui un tableau clair du NHS, tant les remaniements sont profonds et encore inachevés. Les conditions créées par le gouvernement Thatcher ne sont pas encore toutes modifiées et le recul manque pour analyser les effets de la réforme.

Les principales lois applicables sont: le NHS Act 1977 (et le NHS Act Scotland 1978), le Community Care Act 1990, le Health Authorities Act 1995, le National Health Service (Primary Care) Act 1997 et le Health Act 1999¹⁰⁰⁰ (remaniement du NHS Act de 1977). Il faut encore mentionner la *Patient Charter* de 1995 qui n'a toutefois pas force de loi et un nombre considérable de circulaires internes au NHS et de *guidelines*, qui n'ont pas non plus force de loi¹⁰⁰¹, mais qui exercent néanmoins une influence importante; certains parlent même de *quasi-law*¹⁰⁰².

Encore actuellement, le NHS est fondé sur les trois principes de base déjà proclamés lors de sa création:

- Couverture complète des soins¹⁰⁰³;
- Gratuité¹⁰⁰⁴, excepté pour les médicaments et les lunettes dans certaines circonstances;
- Egalité d'accès.

⁹⁹⁹ "The NHS Plan", pp 126 ss.

¹⁰⁰⁰ Le Health Act de 1999 vise avant tout à mieux coordonner les activités des services sociaux et du NHS, notamment par les Primary Care Trusts; il prévoit également la création de la Commission for Health Improvement (§ 19).

¹⁰⁰¹ Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, pp 28 ss.

¹⁰⁰² Jonathan Montgomery: "Health Care Law", 1997, p. 12.

¹⁰⁰³ NHS Act S 1(1).

¹⁰⁰⁴ NHS Act, S 1 (2).

Le Secrétaire d'Etat à la santé a la responsabilité globale sur le NHS et le service qui lui est directement subordonné est le NHSE (*NHS Executive*)¹⁰⁰⁵. Les autorités suivantes sont également sous sa direction¹⁰⁰⁶:

- Les autorités sanitaires régionales (*Health Authorities*);
- Les *Special Health Authorities*;
- Les Primary Care Trusts (*Health Act S 2 ss*);
- Les NHS Trusts (*Health Act S 13 ss*).

Les deux dernières autorités se situent dans la droite ligne de la politique du financement privé et de la responsabilisation des fournisseurs de soins, accélérée sous le *New Labour*. Elles doivent respecter une obligation de qualité (S 18 *Health Act 1999*), contrôlée par la *Commission for Health Improvement* (S 19 *Health Act 1999*).

Récemment, dans le but d'accélérer l'accès des patients aux soins et de diminuer les listes d'attente, des centres d'appel d'urgence 24 heures sur 24, dirigés par du personnel infirmier, ont été créés (*NHS Direct*)¹⁰⁰⁷. Une première étude démontre toutefois que l'impact sur la demande pour les soins d'urgence est moins fort qu'escompté et que *NHS Direct* a surtout aidé à freiner la demande pour des consultations chez le généraliste hors des heures d'ouverture du cabinet¹⁰⁰⁸.

7.3.2 Les soins

Les soins offerts par le NHS sont divisés en deux catégories: les soins primaires (médecine générale, dentaire, ophtalmologie et pharmacie) et les soins secondaires (hôpitaux, y compris spécialistes). Le système ne comporte pas de liste des soins pris en charge, respectivement non pris en charge, telle que celle de l'assurance-maladie en Suisse, ce qui est logique, puisque dans

¹⁰⁰⁵ Plus de détails dans Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, p. 4.

¹⁰⁰⁶ Health Act 1999 S 17 (2).

¹⁰⁰⁷ "The NHS Plan", pp 18-19.

¹⁰⁰⁸ James Munro / John Nicholl / Alicia O' Cathain / Emma Knowles: "Impact of NHS Direct on demand for immediate care: observational study", *BMJ* 2001; 321, pp 150-153.

un système étatique les soins offerts sont évidemment pris en charge. Par contre, le département de la santé a édicté un grand nombre de circulaires¹⁰⁰⁹, dont certaines commandent de ne pas prendre en charge un traitement déterminé¹⁰¹⁰. L'absence d'une véritable liste de soins est due à un des principes fondateurs du NHS qui consiste en une prise en charge complète des soins.

L'accent est mis sur l'allocation des ressources et sur la définition de priorités, plus que sur une définition précise des prestations, ce qui est probablement le propre d'un système étatique de distribution des soins. Dans les limites des ressources qui leur sont allouées, les autorités sanitaires ont un grand pouvoir d'appréciation pour définir les priorités sanitaires et nous verrons plus loin que des traitements jugés à basse priorité (p.ex. opération de changement de sexe) peuvent être refusés. Au niveau national, dans le nouveau plan NHS, les priorités ont été placées dans trois grands domaines: les affections cardiovasculaires, le cancer et les affections psychiatriques¹⁰¹¹.

Une importance croissante a été attribuée à l'EBM sous le gouvernement Thatcher¹⁰¹² et cette tendance continue, puisque le nouveau plan NHS précise que l'efficacité d'un traitement, c'est-à-dire la détermination de ce qui est le plus à même d'améliorer l'état de santé de la population, est le facteur déterminant pour la définition des priorités¹⁰¹³. En ce sens, la condition de l'efficacité des prestations étudiée dans les systèmes suisse et néerlandais est également primordiale au Royaume-Uni.

De nombreuses *guidelines* ont été élaborées par les associations professionnelles et un grand nombre d'entre elles sont recommandées par le NHSE¹⁰¹⁴. Les *guidelines* constituent des recommandations de traitements, souvent basées sur l'EBM, destinées à assister médecin et patient dans la

¹⁰⁰⁹ P. ex.: "Cancer referral guidelines", HSC (2000) 13; "Resuscitation policy", HSC (2000) 28; ces circulaires se trouvent sur le site du département de la santé <http://www.doh.gov.uk>.

¹⁰¹⁰ P. ex. "Sildenafil (Viagra)", HSC (1998) 158; cf. jugement rendu, expliqué sous 7.1.2, *Med.L.Rev* 1999, p. 336 (Viagra).

¹⁰¹¹ "The NHS Plan", p. 113.

¹⁰¹² Geoffrey Rivett: "From Cradle to Grave - Fifty years of the NHS", 1997, pp 382 ss; "A guide to the NHS", p. 14.

¹⁰¹³ "The NHS Plan", p. 39.

¹⁰¹⁴ Une liste de ces *guidelines* peut être trouvée dans un document du NHSE: "Information on clinical effectiveness", <http://www.doh.gov.uk/pub/docs/doh/nhsbook.pdf>, pp 8 ss.; cf. aussi Brian Hurwitz: *Clinical Guidelines and the Law*, 1998, p. 1

prise de décision. En tant que telles, les *guidelines* n'ont pas force de loi, mais exercent une influence sur l'obligation des autorités sanitaires et sur la responsabilité des fournisseurs¹⁰¹⁵. Dans les cas de responsabilité, les *guidelines* risquent de jouer un rôle non négligeable dans la détermination du "standard of care"¹⁰¹⁶ (même si leur non-respect n'implique pas forcément une négligence), ne serait-ce que parce qu'elles sont établies par les sommités du monde médical¹⁰¹⁷.

7.3.3 Le médecin généraliste

Les *General Practitioners* (GP's) sont les principaux acteurs des soins primaires et les *gatekeepers* du système de soins. Ils sont organisés, réglementés et payés par l'autorité sanitaire selon un forfait *per capita*, mais sans que les GP's soient des employés du NHS. Le GP doit fournir à ses patients les soins nécessaires et appropriés selon ce qui est communément admis par les représentants professionnels¹⁰¹⁸; il doit aussi se conformer aux directives du département de la santé et du NHSE. L'autorité sanitaire tient une liste de tous les GP's habilités à exercer pour le NHS¹⁰¹⁹ et chaque GP doit tenir une liste de tous les patients inscrits chez lui¹⁰²⁰.

Les réformes du NHS ont favorisé un regroupement des GP's, avec la création des *GP Groups* (auxquels tous les GP's sont rattachés) et des *GP Trusts*¹⁰²¹. Les *GP Trusts* (auxquels seule une partie des GP's sont rattachés) forment une entité légale, avec d'importantes responsabilités dans l'allocation des ressources, également au niveau meso¹⁰²². La création des *GP Groups* a également pour but de développer la collaboration entre les professionnels de la santé, les services sociaux et les patients. Ces réformes ont pour

¹⁰¹⁵ Jonathan Montgomery: "Health Care Law", 1997, p. 183.

¹⁰¹⁶ Loveday v. Renton and Wellame Foundation Ltd, (1991) 1 Med. L. R. 117.

¹⁰¹⁷ Christopher Newdick: "Who should we treat?", 1995, p. 177.

¹⁰¹⁸ Schedule 2 to the NHS (General Medical Services) Regulations 1992.

¹⁰¹⁹ S 32(1) NHS (Primary care) Act de 1997.

¹⁰²⁰ Pour plus de détails, cf. Christopher Newdick: "Who should we treat?", 1995, p. 148.

¹⁰²¹ Pour plus de détails, cf. Health Act 1999 S 2 ss; informations du département de la santé "Primary care", <http://www.doh.gov.uk/pricare>; cf. aussi Christopher Newdick: "The NHS in private hands? Regulating private providers of NHS services", 2000, p. 5.

¹⁰²² Health Act 1999 S 3 (97D).

conséquence que le médecin généraliste n'est plus seulement médecin, mais aussi *manager* de ressources¹⁰²³.

Le *National Health Service and Community Care Act 1999* (s 18) contient la base légale pour fixer un budget maximal de prescription de médicaments à chaque GP¹⁰²⁴. Le dépassement du budget sans motifs légitimes peut entraîner une réduction de la rémunération du GP. Là encore, chaque GP se retrouve un peu *manager* de ressources.

Le patient est libre de changer de médecin généraliste¹⁰²⁵ et le GP a en principe la liberté d'accepter ou de refuser un patient qui demande à être inscrit chez lui. Il peut également refuser de continuer d'avoir un patient sur sa liste, mais seulement pour des motifs légitimes. Le motif économique (p.ex. si le patient est un grand consommateur de médicaments, ce qui aurait une influence sur le budget fixé au GP) n'en est pas un¹⁰²⁶. Dans le même ordre d'idées, il semble que de nombreux GP's refusent d'inscrire des requérants d'asile sur leur liste pour deux raisons principales, occasionnant des consultations plus longues: les difficultés de langue et les besoins en soins plus importants chez ces personnes¹⁰²⁷. Puisque les services du NHS doivent être accessibles à tous, les autorités sanitaires peuvent toutefois obliger un GP à accepter quelqu'un pour une durée limitée jusqu'à ce qu'un autre GP ait été trouvé¹⁰²⁸.

7.3.4 Les hôpitaux

Le secteur des soins secondaires concerne essentiellement les hôpitaux; ceux-ci sont de trois types¹⁰²⁹:

- Hôpitaux sous contrôle direct de l'autorité sanitaire (de plus en plus rares);

1023 Christopher Newdick: "The NHS in private hands? Regulating private providers of NHS services", 2000, p. 6.

1024 Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, p. 56.

1025 Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, p. 67.

1026 Pour plus de détails, cf. Christopher Newdick: "Who should we treat?", 1995, p. 158.

1027 Jim Cannelly/Martin Schweiger: "The health risks of the UK's new asylum Act", *BMJ* 2000; 321, pp 5-6.

1028 Jonathan Montgomery: "Health Care Law", 1997, p. 58.

1029 Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, pp 46 ss.

- *NHS Trusts* (financement en partie privé): ils ne sont pas sous contrôle direct du NHS, mais doivent se conformer aux directives émises à leur égard; ils peuvent être actionnés en responsabilité en leur propre nom;
- Hôpitaux privés soignant des patients transférés par une institution NHS (tendance à la hausse, notamment en réponse aux délais d'attente¹⁰³⁰): des arrangements sont passés entre l'institution NHS qui transfère le patient (NHS-Trust ou autorité régionale si l'hôpital dépend d'elle directement) et les hôpitaux privés; il n'y a pas de délégation de responsabilité à ces hôpitaux et l'institution NHS qui transfère le patient reste responsable en vertu de son obligation de fournir les soins, qu'elle le fasse elle-même ou en transférant le patient à un tiers; elle reste responsable des soins, aussi pour les cocontractants¹⁰³¹, comme si le patient était traité *in house*¹⁰³². Par contre, la manière dont un tribunal jugerait un cas dans lequel des soins insuffisants auraient été donnés par manque de personnel par exemple, n'est pas encore claire; cela pose d'ailleurs d'importants problèmes d'interactions entre droit privé et droit public. Cette problématique se posera de plus en plus avec la privatisation des services étatiques¹⁰³³.

Alors qu'à l'origine du NHS les hôpitaux étaient essentiellement sous le contrôle direct de celui-ci, la tendance des Trusts est née sous le gouvernement Thatcher et s'est développée sous le gouvernement Blair. Les hôpitaux privés (troisième catégorie) se voient attribuer une importance accrue dans le cadre des mesures de lutte contre les listes d'attente.

¹⁰³⁰ Un concordat a d'ailleurs été signé à la fin 2000, pour que les autorités sanitaires régionales puissent faire une utilisation accrue de lits privés, *BMJ* 2000; 321, p. 1101.

¹⁰³¹ Andrew Grubb: "Institutional liability - Primary or direct liability", 1998, p. 460.

¹⁰³² *M v. Calderdale and Kirklees HA*, résumé dans Andrew Grubb: "Principles of Medical Law - First supplement", 1998, pp 29-30, ainsi que dans le 3ème supplément, 2000, p. 64.

¹⁰³³ Christopher Newdick: "The NHS in private hands? Regulating private providers of NHS services", 2000, pp 15 ss., p. 25.

7.4 Allocation des ressources

7.4.1 Trois niveaux

La conséquence logique d'un système dans lequel les prestations offertes correspondent aux prestations prises en charge est que des limites ont dû être fixées au niveau budgétaire. Ce sont ces limites qui détermineront l'offre en soins.

Au Royaume-Uni, la procédure d'allocation des ressources est clairement divisée en trois niveaux:

- Macro: le budget étatique pour la santé, réparti sur les différentes autorités régionales, établi par le Secrétaire d'Etat pour les affaires sociales;
- Meso: la répartition du budget à l'intérieur des différentes régions par les autorités sanitaires régionales;
- Micro: l'attribution des soins dans le cas concret.

Théoriquement, le patient peut recourir contre les décisions d'allocation de ressources prises à ces trois niveaux. Selon le cas, le demandeur peut invoquer un moyen de droit public (*breach of statutory duty*) pour attaquer la décision elle-même ou un moyen de droit privé (*negligence*) par lequel il pourra obtenir des dommages-intérêts¹⁰³⁴. Le premier moyen est adapté contre les décisions aux niveaux macro et meso et le deuxième pour le niveau micro. Pratiquement, nous allons voir que les actions situées aux niveaux macro et meso offrent peu de chances de succès.

7.4.2 Niveau macro: par le secrétaire d'Etat aux autorités sanitaires

L'obligation qu'a le Secrétaire d'Etat de mettre à disposition les structures de soins nécessaires est consacrée par la S 3 du *NHS Act*¹⁰³⁵. Il doit prendre en compte les facteurs suivants pour la détermination des ressources nécessaires: estimation de la population, proportion de personnes âgées, besoins de santé

¹⁰³⁴ Jonathan Montgomery: "Health Care Law", 1997, p. 62.

¹⁰³⁵ Modifié par le Health Authorities Act 1995, cf. Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, p. 5.

(distinction entre soins aigus et soins psychiatriques, disparité des coûts entre les différentes régions)¹⁰³⁶.

Comme indiqué sous 7.1, le patient n'a quasiment aucun moyen d'action contre les décisions du Secrétaire d'Etat, alors même que celui-ci a une obligation légale (*statutory duty*) de fournir un certain nombre de conditions-cadre pour permettre la distribution des soins, puisque c'est lui qui doit fournir les ressources aux autorités sanitaires¹⁰³⁷. La décision d'allocation des ressources au niveau macroscopique est purement politique, même si elle influence directement la situation des patients.

Deux cas illustrent le non-aboutissement d'actions de ce type fondées sur un *breach of statutory duties*:

- *R v. Secretary of State for Social Services, West Midlands Regional Health Authority and Birmingham Area Health Authority, ex parte Hincks*¹⁰³⁸: cet arrêt concerne un service d'orthopédie projeté mais non réalisé, par manque de ressources. La question était de savoir si le secrétaire d'Etat avait manqué à son obligation légale de fournir des soins complets, selon S 3 *NHS Act 1977*. La Cour d'Appel a jugé que cette disposition devait être interprétée en lien avec le caractère limité des ressources disponibles, même si cet élément n'est pas expressément mentionné dans la disposition¹⁰³⁹.
- *R v. Secretary of State for Social Services, ex parte Walker*¹⁰⁴⁰: un bébé nécessite une opération cardiaque, mais sa vie n'est pas encore en danger. Il ne peut être opéré immédiatement, à cause du manque de personnel aux soins intensifs de néonatalogie, mais il pourrait l'être en cas d'urgence. Le juge déclare qu'il n'appartient pas au tribunal de se substituer aux autorités chargées d'allouer les ressources et que seule une décision qui serait *Wednesbury unreasonable*¹⁰⁴¹ pourrait être remise en cause, ce qui n'est pas le cas ici.

1036 Christopher Newdick: "Resource Allocation in the National Health Service", *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIII, no 2&3, 1997, p 297;

1037 Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, p. 6.

1038 S3(1) *NHS Act 1977* et S(2) *Health Authorities Act 1995*.

1039 (1980) 1 B.M.L.R. 93.

1040 Ian Kennedy: "Institutional liability - Breach of duty", 1998, p.478.

1041 (1987) 3 B.M.L.R. 32.

Selon ce principe de droit administratif, il doit s'agir d'une décision déraisonnable à tel point qu'aucune autre personne placée dans la même situation prendrait une

L'obligation du Secrétaire d'Etat consiste à faire de son mieux¹⁰⁴² et, plus précisément, à ne pas être manifestement déraisonnable selon le principe de *Wednesbury*. Il peut invoquer les contraintes financières pour justifier ses décisions¹⁰⁴³. Cette jurisprudence n'est d'ailleurs pas propre au domaine de la santé, mais se retrouve également dans le domaine de l'environnement par exemple¹⁰⁴⁴.

7.4.3 Niveau meso: par les autorités sanitaires aux hôpitaux et médecins

Les autorités sanitaires ont l'obligation de fournir les services médicaux et donc d'employer les montants alloués par le Secrétaire d'Etat. A cet effet, elles évaluent les besoins de la population et fixent les priorités dans le cadre du montant alloué par le Secrétaire d'Etat¹⁰⁴⁵. Il faut rappeler qu'avec le nouveau plan NHS, les NHS Trusts et les Primary Care Trusts auront une responsabilité accrue dans ce domaine¹⁰⁴⁶.

Le patient n'a que peu de moyens d'action contre les décisions des autorités sanitaires puisqu'il faut que la décision remise en cause soit manifestement déraisonnable (*Wednesbury unreasonable*)¹⁰⁴⁷. Nous avons choisi trois cas pour illustrer la jurisprudence à ce propos; le premier concerne un petit garçon avec une malformation cardiaque dont la vie serait mise en danger en

telle décision (*Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 223, résumé notamment dans Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, p. 37. Ce principe correspond dans une certaine mesure à la notion d'arbitraire en droit suisse.

1042 "... the Minister's statutory responsibility is to do the best he can with the resources available, not to provide everything that everyone wants or feels they need", Sheila A.M. McLean: "A UK Perspective on Health Care Constraints", 1999, p. 61.

1043 *R v. North and East Devon Health Authority ex parte Coughlan*, *Med.L.Rev.* 2000, p. 148

1044 Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, p. 6.

1045 Montant per capita pondéré, Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, p. 6.

1046 Christopher Newdick: "The NHS in private hands? Regulating private providers of NHS services", 2000, pp 1 ss.

1047 Principe de *Wednesbury unreasonableness* selon un jugement du même nom, Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", 1998, pp 37 ss.

l'absence d'une opération (contrairement au cas *ex p. Walker* examiné plus haut), le deuxième est le fameux cas Child B et le troisième concerne les opérations de changement de sexe:

- *R. v. Central Birmingham Health Authority, ex parte Collier*¹⁰⁴⁸: le médecin d'un petit garçon âgé de quatre ans estime qu'une opération doit absolument être effectuée pour sa malformation cardiaque et le place en tête de la liste d'attente. Par manque de lits de soins intensifs, l'opération n'a pas pu avoir lieu avant le décès de l'enfant. Le juge répète ce qu'il a déjà déclaré dans le cas *ex p. Walker* examiné ci-dessus, c'est-à-dire qu'il n'appartient pas au tribunal de se substituer aux autorités chargées d'allouer les ressources, en précisant que cela est valable alors même que la vie du patient est en danger. Il semble que ce cas ait suscité des émotions chez la Première Ministre, l'incitant à empoigner le problème des listes d'attente¹⁰⁴⁹.
- *R. v. Cambridge HA, ex parte B*¹⁰⁵⁰: un enfant de 10 ans souffre d'une rechute de leucémie. Une nouvelle chimiothérapie en vue d'une nouvelle transplantation de la moëlle épinière a été refusée par l'autorité sanitaire. Là encore, la Cour d'Appel refuse d'entrer en matière sur la question de l'allocation des ressources. Il faut toutefois relever les considérations d'un juge de la *High Court* (autorité inférieure) selon lesquelles, lorsque les ressources à disposition et la vie d'un enfant de 10 ans sont en balance, l'autorité doit faire plus que d'invoquer simplement la rareté des ressources: elle doit expliquer comment elle fixe les priorités. L'argumentation de ce juge se fondait notamment sur le droit à la vie consacré par l'art. 2 CEDH¹⁰⁵¹.
- *R. v. North West Lancashire Health Authority ex parte A, D and G*¹⁰⁵²: les trois défendeurs souffrent de transsexualisme et demandent une

1048 Eng. C.A. Jan 6, 1988 (non publié), résumé dans Christopher Newdick: "Resource Allocation in the National Health Service", *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIII, no 2&3, 1997, pp 302-303.

1049 Christopher Newdick: "Resource Allocation in the National Health Service", *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIII, no 2&3, 1997, p. 293.
1050 (1995) 2 All ER 129.

1051 Ce cas a fait couler beaucoup d'encre et a été analysé en détail par Chris Ham / Susan Pickard: "Tragic Choices in Health Care - The case of Child B", 1998; voir aussi Vikki A. Entwistle et divers: "Media coverage of the Child B case", *BMJ* 1996; 312, pp 1587-1591.

1052 *Med.L.Rev.* 2000, pp 129 ss.

opération de changement de sexe. En fixant les priorités sanitaires, l'autorité sanitaire a décidé que la prise en charge d'une telle opération ne pouvait se faire que très exceptionnellement (*overriding clinical need*). Dans les autres cas, une participation de £ 8'000 doit être demandée aux personnes concernées. La Cour d'Appel a accepté le fait que l'autorité sanitaire juge que ce type d'intervention a un degré de priorité bas (p.ex. plus bas que le cancer, les problèmes cardiaques ou hépatiques), sous réserve d'une petite marge d'appréciation pour le cas individuel. Par contre, l'appréciation du cas individuel n'a pas été effectuée de manière satisfaisante en l'occurrence et la Cour d'Appel a rejeté le recours de l'autorité sanitaire. Le commentaire de cet arrêt souligne que les autorités sanitaires ont la possibilité de fixer des critères de priorité pour les traitements avec un large pouvoir d'appréciation, mais aussi qu'elles doivent apprécier ces critères de manière précise dans le cas concret¹⁰⁵³.

7.4.4 Niveau micro: par les hôpitaux et médecins aux patients

A ce niveau, l'action intentée est dirigée contre le NHS Trust (éventuellement contre l'autorité sanitaire, lorsque l'hôpital est sous son contrôle direct). Le patient qui estime que les soins qu'il a reçus étaient inappropriés invoque la responsabilité civile du fournisseur de soins¹⁰⁵⁴. Une action en responsabilité civile présuppose notamment l'existence d'un dommage. Elle ne peut donc intervenir qu'après coup. Le patient a deux moyens pour invoquer la responsabilité civile:

- La responsabilité de l'employeur (NHS-Trust ou autorité régionale) pour les agissements de ses employés (*vicarious liability*). Il s'agit des cas de responsabilité médicale (*negligence*) et la responsabilité est évaluée à l'aide du fameux critère de Bolam¹⁰⁵⁵. En principe, les critères de Bolam ne concernent que l'art médical et non les facteurs économiques. Par contre, la diminution du *standard of care* (souvent en raison du manque

¹⁰⁵³ Med.L.Rev. 2000, p.133.

¹⁰⁵⁴ Pour plus de détails, cf. Christopher Newdick: "Who should we treat?", 1995, pp 83 ss.

¹⁰⁵⁵ Selon un arrêt Bolam v. Friern Hospital Management Committee. (1957) 2 All ER 118: "a doctor is not negligent, if he is acting in accordance with a practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular art, merely because there is a body of such opinion that takes a contrary view".

de personnel) occasionné par les ressources limitées est un argument invoqué de plus en plus souvent par la défense¹⁰⁵⁶.

- La responsabilité directe du NHS Trust ou de l'autorité régionale pour les manques organisationnels (*breach of duty*), plus précisément pour les manquements à leur obligation de fournir un environnement de sécurité pour les soins (*duty to provide a safe health environment*)¹⁰⁵⁷.

Deux cas illustrent le lien entre responsabilité et limitation des ressources, celle-ci étant l'enjeu secondaire de ces actions en responsabilité. Dans le premier cas, la responsabilité de l'employeur est invoquée et, dans le deuxième, la responsabilité directe de l'institution NHS :

- *Wilsher v. Essex AHA*¹⁰⁵⁸: un jeune interne inexpérimenté a posé un cathéter à un prématuré et le place dans la veine plutôt que dans l'aorte. Les valeurs contrôlées (masse d'oxygène dans le sang) étant faussées et l'apport externe en oxygène ayant par conséquent été trop élevé, l'enfant souffrit d'une hyperoxygénation et devint malvoyant. La Cour d'Appel a rejeté le recours de l'autorité sanitaire dont dépendait directement l'hôpital, lui reconnaissant une responsabilité indirecte pour les agissements de l'interne. L'opinion dissidente d'un juge est intéressante dans ce cas¹⁰⁵⁹, en ce sens qu'elle fait état d'une distinction entre la responsabilité indirecte de l'autorité sanitaire pour les agissements du médecin et la responsabilité directe pour l'organisation, en l'occurrence pour le fait d'avoir laissé un interne inexpérimenté effectuer un acte spécialisé. Selon ce juge, ce serait plutôt ce dernier élément qui est déterminant. Ce juge pose également des questions intéressantes en rapport avec les ressources financières, sans y répondre¹⁰⁶⁰, mais en suggérant que les soins que l'hôpital prétend pouvoir offrir doivent atteindre un certain niveau de qualité¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁶ Jonathan Montgomery: "Health Care Law", 1997, p. 180.

¹⁰⁵⁷ Andrew Grubb: "Institutional liability - Primary or direct liability", 1998, p. 457. (1986) 3 All ER 801.

¹⁰⁵⁹ (1986) 3 All ER 834.

¹⁰⁶⁰ L'unc est: "Given limited resources, what balance is to be struck in the allocation of such resources between compensating those whose treatment is not wholly successful and the provision of required treatment for the world at large?", (1986) 3 All ER 834.

¹⁰⁶¹ Ian Kennedy: "Institutional liability - Breach of duty", 1998, p. 473.

-
- *Bull v. Devon Area Health Authority*¹⁰⁶²: le cas concerne l'organisation d'un service d'obstétrique situé en deux lieux différents. Lors d'une complication de grossesse, le médecin responsable n'a pas pu se déplacer à temps d'un lieu à l'autre. Le bébé souffre de lésions cérébrales. L'autorité sanitaire, dont dépend directement l'hôpital, invoque l'insuffisance des ressources qui a nécessité cette organisation sur deux sites et qui est à l'origine de l'événement survenu. Dans ce cas, le tribunal reconnaît une responsabilité directe pour l'organisation déficiente et n'admet pas le manque de ressources comme facteur d'exonération de la responsabilité¹⁰⁶³.

7.4.5 Leçons à tirer

Le patient n'a pas véritablement de moyens de droit public effectifs pour agir contre des décisions d'allocation de ressources prises aux niveaux macro et meso, puisque de telles décisions peuvent tenir compte des ressources financières limitées (ce qui donne un large pouvoir d'appréciation aux autorités) et qu'elles ne peuvent être remises en cause que si elles sont manifestement déraisonnables.

Si une action doit être intentée, il est préférable de la situer au niveau micro, puisque là, les ressources limitées semblent avoir une importance moindre¹⁰⁶⁴. Par contre, une telle action ne pourra être intentée que si les conditions de la responsabilité sont remplies. Ce moyen ne concerne pas directement l'allocation des ressources, mais un problème survenu au cours d'un traitement et qui pourrait être la conséquence d'un manque de ressources. Les actions en responsabilité sur fond d'allocation de ressources entraînent le juge dans une voie qu'il n'a pas voulue et pour laquelle il est mal équipé. Jusqu'à présent, les fournisseurs de soins n'ont pas encore pu se libérer de leur responsabilité parce que les ressources mises à leur disposition

¹⁰⁶² Eng. C.A. Feb. 2 1989, repris par Christopher Newdick: "Resource Allocation in the National Health Service", *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIII, no 2&3, 1997, pp 303 ss.

¹⁰⁶³ Ian Kennedy: "Institutional liability - Breach of Duty", 1998, p. 482.

¹⁰⁶⁴ Cette incohérence est relevée par Christopher Newdick: "Resource Allocation in the National Health Service", *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIII, no 2&3, 1997, pp 304-305.

étaient insuffisantes, mais l'avenir est incertain, notamment à la lecture des considérants des différents arrêts évoqués¹⁰⁶⁵.

La personne qui n'a pas eu accès aux soins, p. ex. du fait des listes d'attente, et qui n'a pour moyens que les actions présentées au niveau macro ou meso a très peu de chances de voir son action aboutir; au niveau micro, l'action en justice est également difficile, car les conditions de la responsabilité doivent être remplies, notamment l'existence d'un dommage. Par contre, la personne qui a reçu des soins insuffisants ayant entraîné un dommage¹⁰⁶⁶ peut intenter avec de bonnes chances de succès une action au niveau micro.

Un arrêt rendu en matière d'instruction publique mérite d'être relevé, parce qu'il pourrait avoir des effets dans le domaine de la santé. Dans l'affaire *R v. East Sussex CC, ex parte Tandy*¹⁰⁶⁷, la *House of Lords* a considéré que l'obligation de fournir une instruction appropriée, ancrée dans la loi¹⁰⁶⁸, ne contient aucune référence aux ressources disponibles et ne peut donc être interprétée comme si elle en contenait une. La disposition en question doit être interprétée en fonction des besoins et non des ressources. Il est imaginable que ces considérants puissent avoir des suites dans le domaine de la santé¹⁰⁶⁹.

7.5 Lacunes de prise en charge?

7.5.1 Personnes

Toute personne¹⁰⁷⁰ peut bénéficier des services du NHS et s'inscrire auprès d'un GP de sa région. En cas d'urgence, les médecins généralistes ont l'obligation de soigner également les personnes qui ne sont pas inscrites chez eux¹⁰⁷¹. Les réfugiés et les demandeurs d'asile bénéficient aussi des services

¹⁰⁶⁵ Ian Kennedy: "Institutional liability - Breach of duty", 1998, p. 485.

¹⁰⁶⁶ Christopher Newdick: "Resource Allocation in the National Health Service", *American Journal of Law & Medicine*, vol. XXIII, no 2&3, 1997, pp 304-305. (1998) All ER 769.

¹⁰⁶⁸ Education Act 1993.

¹⁰⁶⁹ Andrew Grubb (ed.): "Principles of Medical Law", 2000, p. 13.

¹⁰⁷⁰ "... for all persons in the area", NHS Act 1977 S 29, modifié par NHS and Community Care Act 1990 S 2(1).

¹⁰⁷¹ Christopher Newdick: "The Organisation of Health Care", in: "Principles of Medical Law", 1998, p. 61.

du NHS, même si, en pratique, ils rencontrent quelques problèmes en rapport avec des GP's qui ne les acceptent pas sur leurs listes (cf. 7.3.4).

De nombreuses critiques ont été élevées à l'encontre de l'application d'un critère d'âge maximal, non fondé scientifiquement, dans le seul but de refuser des traitements à des personnes âgées (ageism)¹⁰⁷². Le nouveau plan NHS veut bannir l'ageism¹⁰⁷³. A ce titre, un nouveau programme destiné aux personnes âgées vient d'être établi par le Département de la Santé¹⁰⁷⁴. Le plan reconnaît les discriminations à l'encontre des personnes âgées dans certains domaines et veut les éradiquer à l'avenir, notamment pour les personnes âgées de plus de 65 ans¹⁰⁷⁵. Il va toutefois plus loin, puisqu'il propose une série de mesures médicales spécialement adaptées aux personnes âgées. Une des motivations qui a conduit à ce plan est la reconnaissance du fait que les personnes âgées ont payé pour le NHS durant toute leur vie et qu'elles ont donc droit aux services correspondants.

Si la question des discriminations à l'encontre des personnes âgées devait effectivement être résolue, il semble qu'il n'y aurait pas de lacune au niveau des bénéficiaires et qu'un des principes fondateurs du NHS serait bien réalisé: l'accès aux soins pour tous. Dans un système de soins étatiques, il est d'ailleurs logique qu'il n'y ait pas de lacune à ce niveau.

7.5.2 Prestations

Un des principes du NHS est de fournir des soins nécessaires complets (*comprehensive*)¹⁰⁷⁶. Tout au long de ce chapitre nous avons pu constater que ce principe n'implique pas automatiquement un droit pour chacun à tous les soins dont il pense avoir besoin, mais que des priorités sont fixées en fonction des ressources allouées et déterminent l'accès aux soins. Quelques lacunes de prise en charge relatives à certaines catégories de soins pourraient se trouver

¹⁰⁷² J. Grimley Evans: "The rationing debate : Rationing health care by age: The case against", *BMJ* 1997; 314, pp 822 ss; Graham C. Sutton: "Will you still need me, will you still screen me, when I'm past 64?", *BMJ* 1997; 315, pp 1032-1033.

¹⁰⁷³ The new NHS Plan, p. 124.

¹⁰⁷⁴ National Service Framework for Older People, <http://www.doh.gov.uk/pdsf/nsfolderpeople.pdf>.

¹⁰⁷⁵ National Service Framework for Older People, p. 12, 16: "rooting out age discrimination".

¹⁰⁷⁶ Pour préserver l'unité de la terminologie, nous avons traduit *comprehensive* par nécessaire, sachant que le terme anglais recouvre tous les soins nécessaires.

dans les soins jugés de basse priorité par les autorités sanitaires (p.ex. opération de changement de sexe).

Comme aux Pays-Bas, les véritables lacunes concernant les prestations se trouvent dans les délais d'attente puisque, même si un traitement nécessaire est théoriquement pris en charge, les très longs délais qui existent au Royaume-Uni affaiblissent ce principe¹⁰⁷⁷. Le NHS vient de connaître un taux record d'opérations annulées¹⁰⁷⁸. Un des principaux buts de la réforme du NHS est de raccourcir les délais d'attente (la Charte des Patients fixait un délai maximal de 18 mois)¹⁰⁷⁹. Des délais maximums ont été introduits: 48 heures pour une consultation chez le généraliste, 4 heures pour les urgences à l'hôpital, 3 mois pour la consultation ambulatoire et 6 mois pour une hospitalisation. La mise en oeuvre de ces mesures devrait se faire d'ici à 2004¹⁰⁸⁰.

7.5.3 Responsabilité individuelle

Une lacune de prise en charge pourrait exister si des soins étaient refusés à des patients qui adoptent un comportement ayant pour conséquence une atteinte à la santé. Nous n'avons pas trouvé de base légale pour refuser un traitement, p. ex. en cas de faute grave, au Royaume-Uni.

En 1996, le Département de la Santé publique a mis l'accent sur la responsabilité personnelle, mais n'a pas exclu les soins aux patients ayant un comportement qui pourrait avoir pour conséquence une atteinte à la santé¹⁰⁸¹. Dans le nouveau plan NHS, mention est surtout faite de la prévention et non d'une sanction de ces comportements. Le plan insiste également sur le fait que les comportements des personnes sont souvent liés à leur condition

¹⁰⁷⁷ Rhiannon Tudor Edwards: "Points for pain: waiting list priority scoring system", *BMJ* 1999; 318, pp 412 ss.

¹⁰⁷⁸ *BMJ* 2000; 320, p. 599: 56000 sur une année; sur ces 56'000, 9'000 n'ont pas pu être effectuées dans le mois qui a suivi le refus.

¹⁰⁷⁹ La réforme est encore appuyée par la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe R 99 (21) sur les critères de gestion des listes d'attente et des délais d'attente des soins de santé.

¹⁰⁸⁰ "The NHS Plan, pp 102-105.

¹⁰⁸¹ National Health Service Executive: "Primary Care: The Future", 9.2, 1996.

sociale¹⁰⁸², une sanction de ces comportements serait donc contraire à la justice sociale.

Un arrêt a été rendu à ce sujet, mais il vise à notre avis une mesure destinée à protéger un enfant à naître, plus qu'à sanctionner un comportement: *R v. Ethical Committee of St. Mary's Hospital (Manchester), ex parte Harriott*¹⁰⁸³. Il s'agit de la décision d'un hôpital de retirer une femme d'une liste d'attente en vue d'une FIVETE à cause de son casier judiciaire reflétant une longue activité de prostitution et à cause de ses pauvres connaissances dans l'éducation des enfants¹⁰⁸⁴. Le tribunal a jugé en faveur de l'hôpital. Trois ans plus tard, le même hôpital a refusé l'accès à ce traitement à un couple séropositif¹⁰⁸⁵. Là encore, il est probable que ce refus a été motivé par la protection de l'enfant à naître, plus précisément par les risques de contamination et que l'enfant se trouve orphelin en bas âge. Les deux cas doivent être quelque peu relativisés, car ils concernent la procréation médicalement assistée qui est régie par une loi spéciale¹⁰⁸⁶. L'art. 13(5) de cette loi prescrit qu'un traitement entrant dans le champ d'application de la loi ne peut être accordé qu'après prise en compte de l'intérêt de l'enfant à naître.

Il y a quelques années, une tendance a été relevée, selon laquelle certains hôpitaux différenciaient les traitements selon que les patients étaient fumeurs ou non¹⁰⁸⁷. Une telle discrimination n'a toutefois jamais pu être clairement établie, car le mode de vie du patient fait partie de l'évaluation des critères médicaux¹⁰⁸⁸. Les pratiques mentionnées ne permettent toutefois pas d'établir que des traitements auraient été refusés dans le seul but de sanctionner un comportement ou d'exclure une catégorie de personnes "à risques". Une étude de l'opinion de la population au Royaume-Uni a montré que si, lors d'un premier questionnaire, les gens accordaient une priorité plus basse aux fumeurs, à ceux qui boivent beaucoup et aux consommateurs de stupéfiants,

¹⁰⁸² "The NHS Plan, pp 106 ss.

¹⁰⁸³ (1988) 1 FLR 512, résumé par Michael Freeman: "Medically Assisted Reproduction", 1998, p. 569.

¹⁰⁸⁴ "a poor understanding of fostering".

¹⁰⁸⁵ Michael Freeman: "Medically Assisted Reproduction". 1998, p. 569.

¹⁰⁸⁶ Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

¹⁰⁸⁷ Sheila A.M. McLean: "A UK Perspective on Health Care Constraints", 1999, p. 61.

¹⁰⁸⁸ Christopher Newdick: "Who should we treat?". 1995, p. 289.

cette attitude change après une information détaillée sur la situation de ces personnes¹⁰⁸⁹.

La terminologie de la responsabilité individuelle est chère au *New Labour*¹⁰⁹⁰ en tant qu'elle est liée à l'information aux patients, notamment par le biais de la télévision et d'internet, mais pas en lien avec des sanctions. La prévention est une des concrétisations de la responsabilisation des particuliers dans le *New NHS*¹⁰⁹¹.

7.6 Un droit aux soins par le biais du NHS?

Selon la terminologie employée dans ce travail et qui consiste à réserver le mot "droit" aux droits justiciables, il n'y a pas de droit aux soins au Royaume Uni. Il n'y a pas non plus de droit constitutionnel aux soins essentiels tel que celui établi pour la Suisse.

Sur le plan institutionnel, le NHS rend possible l'accès à des soins correspondant dans les grandes lignes aux besoins de la population et mis à disposition de tous. Ceci illustre la tendance pragmatique très marquée au Royaume-Uni, de moins mettre l'accent sur des droits individuels écrits que sur le développement d'institutions visant finalement à réaliser ces droits. Là encore, il ne faudrait pas parler de véritable "droits", puisqu'il leur manque le caractère justiciable, notamment en rapport avec la question de l'allocation des ressources.

Alors que pour la Suisse et les Pays-Bas une construction "un bloc, deux piliers" a été envisagée, la situation du Royaume Uni pourrait être représentée par un bloc: la possibilité d'obtenir les soins mis à disposition par le NHS et les fournisseurs sous contrat, aux conditions du NHS. La possibilité d'obtenir effectivement ces soins dépend largement des ressources allouées.

¹⁰⁸⁹ Paul Dolan / Richard Cookson / Brian Ferguson: "Effect of discussion on the public's views of priority setting in health care: focus group study", *BMJ* 1999; 318, pp 916 ss.

¹⁰⁹⁰ Chris Ham: "New Labour and the NHS", *BMJ* 1999; 318, p. 1092.

¹⁰⁹¹ Le guide NHS vise notamment le tabac, l'alcool, le vaccin contre la grippe pour les plus de 65 ans etc. La NHS Smoking Helpline illustre bien l'importance donnée à la prévention; cf. "Your guide to the NHS", pp 6-7.

Le système de soins du Royaume-Uni présente peu de lacunes sur le plan théorique, mais les délais d'attente constituent une grave lacune sur le plan pratique. La victime de ces délais ne pourra pas se prévaloir d'un droit constitutionnel aux soins essentiels pour combler cette lacune. Elle pourra tenter d'intenter une action en *breach of statutory duty* des autorités sanitaires, mais ce moyen est limité de fait par la retenue des juges face au problème de l'allocation des ressources. Ce n'est que lorsque les conditions de responsabilité sont remplies, notamment lorsqu'un dommage est déjà survenu, qu'elle pourrait tenter une action en responsabilité (p. ex. pour organisation déficiente) qui, elle, aura plus de chances de succès.

La conclusion de ce chapitre est paradoxale: il n'y a pas de droit justiciable aux soins au Royaume-Uni, ni sur le plan constitutionnel, ni sur le plan institutionnel, et pourtant, il existe un service de soins accessibles à tous, "gratuitement". Le problème réside avant tout dans la difficulté de pouvoir, le cas échéant, faire valoir la prétention en justice.

8 Rationnement des soins : un tabou à lever ?

8.1 Introduction

Le terme "rationnement", souvent employé à tort, est ressenti comme injuste, comme un refus officiel de quelque chose à quoi nous aurions droit. Tout au long de ce travail, nous avons vu combien ce "droit" ne couvre pas l'impossible et dépend des ressources à disposition. Malgré la mauvaise connotation accordée au terme "rationnement"¹⁰⁹³, nous décidons de l'employer ici, dans un souci de transparence et d'honnêteté¹⁰⁹³, qui nous mène à appeler les choses par leur nom.

Le but de ce travail n'est pas de provoquer une politique de rationnement qui ne doit être envisagée qu'après une rationalisation optimale du système de santé, mais pas non plus de l'exclure d'emblée¹⁰⁹⁴. Il s'agit plutôt de donner des pistes de réflexion juridique destinées à en examiner les conséquences et la compatibilité avec les valeurs exprimées notamment dans les droits constitutionnels.

En premier lieu, notre démarche consistera à définir ce que nous entendons par rationnement, puis à examiner le principe même du rationnement à la lumière de la protection constitutionnelle de la personnalité. Dans un deuxième temps, nous examinerons un grand nombre de critères à la lumière du principe de l'égalité de traitement, de la législation sur les assurances sociales et du degré de difficulté présenté par la définition et l'application du critère¹⁰⁹⁵. Dans un troisième temps, deux filtres généraux qui devraient être soigneusement élaborés avant toute prise de décision seront évoqués: les filtres de l'éthique et de l'efficacité. Finalement, il s'agira d'examiner si les

¹⁰⁹² En Suisse, les boucliers se sont levés notamment avec la médiatisation de l'affaire Novo Seven, cf. Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, pp 18-19; Sibylle Schürch: "Rationierung in der Medizin als Straftat", 2000, p. 62. Au Royaume-Uni, les passions s'étaient déchaînées, avec l'aide des médias, pour le cas Child B, cf. aussi Vikki A. Entwistle et divers: "Media coverage of the Child B case", BMJ 1996; 312, pp 1587-1591.

¹⁰⁹³ Egalement préconisé par F. Paccaud et F. Gutzwiller: "Rationnement des soins", Médecine & Hygiène 2000, p. 1395-1396.

¹⁰⁹⁴ Contrairement à Hans Peter Tschudi: "Die Sozialziele der neuen Bundesverfassung", SZS 1999, p. 369.

¹⁰⁹⁵ Nous ne les examinerons pas sous l'aspect de droit pénal, celui-ci ayant été examiné en détail par Sibylle Schürch: "Rationierung in der Medizin als Straftat", 2000.

résultats de l'analyse ont une influence sur l'existence et / ou la nature d'un droit aux soins et si certains critères de rationnement peuvent ébaucher une réponse appropriée aux problèmes actuels.

Le chapitre sera principalement axé sur une analyse se référant au droit suisse, mais les solutions du Royaume-Uni et des Pays-Bas, ainsi que des modèles originaux tels que celui de l'Oregon ou de la Nouvelle-Zélande seront également évoqués.

8.2 Explication du terme

8.2.1 Tentative de définition

Les définitions données au terme "rationnement" sont multiples; nous n'en évoquerons que quelques-unes:

- Schott parle d'une nécessité de ne pas attribuer de prestations médicalement utiles, c'est-à-dire médicalement indiquées, à un ou plusieurs patients¹⁰⁹⁶;
- Schürch parle de rationnement lorsque des prestations supposées médicalement utiles pour un patient, un groupe de patient ou toute la population, sont intentionnellement refusées parce que les ressources nécessaires pourraient être employées ailleurs, de manière plus efficace, plus urgente ou plus juste¹⁰⁹⁷;
- Le rapport vaudois en la matière part de la définition suivante: décision de ne pas attribuer certains soins à certaines personnes, alors que ceux-là seraient médicalement nécessaires¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ "Dies (Rationierung) bedeutet, dass einem oder mehreren Patienten eine nützliche, d. h. indizierte medizinische Leistung vorenthalten werden muss", cf. Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, pp 26 ss

¹⁰⁹⁷ "Leistungen, von denen angenommen wird, dass sie für einen bestimmten Patienten, eine Patientengruppe oder die Gesamtheit der Bevölkerung von Nutzen seien, werden bewusst nicht erbracht, weil die entsprechenden Ressourcen an anderer Stelle effizienter, dringlicher oder gerechter eingesetzt werden sollen", cf. Sibylle Schürch: "Rationierung in der Medizin als Straftat", 2000, p. 37.

¹⁰⁹⁸ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur le postulat Paul-Arthur Treyvaud demandant de clarifier les principes de la distribution généralisée des soins et de

Nous avons choisi d'affiner cette dernière définition, pour aboutir à la définition suivante qui sera à la base des deux chapitres de ce travail concernant le rationnement:

Le rationnement est une décision, justifiée par le manque de ressources, de ne pas attribuer certains soins à certaines personnes, alors que ceux-là seraient nécessaires d'un point de vue purement médical; la décision est basée sur des critères objectifs, fixés à l'avance et respectant les règles de notre démocratie.

Cette définition contient les éléments suivants:

- Le manque de ressources est à l'origine de la question du rationnement (cf. 8.2.2);
- Une décision de ne pas attribuer: le rationnement, selon la définition donnée, implique toujours un refus et jamais une action qui provoquerait le décès du patient ou qui provoquerait une atteinte à son intégrité physique ou psychique. Alors que Schott intègre dans la définition-même du rationnement que le refus implique forcément d'aller à l'encontre de la volonté du patient¹⁰⁹⁹, nous pensons qu'il ne faut pas intégrer cet élément de manière aussi catégorique, car il n'est pas exclu que le patient puisse finalement se rallier au refus (cf. 9.7);
- Seuls les soins nécessaires sont concernés: l'appréciation médicale a déjà été faite et conduirait à attribuer les soins; il n'est donc pas question de traitements inutiles ou inefficaces¹¹⁰⁰;
- Le refus concerne certaines personnes et est basé sur des critères objectifs: cet élément fait clairement la différence entre le refus individuel et le rationnement, puisqu'il se réfère à un groupe de personnes, voire à toute la population et pas en premier lieu à une personne isolée (cf. 8.2.3);
- Les critères sont fixés à l'avance dans le cadre d'un processus démocratique: selon la définition donnée ici, il ne peut y avoir de

la lutte contre le rationnement des soins ainsi que de l'opportunité de légiférer en la matière, 2001, 240, R. 61/00, p. 16.

1099

Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, p. 25.

1100

Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, p. 22.

rationnement implicite¹¹⁰¹, mais il faut qu'il y ait un choix de société transparent¹¹⁰² (cf. §.2.3).

8.2.2 Rationnement et allocation de ressources

Les conditions matérielles préalables à la nécessité de rationner sont, d'une part, la fixation d'un budget limité¹¹⁰³ et contraignant, et, d'autre part, une demande en soins supérieure aux ressources mises à disposition (offre en soins), qui entraîne une pénurie et donc l'impossibilité de satisfaire tous les besoins¹¹⁰⁴.

La pénurie de ressources financières est due soit à un choix de société concernant l'affectation de la totalité des ressources à disposition dans un pays (p.ex. : décision aux Pays-Bas de limiter le budget santé aux environs de 9% du PIB), soit à un véritable défaut de ressources financières (particulièrement évident dans les pays du tiers-monde). Ce dernier cas pourrait être assimilé à la pénurie d'organes en matière de transplantation, puisqu'il n'y a pas de choix dans ce domaine et qu'il faut faire au mieux avec un nombre d'organes très limité¹¹⁰⁵. La limite entre choix de société et absence effective de ressources devient floue là où les coûts deviennent tels qu'un choix est inévitable, sous peine d'assister au développement d'un système qui ne serait destiné plus qu'à quelques-uns ou d'un système si coûteux qu'il entamerait les budgets d'autres prestations d'utilité publique tout aussi nécessaires. Le rationnement, tel que défini dans ce travail, est donc toujours une conséquence et non un but en soi. On ne choisit pas de rationner, mais seulement d'allouer une quantité déterminée de ressources au domaine de la santé, ce qui peut impliquer une nécessité de rationner.

¹¹⁰¹ Un tel acte ou refus d'acte sortirait de la définition donnée ici et ne pourrait être justifié selon les éléments d'analyse exposés dans les chap. 8-9.

¹¹⁰² Bernard Baertschi: "Le consentement éclairé en situation de rationnement", Médecine & Hygiène 2001, pp 624-625.

¹¹⁰³ Selon une étude de Domenighetti, une limitation des ressources destinées à la santé serait souhaitée par une petite majorité de la population, cf. Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, p. 9.

¹¹⁰⁴ Bernard Baertschi : "Le prix de la santé et le coût des soins. Rationnement, santé publique et justice", Médecine & Hygiène 1999, p. 1464.

¹¹⁰⁵ Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, pp 204 ss.

8.2.3 Rationnement et refus individuel de soins

Selon la définition donnée ci-dessus, le terme "rationnement" est toujours employé en lien avec un choix de société qui précède un refus de soin, et non pour le refus isolé d'un soin dans un cas individuel. Si le rationnement implique toujours, à un certain moment du processus, qu'un soin soit refusé dans un cas précis, le contraire n'est pas vrai: tout refus de soin individuel ne trouve pas son origine dans une démarche de rationnement selon la définition donnée plus haut.

Le refus individuel de soins repose essentiellement sur une appréciation médicale, notamment concernant l'évaluation du résultat escompté et la pesée des indications et contre-indications. Il est le résultat de l'évaluation du caractère approprié d'un traitement par le médecin. Un refus trouvant son origine dans une démarche de rationnement implique qu'une telle évaluation ait déjà été faite et qu'à elle seule elle aurait conduit à l'octroi du soin. Le refus lié au rationnement repose sur une autre évaluation et sur d'autres critères.

8.2.4 Rationnement et rationalisation

Le rationnement, tel que défini ci-dessus, doit être distingué de la rationalisation, qui tend à rendre le système de soins plus efficace, autant sur le plan de l'organisation que sur celui des prestations¹¹⁰⁶. La rationalisation concerne avant tout l'utilisation des ressources au niveau institutionnel et doit par conséquent être la mesure prioritaire de contrôle des coûts. Le rapport 2000 de l'OMS est largement consacré à ce thème et présente des indices de performance des systèmes de santé, destinés à estimer le degré d'efficacité, en terme d'espérance de vie de bonne qualité, des ressources affectées aux systèmes de santé¹¹⁰⁷.

Rationnement et rationalisation sont interdépendants. En effet, si les efforts de rationalisation conduisent à une telle diminution de l'offre qu'il faut choisir

¹¹⁰⁶ La distinction des deux notions, leur interdépendance et les problèmes qu'elles soulèvent sont exposés dans Ruth Baumann-Hölzle: "Moderne Medizin - Chance und Bedrohung", 2001, pp 336-337.

¹¹⁰⁷ La Suisse ne se retrouve qu'au 26ème rang, après les Pays-Bas (19ème) et le Royaume-Uni (24ème); cf. annexe 10, "The World Health Report 2000 - Health Systems: Improving Performance", pp 200-203.

de ne plus accorder un traitement nécessaire à une personne déterminée, la question du rationnement risque de se retrouver au premier plan. Ce serait p. ex. le cas, si une mesure de planification hospitalière conduisait à une réduction du nombre de lits telle qu'il ne serait plus possible d'accueillir toutes les personnes dont l'état nécessite une hospitalisation.

Certains auteurs pensent que la simple rationalisation ne résoudra pas le problème des dépenses de la santé et que le débat concernant le rationnement est inévitable¹¹⁰⁸. Ce débat a d'ailleurs été lancé en Suisse, notamment dans les cantons de Bâle-Ville¹¹⁰⁹, de Vaud¹¹¹⁰ et de Zurich¹¹¹¹.

8.2.5 Rationnement, fixation de priorités et triage

La distinction entre rationnement et fixation de priorités n'est pas toujours aisée et souvent le deuxième terme est employé afin d'éviter l'effet médiatique lié au premier. Le terme "fixation de priorités" peut se référer autant à des situations individuelles qu'à des choix du niveau macro. Le modèle suédois utilise le terme "fixation de priorités"¹¹¹² en se référant à l'état des patients (urgence, fin de vie, réadaptation etc.). Le terme "fixation de priorités" est également employé en matière de politique générale, au niveau macroscopique, p. ex. au Royaume-Uni où le nouveau plan NHS établit

1108 Par exemple: Ruth Baumann-Hölzle: "Faire Leistungs- und Güterverteilung im Gesundheitswesen", BMS 45 / 1999, p. 2641; Max Baumann: "Rationierung im Gesundheitswesen", BMS 45 / 1999, p. 2649; Hans Heinrich Brunner: "Formes de rationnement des prestations médicales", BMS 17/1997, pp 609 ss.; Bill New: "The rationing agenda in the NHS", BMJ 1996:312, pp 1593-1601; R. Zehnder: "Weshalb Rationierung unumgänglich ist", BMS 45 / 1999, pp 265-2653.

1109 Bericht der Gesundheitskommission des Grossen Rates: "Rationierung im Gesundheitswesen?", Bâle 2000.

1110 Rapport du Conseil d'Etat relatif au postulat P.-A.Treyvaud demandant de clarifier les principes de distribution généralisée des soins et de la lutte contre le rationnement des soins ainsi que d'étudier l'opportunité de légiférer en la matière, Lausanne 2001.

1111 Interdisziplinäre Arbeitsgruppe "Gerechte Ressourcenverteilung im Gesundheitswesen": "Manifest für eine faire Mittelverteilung", annexe à BMS 1999 no 45.

1112 "Guidelines for health care priorities", adoptées par le parlement en 1997 et prévoyant notamment la mise sur pied d'un "Health care priorities committee", cf. <http://www.prio.gov.se>.

clairement trois priorités pour le système national de soins: affections cardiaques, cancer, santé mentale¹¹¹³.

A propos de triage, un exemple est souvent cité: deux personnes se noient, une seule peut être sauvée, laquelle faut-il sauver?¹¹¹⁴. Le terme "triage" a essentiellement été employé en temps de guerre ou de catastrophe. Sur le champ de bataille, les choix de priorité de traitement étaient faits en fonction d'un but précis: permettre le retour d'un maximum de soldats au front. La justification du triage était qu'il fallait gagner la guerre, sinon, un nombre important de personnes allaient mourir¹¹¹⁵. Nous préférons le terme "fixation de priorités dans le cas concret" à celui de triage.

Le rationnement implique un choix de société effectué au préalable, alors que la fixation de priorités dans le cas concret suppose une décision ponctuelle dans une situation d'urgence. La différence peut être illustrée en matière de transplantation d'organes: une décision de ne pas effectuer de transplantations cardiaques à partir de 65 ans relèverait du rationnement, alors que le choix à effectuer entre 2 cas urgents compatibles, p.ex. un homme de 60 ans et un de 20 ans ou encore une femme célibataire de 30 ans et une mère de trois enfants, relèverait de la fixation de priorités dans le cas concret.

8.3 Critères de rationnement

8.3.1 Raison d'être et choix des critères

Il y a rationnement à partir du moment où on décide de ne pas attribuer certains soins à certaines personnes, alors que ceux-là seraient nécessaires, en se fondant sur des critères objectifs, fixés à l'avance et respectant les règles de la démocratie. Les critères peuvent se rapporter à la personne, plus précisément à certaines caractéristiques de celle-ci, à sa place dans son entourage et dans la société ou au traitement lui-même. Certains critères susceptibles d'évoluer dans le temps peuvent se rapporter au présent et au passé ou encore au futur (p. ex. la capacité de travail au moment de la

¹¹¹³ The NHS Plan, pp 113 ss.

¹¹¹⁴ H.J.J. Leenen: "Selectie van patiënten bij schaarse medische mogelijkheden", TvGR 1980, p. 249.

¹¹¹⁵ John Harris: "Unprincipled QALYs: a response to Cubbon", Journal of medical ethics: 1991; 17, p. 187.

décision peut être prise en compte, ou alors dans le futur, compte tenu des chances de succès du traitement)¹¹¹⁶. Pour ce dernier élément, il faut se demander s'il s'agit encore d'un critère "pur" ou plutôt d'un élément du critère médical, inclus dans l'évaluation des chances de succès du traitement.

Le critère sert à créer un groupe avec des caractéristiques communes, à l'intérieur duquel chacun est traité de manière égale; il est un standard pertinent de comparaison. Son but est triple: favoriser l'égalité de traitement des personnes se trouvant dans des situations similaires, objectiver le processus de décision et par là même, soulager le médecin de l'entière responsabilité qu'il a actuellement pour les décisions d'allocation de prestations dans le cas individuel.

Notre analyse portera sur trois groupes de critères:

- Les critères relatifs aux patients: ils ont trait à une ou plusieurs caractéristiques du patient même; nous avons choisi l'âge, la qualité de vie et le comportement à risque;
- Les critères sociaux: ils concernent le rôle du patient dans son entourage et dans la société; nous avons choisi la charge de famille, la capacité de travail, la fonction sociale et la capacité financière;
- Les critères relatifs aux prestations; sont retenus dans ce travail: la limitation du catalogue des prestations, le *gatekeeper* et le délai d'attente.

En fonction de la définition du rationnement donné au début de ce chapitre et notamment de l'élément "refus de soins nécessaires", les critères relatifs aux prestations ne sont pas *a priori* des critères de rationnement "purs", puisqu'ils contribuent plutôt à définir les soins nécessaires. Néanmoins, ils peuvent conduire au refus d'une prestation qui pourrait être nécessaire sur un plan purement médical; c'est pourquoi nous les prenons en considération ici.

8.3.2 Critères médicaux

Nous avons volontairement exclu les critères médicaux de cette analyse, pour nous concentrer sur ceux qui impliquent un choix de société. Par critères

¹¹¹⁶ Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, p. 331, selon lui, les trois éléments sont liés.

médicaux, il faut entendre ceux qui sont utilisés dans un but précis - l'évaluation des chances de succès d'un traitement - et qui sont en principe fixés par les associations professionnelles. Ils servent à déterminer si un soin est approprié dans une situation individuelle. L'évaluation est faite par des professionnels de la santé. Ce ne sont donc pas des critères de rationnement selon la définition donnée plus haut, mais des éléments de décision propres à la démarche du fournisseur de soins en vue de proposer le traitement le plus adapté à la personne qui le consulte.

Les critères analysés dans ce travail se retrouvent parfois en tant qu'élément du critère médical. Par contre, ce qui distingue le critère médical des autres critères sur le plan du contenu, c'est l'orientation vers un but, qui est en principe celui de la guérison ou en tout cas de l'amélioration de l'état de santé. Il est souvent difficile de délimiter les critères purement médicaux des critères relatifs au patient, p. ex. âge en tant que contre-indication d'un traitement¹¹¹⁷, QALYs¹¹¹⁸, comportement à risque (p. ex. refus d'une transplantation cardiaque pour une personne qui ne veut pas arrêter de fumer; efficacité plus forte d'un traitement pour des patients de moins de 70 ans).

Les critères médicaux appartiennent à la démarche diagnostic / traitement effectuée par le médecin. Ils comprennent notamment les éléments suivants: chances de succès du traitement et pronostic, contre-indications, alternatives de traitement, urgence médicale. Avec le nombre croissant de *guidelines* fixées par les associations professionnelles et qui incluent de plus en plus des analyses coûts / efficacité¹¹¹⁹, la délimitation des critères purement médicaux par rapport aux critères relatifs aux personnes et aux critères sociaux devient encore plus difficile.

¹¹¹⁷ Voir par exemple: ATF 125 V 100, analysé sous 6.6.2.3.

¹¹¹⁸ Quality adjusted life years, cf. 9.2.2.1.

¹¹¹⁹ P.ex. *guidelines* cholestérol aux Pays-Bas: "Behandeling en preventie van coronaire hartziekten door verlaging van de plasmacholesterolconcentratie", 1998, <http://www.cbo.nl>.

8.4 Deux exemples de rationnement dans d'autres pays

8.4.1 Critères relatifs au diagnostic et au traitement: l'Oregon¹¹²⁰

Il n'y a pas d'assurance obligatoire des soins aux Etats-Unis, mais seulement un système de prise en charge des frais de santé pour les plus pauvres: Medicaid¹¹²¹. Il s'agit d'une institution du gouvernement central, subventionnant les différents Etats. La subvention étant insuffisante pour couvrir les frais, l'Etat d'Oregon a décidé de fixer une limite budgétaire pour sa part de financement. L'Etat prévoyant dans un même temps (dès 1989) d'élargir le nombre des bénéficiaires (plus de 100'000 personnes supplémentaires)¹¹²², la question s'est alors posée de savoir comment il fallait répartir les ressources financières à disposition. C'est la naissance de l'*Oregon Health Plan* en 1994. Pour l'établissement de ce plan, l'Etat d'Oregon a procédé à une consultation populaire, ce qui lui donne une certaine légitimité¹¹²³. Il est important de préciser que ce plan ne vise pas l'égalité de tous les citoyens, mais juste l'accès aux soins de base pour les plus démunis¹¹²⁴.

Ce plan fixe une liste des diagnostics, inspirée de la classification ICD (*International Classification of Diseases*) et des traitements y relatifs. Sur une liste déjà réduite à 700 diagnostics / traitements, l'Etat d'Oregon a décidé au départ de n'en retenir que 578 pour la prise en charge Medicaid. La liste est revue et adaptée périodiquement par une commission et approuvée par le

¹¹²⁰ Voir notamment H. Aaron / W. B. Schwartz: "Rationing Health Care: The Choice Before Us", *Science* vol. 24, 1990 pp 418 ss; Christopher Newdick: "Who should we treat?", 1995, pp 30 ss; Bodenheimer Th.: "The Oregon Health Plan - Lessons for the Nation", *BMJ* 1997, 337, pp 651-655; Ham C.: "Retracing the Oregon trail: the experience of rationing and the Oregon health plan", *BMJ* 1998, 316, pp 1965-1969; Leonard M. Fleck: "Just caring: Oregon, health care rationing, and informed democratic deliberation", *Journal of Medicine and Philosophy*, 19 / 1994, pp 367-388; Timothy Caulfield: "Oregon's Health Care Plan: An Answer for Canada?", 1996, pp 27-35.

¹¹²¹ Medicare est un autre système de prise en charge, destiné aux personnes âgées.

¹¹²² Thomas Bodenheimer: "The Oregon Health Plan - Lessons for the Nation", *BMJ* 1997;337, p. 651; Charles J. Dougherty: "Setting Health care Priorities - Oregon's Next Steps", 1991, p. 3.

¹¹²³ Cette légitimité est notamment critiquée par Newdick C.: "Who should we treat?", 1995, p. 35.

¹¹²⁴ Leonard M. Fleck: "Just caring: Oregon, health care rationing, and informed democratic deliberation", *Journal of Medicine and Philosophy*, 19 / 1994, p. 369.

service étatique compétent. En 1998, le nombre de diagnostics / traitements pris en charge était de 743¹¹²⁵, l'extension étant surtout due à la pleine intégration des problèmes de psychiatrie et de toxicodépendance.

Le rationnement selon la méthode de l'Oregon est axé sur les deux notions objectives de diagnostic et de traitement, sans influence des circonstances cliniques ou personnelles relatives aux patients dans le cas concret. L'avantage d'une telle solution est qu'elle repose sur des bases purement objectives et réduit de ce fait les risques de discrimination entre les bénéficiaires de Medicaid, mais pas à l'échelon de la population entière¹¹²⁶. Par contre, il n'y a en principe pas de place pour la prise en compte de l'individualité du patient. Une liste indique si une prestation est prise en charge ou non, ce qui est une forme explicite de rationnement *en fonction des prestations*. Il semble toutefois que la fixation explicite de priorités en Oregon n'ait pas conduit à une diminution des prestations de base, mais à une augmentation¹¹²⁷. Il est vrai qu'un des risques d'une liste de diagnostics est que le médecin affine le diagnostic pour arriver à une prise en charge du traitement¹¹²⁸.

8.4.2 Critères relatifs au patient et critères sociaux dans une liste d'attente gérée: la Nouvelle-Zélande¹¹²⁹

En premier lieu, il est important de noter que la Nouvelle-Zélande connaît un système de santé proche de celui du Royaume-Uni, c'est-à-dire avec un National Health Service (NHS). Confronté notamment à de longues listes

-
- ¹¹²⁵ Chris Ham: "Retracing the Oregon trail: the experience of rationing and the Oregon health plan", *BMJ* 1998, 316, p. 1966.
- ¹¹²⁶ Timothy Caulfield: "Oregon's Health Care Plan: An Answer for Canada?", 1996, p. 31.
- ¹¹²⁷ Chris Ham: "Retracing the Oregon trail: the experience of rationing and the Oregon health plan", *BMJ* 1998, 316, p. 1969.
- ¹¹²⁸ Timothy Caulfield: "Oregon's Health Care Plan: An Answer for Canada?", 1996, p. 32.
- ¹¹²⁹ Voir notamment Edgar Wendy: "Rationing in Health Care – A New Zealand Perspective on an International Dilemma", 1999; J. Dixon / B. New: "Setting priorities New Zealand-style", *BMJ* 1997, 314, p. 86; D. C. Hadorn / A. C. Holmes: "The New Zealand priority criteria project", *BMJ* 1997, 314, pp 131ss; Feek C.M. / McKean W. / Loeck H. / Barrow G. / Wendy E. / Paterson R. J.: "Experience with rationing health care in New Zealand", *BMJ* 1999; 318, pp 1346 ss.

d'attente dans le domaine de la chirurgie, le gouvernement de Nouvelle-Zélande a mandaté le *National Health Committee* (NHC) d'élaborer un plan de rationnement similaire à celui de l'Etat d'Oregon. Se fondant sur une large consultation, le NHC s'est alors distancé de cette proposition, jugeant qu'une liste diagnostics / traitement n'est ni suffisante ni équitable. Le NHC a préféré prendre comme point de départ les services existants et définir ensuite dans quelles circonstances, dans quel ordre de priorités et avec quels délais d'attente les patients avaient droit aux soins. Pour ce faire, le NHC s'est inspiré de quatre principes: efficacité, caractère économique, équité, compatibilité avec les valeurs de la société.

Afin de satisfaire au critère de l'efficacité, le NHC a élaboré différentes directives pour le traitement de certaines affections (p.ex. hypertension artérielle, cancer de la prostate, insuffisance rénale, dépression, etc.). Ces directives s'adressent aux professionnels de la santé, mais sont accompagnées de programmes d'information aux patients, afin d'atteindre une meilleure acceptation dans la population. Dans ces directives, le NHC a défini des critères d'accès aux prestations médicales, notamment aux soins chirurgicaux, afin de passer du système de la liste d'attente à celui de la liste gérée. Il a été guidé par trois principes : l'équité pour des prestations non urgentes (pas de différenciation selon le domicile du patient ou le médecin traitant); la priorité est accordée aux patients pouvant retirer le plus grand bénéfice du traitement; les listes d'attente doivent être remplacées par des listes gérées.

Les critères servant à établir la gravité de l'affection et les bénéfices attendus du traitement ont été établis avec des cliniciens spécialisés. Chaque patient est évalué en fonction de critères essentiellement médicaux, mais aussi personnels ou sociaux, notamment la capacité de travail¹¹³⁰, fixés en fonction de l'intervention envisagée, ce qui lui donne un certain nombre de points. Le patient a droit au traitement et se voit communiquer la date de l'intervention, s'il a le nombre minimal de points requis. Les critères définis servent donc autant à l'admission sur la liste qu'à la détermination du rang.

¹¹³⁰

D. C. Hadorn / A. C. Holmes: "The New Zealand priority criteria project", *BMJ* 1997, 314, pp 131 ss.

8.5 Rationnement et protection constitutionnelle de la personnalité

8.5.1 Explications

L'idée première était d'intégrer les droits constitutionnels de protection de la personnalité dans la grille d'analyse proposée au chapitre suivant. Nous avons toutefois dû constater que les conclusions étaient les mêmes pour tous les critères et que ces droits concernent en fait le principe même du rationnement ou encore la question de savoir si une différence doit être faite selon que des traitements vitaux sont en jeu ou non. En plus clair, la question était moins de savoir si p.ex. le critère âge est compatible avec ces droits que d'examiner si le principe même du refus délibéré d'un soin médicalement indiqué, même s'il est vital, est compatible avec la protection constitutionnelle de la personnalité.

Cette constatation nous a conduits à séparer les deux analyses de la manière suivante:

- L'examen du principe même du rationnement au regard de la protection constitutionnelle de la personnalité (dans ce chapitre);
- L'analyse de critères de rationnement au regard notamment du principe d'égalité de traitement, de l'interdiction de discriminer et du système de soins actuellement en place en Suisse.

L'analyse faite dans ce chapitre se concentrera sur les droits suivants: droits à la vie, à l'intégrité physique et psychique, à l'autodétermination et aux conditions minimales d'existence. Nous n'examinerons pas de manière séparée la protection de la dignité humaine qui a ce rôle particulier de source des droits fondamentaux. A ce titre, elle sera présente en toile de fond dans l'examen de chacun de ces droits.

8.5.2 Droit à la vie

Le droit à la vie, garanti par l'art. 10 al. 1 Cst., a été étudié dans le chapitre 2; seules certaines caractéristiques se rapportant directement à la question des soins sont reprises ici. La vie telle que protégée par ce droit individuel est considérée sous un angle purement biologique (la personne existe ou n'existe pas). Au sens strict, ce droit n'a pas de composante qualitative. A notre avis,

le droit à la vie est toutefois inséparable de la protection de la dignité humaine, qui va bien au-delà de la vie biologique, et devrait donc être interprété à la lumière de cette garantie (cf. chap. 2).

Le droit fondamental à la vie ne comporte pas seulement une protection contre un acte de l'Etat qui menacerait la vie, mais aussi le droit à une certaine protection positive de l'Etat (*positive Schutzpflicht*) pour préserver la vie. Dans le chapitre 2, nous avons vu que l'omission ou le refus d'accorder cette protection constituent une atteinte au droit à la vie (p.ex. si aucune mesure de santé publique n'était prise en rapport avec le SIDA), mais que la protection positive n'implique pas un droit à des mesures individuelles déterminées¹¹³¹. Traduite en terme de soins, cette déclaration signifie que l'individu n'a pas un droit fondamental à des soins déterminés, à l'exception des soins essentiels, et ce, même si ces soins sont vitaux.

Pour l'analyse de la portée du droit à la vie en rapport avec le problème du rationnement, nous opérerons une distinction entre le refus ou l'omission de soins déterminés alors que les ressources nécessaires sont disponibles, le refus ou l'omission alors que les ressources sont insuffisamment disponibles, ce qui implique qu'un choix de société doit être fait quant à l'allocation des ressources et le refus ou l'omission de soins en cas d'absence de ressources. L'idée sous-jacente à cette distinction est que l'absence de droit à des mesures déterminées trouve son origine dans l'impossibilité de contraindre l'Etat à prendre des mesures précises, s'il n'a pas les ressources pour le faire. La première catégorie, même si elle concerne une mesure déterminée, touche à notre sens, au principe même de la *positive Schutzpflicht*, alors que la dernière doit être résolue en rapport avec l'absence de droit à des mesures déterminées. La deuxième catégorie qui concerne justement la problématique du rationnement dans les pays occidentaux est plus difficile à classer.

La schématisation des limites du droit à la vie tentée dans le chap. 2 peut être traduite et complétée de la manière suivante en matière de soins:

1131

Explicitement précisé en matière de soins par le BverfG allemand: "Ein mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzbarer Anspruch auf Bereithaltung spezieller Gesundheitsleistungen, die der Heilung von Krankheiten dienen oder jedenfalls bezwecken, dass sich Krankheiten nicht weiter verschlimmern, kann aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht hergeleitet werden", McdR 1997, p. 319.

-
- Traitement mortel infligé avec l'intention de tuer (= action commise avec l'intention de tuer): ceci est absolument prohibé, car le noyau intangible du droit à la vie est atteint¹¹³²;
 - Action entraînant le décès ou accélérant son processus, mais sans l'intention de tuer (p.ex. traitement anti-douleurs réduisant la durée de vie): un tel acte est soumis en principe aux conditions d'atteinte aux droits individuels, mais doit aussi être examiné à la lumière du droit à l'autodétermination¹¹³³ ou de la protection de la dignité humaine de la personne considérée;
 - Omission / refus de soins vitaux déterminés, alors que les ressources sont suffisamment disponibles: si ce refus est effectué dans l'intention de tuer et sans demande du patient, le noyau même du droit est atteint, sinon, il faudra qu'il remplisse les conditions auxquelles sont soumises toutes les atteintes aux droits constitutionnels;
 - Omission / refus de soins vitaux déterminés, alors que les ressources sont insuffisamment disponibles, nécessitant un choix de société quant à l'allocation de ces ressources (problématique du rationnement dans les pays occidentaux): un tel refus est hors du champ de protection du droit à la vie, si le choix de société est inévitable, car il est assimilable au cas dans lequel les ressources ne sont pas disponibles de fait; si le choix pouvait être évité, le refus entrerait dans la catégorie précédente;
 - Omission / refus de soins vitaux déterminés, alors que les ressources ne sont pas disponibles de fait (particulièrement pays en voie de développement); ce refus se situe hors du champ de protection du droit à la vie.

Ces distinctions nous amènent à constater que la problématique du rationnement tel que défini dans ce travail n'entre pas dans le champ de la protection absolue, c'est-à-dire du noyau du droit à la vie, car elle n'implique ni un acte, ni le refus d'une mesure disponible dans l'intention de tuer. Le spectre d'une forme de "rationnement" dans l'intention de tuer, opérée notamment pendant la Deuxième Guerre mondiale, doit donc être écarté ici, car le noyau même du droit à la vie serait atteint.

¹¹³²

ATF 98 Ia 514; Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 13.

¹¹³³

Au sujet de la problématique du consentement en rapport avec les droits constitutionnels en matière médicale, cf. ATF 114 Ia 358-359 et 117 Ib 201.

La problématique du rationnement concerne les deux dernières catégories énumérées, mais seule l'avant-dernière pose réellement problème: si le droit à la vie ne donne pas de droit à des mesures déterminées de protection de la vie, le choix de société dont elles dépendent (allocation des ressources) doit à notre sens être contrôlé. La construction "un bloc, deux piliers", développée dans les chapitres 2 et 3, pose des garde-fous: une garantie minimale absolue, un but social consistant en une véritable "obligation d'effort", ce qui implique que l'absence de ressources doit être prouvée, et une garantie de l'égalité d'accès aux soins disponibles. Par ailleurs, l'analyse montre que le fait qu'il s'agisse ici de traitements vitaux n'implique pas automatiquement une protection absolue.

8.5.3 Droit à l'intégrité physique et psychique

Si ce droit présente un grand nombre de points communs avec le droit à la vie, l'objet de la protection est différent: il ne s'agit pas de l'existence biologique, mais de la fonction biologique, physiologique et mentale de l'être humain (intégrité physique et psychique). Le droit à l'intégrité physique et psychique est souvent étroitement lié au droit à l'autodétermination, notamment par le fait que le consentement du patient peut constituer un élément justificatif de l'atteinte à ce droit fondamental. Nous tenons toutefois à distinguer ces deux droits de la manière suivante:

- Le droit à l'intégrité physique et psychique protège un état de santé et une sensation qui y est liée, l'absence de douleur;
- Le droit à l'autodétermination couvre la décision et le processus de formation de la volonté.

Comme le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique et psychique donne également le droit à une certaine protection positive par l'État (*positive Schutzpflicht*), mais sans accorder un droit à des mesures déterminées de protection. Par contre, le refus de soins pour toute une catégorie d'affections constituerait un manquement à cette obligation de protection positive, comme

l'indique un des arrêts du Tribunal fédéral en matière d'insémination artificielle¹¹³⁴.

La schématisation des limites du droit à l'intégrité physique et psychique tentée dans le chap. 2 peut être traduite et complétée de la manière suivante en matière de soins:

- Acte commis avec intention de blesser, faire souffrir ou occasionner de graves troubles psychiques: ceci est absolument prohibé, car le noyau intangible du droit à l'intégrité physique et psychique est atteint¹¹³⁵;
- Acte entraînant une atteinte à l'intégrité, mais sans l'intention de blesser, faire souffrir ou occasionner de graves troubles psychiques: ceci est le propre de toute intervention médicale; elle est strictement soumise au consentement du patient¹¹³⁶; en l'absence de consentement, les conditions usuelles d'atteinte aux droits fondamentaux doivent être remplies (ex. des traitements forcés en psychiatrie¹¹³⁷, vaccination obligatoire¹¹³⁸);
- Omission / refus de soins déterminés, alors que les ressources sont suffisamment disponibles: une telle atteinte doit remplir les conditions auxquelles sont soumises les atteintes aux droits constitutionnels; par contre, si le refus est effectué dans l'intention de blesser, de faire souffrir ou d'occasionner de graves troubles physiques ou psychiques, le noyau intangible du droit serait atteint;
- Omission / refus de soins déterminés, alors que les ressources sont insuffisamment disponibles nécessitant un choix de société quant à l'allocation de ces ressources (problématique du rationnement dans les pays occidentaux): un tel refus se situe hors du champ de protection du droit à l'intégrité physique et psychique, si le choix de société est inévitable, car il est assimilable au cas dans lequel les ressources ne sont

¹¹³⁴ L'Etat ne peut pas, par exemple, refuser toute méthode d'insémination artificielle, mais peut refuser une mesure déterminée cf. ATF 115 Ia 248. Aux Pays-Bas, une récente décision de l'ombudsman va dans ce sens en matière de traitement des souvenirs d'inceste; cité et commenté par Aart Hendriks: "Een juridische beschouwing over de (on)toelaatbaarheid van kosten-effectiviteitsanalyses in de gezondheidszorg", 2000, p. 70.

¹¹³⁵ Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, pp 20, 29.

¹¹³⁶ Notamment ATF 114 Ia 358-359 et 117 Ib 201.

¹¹³⁷ ATF 125 III 169, 126 I 112 et 127 I 6.

¹¹³⁸ ATF 99 Ia 747.

pas disponibles de fait; si le choix avait pu être évité, le refus entre dans la catégorie précédente;

- Omission / refus de soins déterminés alors que les ressources ne sont pas du tout disponibles de fait: un tel refus se situe hors du champ de protection du droit à l'intégrité physique et psychique.

Comme pour l'analyse faite au sujet du droit à la vie, ces distinctions nous amènent à constater que la problématique du rationnement tel que défini dans ce travail, n'entre pas dans le champ de la protection absolue, c'est-à-dire du noyau du droit à l'intégrité physique et psychique, car elle n'implique ni un acte, ni le refus d'une mesure pour laquelle les ressources seraient disponibles dans l'intention de blesser, de faire souffrir ou d'occasionner de graves troubles psychiques.

Le rationnement concerne les deux dernières catégories énumérées, mais là encore, seule l'avant-dernière pose réellement problème: le droit à l'intégrité physique et psychique ne donne pas de droit à des mesures déterminées de protection; par contre, le choix de société dont elle dépend (allocation des ressources) doit être contrôlé à notre sens comme pour le droit à la vie, par la construction "un bloc, deux piliers". L'absence de ressources doit donc être prouvée, sinon le cas de figure relatif au refus d'un traitement disponible doit être appliqué, ce qui implique un examen des conditions de limitation des droits constitutionnels.

8.5.4 Droit à l'autodétermination

Alors que les droits énumérés ci-dessus concernent la protection d'éléments objectifs de la personnalité (cf. 2.3.5.1), le droit à l'autodétermination concerne le processus garantissant la liberté de décision de la personne sur ce qui touche à sa vie, à son corps et à son esprit. Il concerne la décision et le processus de formation de la volonté, ainsi que la nature de l'information nécessaire à la prise de décision¹¹³⁹.

Dans le contexte des soins, le droit à l'autodétermination inclut le droit de disposer de sa vie et de son corps, p.ex. le droit de déterminer le moment et la

¹¹³⁹

Gabrielle Steffen / Olivier Guillod: "Landesbericht Schweiz", 2000, p. 241; arrêts cités: ATF 105 II 284, 114 Ia 350.

manière de mettre fin à sa vie, le droit de décider du refus ou de l'arrêt d'un traitement prolongeant la vie¹¹⁴⁰ et, *a contrario*, mais sous réserve de disponibilité des ressources, le droit d'exiger un traitement qui prolonge la vie. Au-delà de ces éléments, ce droit comporte aussi toute décision quant aux traitements en général, donc y compris les traitements qui ne sont pas vitaux, ces décisions devant à notre sens être considérées comme étant importantes pour l'épanouissement personnel¹¹⁴¹.

Le droit à l'autodétermination implique également que tout soin est subordonné au consentement éclairé du patient. Dans ce contexte, le droit à l'autodétermination est souvent lié au droit à l'intégrité physique et psychique, en tant qu'élément justificatif d'une atteinte à ce droit. Cet aspect du droit à l'autodétermination a déjà été examiné plus haut. Nous nous concentrerons ici sur la décision de traitement en tant que telle, avec le processus qui y conduit et qui inclut l'information et la formation interne de la volonté. L'élément central sera donc l'opposition à la volonté de la personne ou l'interférence dans le processus de formation de sa volonté.

Comme pour les autres droits individuels de protection de la personnalité, le droit à l'autodétermination ne protège pas seulement contre des actes de l'Etat, mais donne un droit à une certaine protection positive de l'Etat (*positive Schutzpflicht*). Cependant, là encore, s'il existe un droit à la protection de l'autodétermination individuelle, celui-ci ne donne pas droit à des mesures déterminées.

La schématisation des limites du droit à l'autodétermination tentée dans le chapitre 2 peut être traduite et complétée de la manière suivante en matière de soins:

- Acte commis avec l'intention d'anéantir la volonté ou la formation de celle-ci¹¹⁴² (p. ex. traitement psychiatrique forcé dans le seul but d'anéantir la volonté du patient, fausse information intentionnelle): il

¹¹⁴⁰ Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, pp 59-61.

¹¹⁴¹ En effet, seules les décisions correspondant à des libertés élémentaires, dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine sont protégées par ce droit; cf. notamment ATF 119 Ia 475.

¹¹⁴² En droit civit, il s'agirait d'une tromperie; voir à ce sujet Olivier Guillod: "Le consentement éclairé du patient", 1986, p. 106. Un traitement psychiatrique provoquant une importante modification de l'état psychique et physique, mais dans un but de guérir, ne constitue pas une atteinte au noyau, cf. ATF 126 I 115.

s'agit d'une atteinte au noyau même du droit et elle est de ce fait absolument prohibée;

- Acte qui contrevient à la volonté ou à la formation de celle-ci, mais sans intention de l'anéantir: en l'absence de consentement, les conditions usuelles d'atteinte aux droits fondamentaux doivent être remplies (p. ex.: traitements forcés en psychiatrie effectués dans un but de traitement, mais contre la volonté de la personne concernée¹¹⁴³);
- Omission / refus d'un traitement voulu par le patient ou information incomplète donnée dans le seul but d'amener le patient à refuser le traitement, alors que les ressources sont suffisamment disponibles: une telle atteinte doit remplir les conditions auxquelles sont soumises les atteintes aux droits constitutionnels;
- Omission / refus d'un traitement voulu par le patient ou information donnée dans le seul but d'amener le patient à refuser le traitement, alors que les ressources sont insuffisamment disponibles et nécessitent un choix de société quant à l'allocation de ces ressources (problématique du rationnement dans les pays occidentaux): un tel acte se situe hors du champ de protection du droit à l'autodétermination;
- Omission / refus d'un traitement voulu par le patient ou information donnée dans le seul but d'amener le patient à refuser le traitement, alors que les ressources ne sont pas du tout disponibles de fait: un tel acte se situe hors du champ de protection du droit à l'autodétermination.

Encore une fois, ces distinctions nous amènent à constater que la problématique du rationnement tel que défini dans ce travail n'entre pas dans le champ de la protection absolue du droit à l'autodétermination. Le noyau intangible de ce droit n'est atteint que lorsqu'il y a intention d'anéantir la volonté ou le processus de formation de celle-ci. La problématique du rationnement tel qu'il a été défini dans ce travail ne touche que les deux dernières catégories. Le droit à l'autodétermination ne garantit pas une protection accrue par rapport aux droits de protection "objectifs" examinés plus haut.

¹¹⁴³

Le Tribunal fédéral précise dans l'ATF 126 I 115 que le traitement forcé effectué dans un but de guérison ne touche pas le noyau intangible du droit.

8.5.5 Droit à des conditions minimales d'existence

Après avoir été reconnu par le Tribunal fédéral¹¹⁴⁴, le droit à des conditions minimales d'existence est maintenant ancré dans l'art. 12 Cst. S'agissant d'un droit au minimum absolument nécessaire à une vie décente¹¹⁴⁵, ce droit est à notre sens noyau intangible en lui-même¹¹⁴⁶ (cf. chap. 2); aucune atteinte n'est donc tolérable, quelles que soient les ressources à disposition.

En ce qui concerne les soins, nous pensons qu'un droit fondamental aux soins essentiels tels que définis dans le chap. 3 peut être tiré du droit à des conditions minimales d'existence. En tant que tel, c'est-à-dire défini de manière très restreinte, le droit aux soins essentiels est également noyau intangible en lui-même et ne peut être restreint, même si les autres conditions auxquelles sont soumises les atteintes aux droits constitutionnels sont remplies. Il représente donc une garantie constitutionnelle absolue. Par conséquent, le droit aux soins essentiels représente la limite intangible de toute discussion de rationnement et constitue un droit constitutionnel justiciable et non compressible. Tous les critères analysés dans le chapitre 9 seront donc soumis à cette condition fondamentale: le droit aux soins essentiels ne doit pas être atteint.

8.5.6 Conclusions

Les droits constitutionnels de protection de la personnalité n'excluent pas d'emblée toute discussion concernant le rationnement selon la définition donnée dans ce travail, mais lui fixent des limites. Les limites absolues sont :

- L'interdiction du refus de fournir les soins essentiels, quel que soit le motif invoqué;
- L'interdiction de causer intentionnellement le décès d'un patient soit par un acte, soit par un refus de soins, si l'un et l'autre ne sont pas demandé par le patient;
- L'interdiction de faire souffrir ou de blesser intentionnellement le patient soit par un acte, soit par un refus de soins;

¹¹⁴⁴ ATF 121 I 367; 122 I 101; 122 II 193.

¹¹⁴⁵ Le Message relatif à la nouvelle Constitution fédérale parle même de "survie décente", FF 1997 I 153.

¹¹⁴⁶ Cf. aussi Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 178.

-
- L'interdiction d'anéantir intentionnellement la volonté d'un patient ou la formation de celle-ci, soit par un acte, soit par un refus de soins.

Par ailleurs, l'étude des différents droits a confirmé qu'il ne peut y avoir de mesures de rationnement que là où les ressources sont insuffisantes, soit de fait, soit par un choix de société inévitable, soumis à un contrôle et à une obligation de preuve impliquant que le caractère inévitable du droit doit pouvoir être prouvé¹¹⁴⁷. Dans ce contexte, les mesures de rationnement selon notre définition ne sont pas exclues d'emblée par les droits individuels de protection de la personnalité, puisque ceux-ci ne donnent pas droit à des mesures déterminées¹¹⁴⁸. Cette conclusion rejoint celle du Tribunal fédéral selon laquelle le *numerus clausus* occasionné par les ressources limitées n'est pas *a priori* contraire aux droits fondamentaux, mais il doit être ancré dans une loi formelle¹¹⁴⁹.

L'analyse qui précède n'a pas mis en évidence une différence entre les traitements vitaux ou non, dans le sens que les premiers bénéficieraient d'une protection absolue. Par contre, il est probable que l'examen du choix de société qui conduirait à exclure des traitements pour cause de ressources insuffisantes serait plus sévère lorsque des traitements vitaux sont en jeu.

1147 Ce pourrait être la différence entre les termes *inability* et *unwillingness* présentée par Aart Hendriks: "Een juridische beschouwing over de (on)toelaatbaarheid van kosten-effectiviteitsanalyses in de gezondheidszorg", 2000, p. 69.

1148 Le Bundesverfassungsgericht arrive à cette conclusion dans *MedR* 1997, p. 197, au sujet d'un médicament refusé dans le cadre du traitement d'un carcinome rénal.

1149 ATF 103 Ia 377.

9 Analyse des critères de rationnement

9.1 Exposé des éléments d'analyse

9.1.1 Introduction

Le chapitre précédent a porté sur le principe même du rationnement, défini comme étant une décision, justifiée par le manque de ressources, de ne pas attribuer certains soins à certaines personnes, alors que ceux-là seraient nécessaires d'un point de vue purement médical; la décision doit être basée sur des critères objectifs, fixés à l'avance et respectant les règles de notre démocratie. L'examen du principe même du rationnement à la lumière de la protection constitutionnelle de la personnalité a démontré qu'il n'était pas forcément incompatible avec ces droits constitutionnels. Le présent chapitre part de l'idée que les conditions examinées au chap. 8 sont remplies et notamment qu'il y ait nécessité de rationner, à cause de l'insuffisance des ressources.

Nous proposons une analyse systématique des critères de rationnement sans poser un jugement de valeur qui les sélectionnerait *a priori*, mais en les confrontant aux éléments d'analyse suivants¹¹⁵⁰:

- Éléments constitutionnels: principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) et interdiction de discriminer (art. 8 al. 2 Cst);
- Éléments légaux: compatibilité avec la LAMal; compatibilité avec la LAA;
- Élément pratique: difficulté de définir et d'appliquer le critère.

Le but est d'énumérer et de décrire des critères possibles, pour concrétiser ce qui peut se cacher sous le terme "rationnement", et ensuite d'examiner s'ils sont compatibles avec les éléments d'analyse proposés. L'analyse repose essentiellement sur le système suisse, mais référence sera faite parfois à

1150

Une grille d'analyse systématique des critères de rationnement a été proposée par Günter Feuerstein: "Symbolische Gerechtigkeit", 1998, pp 202 ss.; une étude de l'opinion de la population suisse quant à certains critères a été faite par Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000.

d'autres systèmes de soins, notamment ceux des Pays-Bas et du Royaume-Uni.

9.1.2 Egalité de traitement et interdiction de discriminer

Comme nous l'avons vu au chap. 2, l'art. 8 Cst. contient notamment deux éléments: le principe de l'égalité de traitement (al. 1) et l'interdiction de discriminer (al. 2). Le premier élément est dépendant sous certains aspects des choix de société effectués à un moment donné (p. ex. favoriser les personnes mariées par rapport aux concubins), alors que le second offre une garantie indépendante et intemporelle, destinée à éviter des choix déviants qui mettraient en danger les fondements de notre société. L'interdiction de discriminer selon l'art. 8 al. 2 Cst. accorde une protection spéciale à des groupes de personnes qui, par le passé, mais aussi aujourd'hui, sont oubliés ou exclus sur la base de certaines de leurs caractéristiques¹¹⁵¹, par un jugement de valeur de la société sur la manière de vivre de l'individu¹¹⁵². Par conséquent, il y a une obligation de justification renforcée, chaque fois qu'un groupe spécialement protégé est traité différemment¹¹⁵³.

Les groupes de personnes à risque de discrimination mentionnés de manière non exhaustive dans l'art. 8 al. 2 Cst. ne bénéficient pas tous de la même intensité de protection. Dans le chapitre 2, nous les avons répartis en trois catégories: protection absolue (noyau intangible), protection très renforcée et égalité de traitement renforcée. Les critères qui seraient susceptibles de porter atteinte au noyau intangible, la discrimination fondée sur la race ou le sexe, ont d'emblée été exclus de cette analyse. Par contre, il s'agira d'examiner si certains critères concernent directement ou indirectement la protection très renforcée, reposant sur une présomption de discrimination réfragable seulement pour des raisons très pertinentes (essentiellement ici les personnes souffrant de déficiences psychiques ou physiques) ou s'ils entrent dans le

¹¹⁵¹ ATF 126 II 392-393; Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 414.

¹¹⁵² L'ATF 126 II 393 parle de "verpönte Merkmal".

¹¹⁵³ Dans ATF 126 V 73, le Tribunal fédéral relie l'al. 2 à l'al. premier, ce qui relativise l'aspect spécifique de la protection: "Die Bedeutung der spezifischen Diskriminierungsverbote liegt darin, dass ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen. Sie dürfen nicht einfach an das Unterscheidungsmerkmal anknüpfen, an die Eigenschaft, welche die diskriminierte Gruppe definiert".

champ d'une protection renforcée - égalité de traitement interprétée à la lumière de l'interdiction de discriminer, c'est-à-dire en accordant plus de poids au groupe de personnes susceptibles d'être discriminées - (notamment âge, situation sociale, mode de vie).

Pour les personnes ne faisant pas partie d'un groupe bénéficiant de la protection spéciale accordée par l'art. 8 al. 2 Cst., le principe de l'égalité de traitement n'interdit pas toute différenciation entre les personnes, mais la soumet à des conditions:

- La différenciation doit reposer sur des situations objectivement différentes; à ce titre, le Tribunal fédéral s'est notamment prononcé sur la différenciation entre concubins et personnes mariées¹¹⁵⁴, entre des personnes faisant carrière plus ou moins rapidement¹¹⁵⁵, entre les personnes appartenant à un des trois cercles définis pour la politique des étrangers¹¹⁵⁶, entre propriétaires d'immeubles et autres usagers de la rue¹¹⁵⁷;
- La différence de traitement qui résulte de la situation objectivement différente doit être admissible et justifiée, notamment pour atteindre un but correspondant au choix de société du moment; une telle différence a été jugée admissible pour les concubins en matière d'impôts¹¹⁵⁸, pour les personnes effectuant une carrière rapide en matière de cotisations de prévoyance professionnelle¹¹⁵⁹, pour les ressortissants d'un pays appartenant au troisième cercle en rapport avec une demande de permis de séjour d'une année¹¹⁶⁰; elle a été refusée pour les propriétaires

1154 ATF 118 Ia 4, 123 | 241.

1155 ATF 121 II 205.

1156 ATF 122 II 118.

1157 ATF 124 I 293.

1158 "... le statut juridique du mariage et sa signification sociale commandent que le législateur fiscal favorise non pas les concubins, mais les couples mariés. Dès lors d'éventuelles différences au détriment des concubins - qui sont la conséquence d'un statut librement choisi par les intéressés - ne sont pas contraires à l'art. 4 Cst...". ATF 118 Ia 5.

1159 "En particulier, il n'est pas injuste que les assurés qui font des carrières rapides ou particulièrement réussies paient des cotisations en fin de compte plus élevées que ceux dont la vie professionnelle a été plus calme, même si les pensions son finalement identiques". ATF 121 II 205.

1160 "Allerdings kann die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den

d'immeubles en rapport à une taxe spéciale qu'ils devaient payer et destinée au nettoyage du réseau routier de la ville de Bâle¹¹⁶¹.

En lien avec un but social, en l'occurrence en matière de soins (art. 41 al. 1 lit. b Cst.), une différence de traitement ne doit pas seulement être justifiée par des faits, mais doit tenir compte du but social, donc du dessein de réaliser plus de justice sociale¹¹⁶². Cela implique une obligation renforcée de justifier la différence de traitement. Dans le même ordre d'idées, l'accès aux prestations de nature étatique existantes ne peut être refusé pour des motifs insoutenables¹¹⁶³. Ces deux éléments impliquent une obligation accrue d'observer le principe de l'égalité de traitement et également une obligation accrue de justifier les différences de traitement¹¹⁶⁴.

Sur la base de ce qui précède, chaque critère de rationnement examiné sera confronté aux questions suivantes:

- Est-ce que le critère met en cause un groupe bénéficiant de la protection très renforcée selon l'art. 8 al. 2 Cst.¹¹⁶⁵ (essentiellement les personnes souffrant d'une déficience physique ou psychique)?
- Si oui, y a-t-il des raisons particulièrement pertinentes¹¹⁶⁶ pour renverser la présomption d'atteinte (p. ex. refus d'accès au service des pompiers pour une personne en chaise roulante)?
- Est-ce que le critère met en cause un groupe bénéficiant d'une protection renforcée selon l'art. 8 al. 2 (âge, situation sociale, mode de vie)?

herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen", ATF 122 II 118. Il faut se demander si le considérant serait le même, en rapport avec l'art. 8 al. 2 prévoyant explicitement l'interdiction de discriminer sur la base de l'origine.

¹¹⁶¹ "Das öffentliche Strassennetz wird von den Grundeigentümern nicht stärker beansprucht als von der übrigen Bevölkerung", ATF 124 I 289.

¹¹⁶² Jörg Paul Müller: "Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung", 2000, p. 117.

¹¹⁶³ Voir notamment ATF 125 I 359 (barrière confessionnelle pour un enseignement en allemand dans le canton de Fribourg).

¹¹⁶⁴ Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 437 ss; ATF 126 V 73 "besonders qualifizierte Begründungspflicht".

¹¹⁶⁵ Notamment le critère du danger de l'exclusion sociale, cf. Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 427.

¹¹⁶⁶ ATF 116 V 208: "triftige und ernsthafte Gründe".

- Si oui, les considérations ci-dessous, relatives au principe de l'égalité de traitement, devront être examinées à la lumière de l'interdiction de discriminer, c'est-à-dire avec une attention particulière portée au risque d'exclusion sociale du groupe concerné.
- Les situations de fait sont-elle objectivement différentes?
- Si oui, un traitement différent est-il justifié et admissible?
- Si oui, cette différenciation est-elle compatible avec le but social de mise à disposition des soins et avec l'accès aux prestations de nature étatique existantes¹¹⁶⁷ (ce qui implique une exigence d'égalité de traitement renforcée)?

Les deux dernières questions impliquent une pesée entre deux intérêts: celui de veiller à ce que les ressources à disposition soient employées de la manière la plus efficace et la plus équitable possible et celui de chacun à pouvoir accéder aux soins. En ce sens, la démarche se rapproche de l'examen du principe de la proportionnalité. La définition du rationnement, telle qu'elle a été proposée sous 8.2.1, présuppose que les ressources sont insuffisantes. Il s'agira donc d'examiner si les critères examinés sont proportionnels au but visé, c'est-à-dire à une répartition efficace et équitable des ressources insuffisantes. La réponse dépendra d'abord de l'ampleur de l'insuffisance; en ce sens, elle ne pourra pas être abstraite. En second lieu, elle implique une certaine comparaison entre les mesures. Les éléments d'analyse employés dans ce chapitre nous conduisent à une telle comparaison, c'est-à-dire à la sélection de quelques critères qui semblent les plus appropriés (cf. 9.5 et 9.7).

9.1.3 Assurances sociales - LAMal et LAA

Jusqu'à présent, l'analyse a porté sur les droits constitutionnels. Ceux-ci sont caractérisés par une certaine intemporalité et sont destinés à poser des limites au pouvoir étatique¹¹⁶⁸. S'ils ne sont pas absolument immuables, ils sont en tout cas difficilement modifiables. Pour les assurances sociales, qui concrétisent l'accès au système de soins, ce sont des dispositions légales qui sont examinées. Les conclusions qui constateraient une incompatibilité entre

¹¹⁶⁷ Concernant l'accès aux prestations étatiques dans le contexte financier: ATF 123 V 191; 123 I 58.

¹¹⁶⁸ Notamment Thomas Fleiner-Gerster: "Allgemeine Staatslehre", 1995, pp 76 ss.

certains critères et les dispositions légales n'ont de ce fait pas la même force, puisqu'un changement de loi pourrait être envisagé. Il en va de même lorsque la compatibilité est constatée. Comme la constitutionnalité des lois fédérales n'est pas contrôlée¹¹⁶⁹, celles-ci n'offrent pas d'autre garantie que celle de correspondre au choix démocratique d'un moment donné.

La LAMal et la LAA ont été examinées au chap. 5; nous n'en rappellerons donc que quelques éléments ici. La LAMal comporte une obligation d'assurance pour tous. Les prestations prises en charge, sont déterminées en fonction du principe de liste et des principes plus généraux d'efficacité, d'adéquation et d'économicité des prestations. La LAA est conçue pour les personnes exerçant une activité lucrative en principe dépendante. Par conséquent, elle est orientée vers le rétablissement ou le maintien de la capacité de travail, respectivement de la capacité de gain. Les personnes âgées et les enfants / adolescents ne sont pas protégés par cette assurance. Les prestations prises en charge sont également fondées sur les principes d'efficacité, d'adéquation et d'économicité des prestations.

En analysant les critères à la lumière de la LAMal ou de la LAA, il faudra répondre aux questions suivantes:

- Le critère est-il inhérent au but de protection de la LAMal, respectivement de la LAA?
- Le critère est-il expressément prévu par la LAMal ou la LAA et leurs ordonnances d'application?
- Si non, la loi offre-t-elle une base ou des indices pour l'utilisation d'un tel critère?
- Si non, la loi prohibe-t-elle formellement l'utilisation d'un tel critère?

9.1.4 La difficulté de définir et d'appliquer le critère de rationnement

Cet élément d'analyse se situe sur un plan purement pratique: celui de l'élaboration, de la définition et de la mise en pratique du critère. Il ne comporte aucun jugement de valeur quant au contenu du critère¹¹⁷⁰. Certains critères comme le critère âge sont faciles à déterminer (p. ex.: plus de

¹¹⁶⁹ Sous réserve de l'application d'une disposition de la CEDH ou encore de l'interprétation conforme à la constitution.

¹¹⁷⁰ Cf. aussi Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, p. 324, en rapport avec l'analyse du critère âge en matière d'allocation d'organes.

transplantations rénales au-delà de 60 ans). D'autres, comme le critère de la charge de famille, nécessitent des précisions (p. ex.: seuls les pères et mères d'enfants de moins de 18 ans ont droit à la trithérapie). D'autres critères, comme le comportement à risque sont nettement plus difficiles à définir (p. ex.: seuls les soins d'urgence sont accordés aux fumeurs souffrant d'un cancer du poumon; quelle est la définition du fumeur?).

L'application d'un critère déterminé peut également poser problème. Par exemple, une fois que le fumeur est défini, comment s'assurer que le patient entre bien dans cette définition? Plus la détermination et l'application d'un critère sont difficiles, plus la discussion entre médecin et patient posera problème. L'application peut aussi poser un problème de contrôle: le patient ne fume-t-il vraiment que trois cigarettes par jour?

Si l'élément d'analyse proposé ici est purement pratique, il a aussi des conséquences sur le fond, car plus un critère est difficile à définir, plus le choix dans le cas concret risque de devenir subjectif, ce qui est contraire à la raison d'être des critères.

9.2 Les critères relatifs au patient

9.2.1 Critère de l'âge

9.2.1.1 Explication

Ce critère peut concerner un âge minimal ou maximal. Dans le premier cas, il exclut les enfants et les jeunes à cause de leur maturité encore incomplète et dans le deuxième cas, il exclut les personnes âgées à cause de leur espérance de vie réduite. C'est le deuxième cas de figure qui retiendra plus particulièrement notre attention ici, la question des soins aux personnes âgées faisant couler le plus d'encre actuellement.

Tant que le but de la médecine était essentiellement d'augmenter l'espérance de vie, la question des soins aux personnes âgées ne se posait pas; ils étaient simplement donnés. Le dilemme auquel la médecine d'aujourd'hui est confrontée est d'une part un nombre important de personnes âgées, une augmentation du nombre de personnes âgées impotentes (en chiffres absolus), l'existence de traitements permettant de prolonger leur vie et d'autre

part les coûts de la santé¹¹⁷¹. Sous ce point, le critère âge sera étudié de manière isolée, sans lien avec la qualité de vie qui sera examinée plus loin.

Le critère âge, spécialement lorsqu'il est relatif aux personnes âgées, est souvent brandi par les adversaires de toute discussion concernant le rationnement. En effet, il touche une fibre émotionnelle et socio-culturelle: les soins à nos anciens, en lien avec le respect que nous voulons leur témoigner. Dans l'abstrait, la fibre émotionnelle de l'opinion populaire semble toutefois moins coriace puisque, selon un sondage, l'opération de la hanche chez les personnes âgées est classée neuvième priorité (donc deuxième avant-dernière sur la liste) dans l'opinion des Suisses¹¹⁷². Par contre, une petite majorité de la population (51%) est opposée à donner la priorité aux soins des jeunes par rapport à ceux des personnes âgées¹¹⁷³.

Nous sommes tous confrontés à un dilemme entre un sentiment de justice qui nous fait donner la priorité aux plus jeunes qui ont la vie devant eux et pour lesquels un traitement amène en principe un bénéfice plus "long", et un sentiment de justice qui nous empêche de refuser un traitement à une personne âgée, car sa vie n'a pas un prix moindre, même si une grande partie appartient au passé¹¹⁷⁴. Le dilemme illustre notre problème face à la finitude de la vie, et seule une acceptation de cette finitude pourra faire avancer la réflexion dans ce domaine¹¹⁷⁵. Harris a tenté d'explicitier le dilemme par le concept de "*fair innings*", selon lequel lorsqu'une vie a duré un certain nombre d'années, cette durée peut être considérée comme étant raisonnable (pour Harris, cet âge se situerait autour de 70 ans). Dans cette optique, la mort d'une personne ayant atteint cet âge n'est plus une tragédie, même si la personne voulait vivre plus longtemps¹¹⁷⁶. Pour Callahan, les plus jeunes

1171 Cf. notamment Pierre Gilliard: "Le rapport Gilliard sur le système de santé genevois", 1996, pp 57 ss.; Jean Martin: "L'évolution de la médecine et les droits et devoirs des personnes et de la société", BMS 2001, p. 120; Mark R. Wicclair: "Ethics and the Elderly", 1993, préface.

1172 Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, p. 14.

1173 Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, p. 20.

1174 Les nombreuses théories en rapport avec ce dilemme sont exposées et commentées par Mark R. Wicclair: "Ethics and the Elderly", 1993, pp 82 ss.

1175 E. Borst-Eilers: "Leeftijd als criterium", 1990, p. 72; Govert den Hartogh: "Leeftijdscriminatie, bestaat dat? Over de leeftijdsgrenzen in de gezondheidszorg", TvGR 1994, pp 142 ss.

1176 La théorie de Harris est explicitée dans: E. Borst-Eilers: "Leeftijd als criterium", 1990; Niek Klazinga / Jannes van Everdingen: "Waarom discrimineren naar

doivent avoir la priorité par rapport aux personnes qui ont dépassé une certaine durée de vie (*natural lifespan*)¹¹⁷⁷.

En Suisse, le critère âge est déjà employé dans les assurances sociales, pour déterminer soit un âge minimal, soit un âge maximal, p. ex. dans l'assurance-invalidité¹¹⁷⁸: mesures médicales pour infirmité congénitale (max. 20 ans, art. 13 LAI) ou influence de l'âge avancé dans la fixation du taux d'invalidité. Les exemples en matière de LAMal et de LAA seront exposés ci-dessous. Par contre, le critère âge ne peut en principe pas être pris en considération en tant que tel, si ce n'est comme critère médical, en matière de transplantation¹¹⁷⁹.

La Recommandation du Conseil de l'Europe concernant les listes d'attente prohibe également l'utilisation d'un critère âge, si ce n'est en tant qu'élément de l'appréciation médicale¹¹⁸⁰. Il en va de même pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui interdit expressément les discriminations fondées sur l'âge (art. 21)¹¹⁸¹.

Au Royaume-Uni, de nombreuses critiques ont été élevées à l'encontre de l'application d'un critère d'âge maximal, non fondé scientifiquement, dans le seul but de refuser des traitements aux personnes âgées¹¹⁸². Le nouveau plan NHS veut bannir le refus de traitement basé sur l'âge seul¹¹⁸³. A ce titre, un

leeftijd geen discriminatie hoeft in te houden", 2000, pp 35 ss.; Alan Williams: "The rationing debate: Rationing health care by age: The case for", *BMJ* 1997; 314, p. 820; la théorie est critiquée notamment par J Grimley Evans: "The rationing debate: Rationing health care by age: The case against", *BMJ* 1997; 314, p. 822.

¹¹⁷⁷ Daniel Callahan: "False Hopes", 1998, p. 271; il fixe cette durée à environ 65 - 70 ans, cf. p. 256; cf. aussi du même auteur: "Setting Limits: Medical Goals in an Aging Society", 1987.

¹¹⁷⁸ Exprimé notamment dans ATF 115 V 200.

¹¹⁷⁹ Art. 16-17 du projet de loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules et Message du 12 septembre 2001, p. 86; cf. aussi Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, pp 313-314.

¹¹⁸⁰ Recommandation du Comité des Ministres sur les critères de gestion des listes d'attente et des délais d'attente des soins de santé R (99) 21, annexe 1, p. 3: "L'âge ne doit pas entrer en ligne de compte dans la détermination du degré de priorité; ce n'est qu'une composante parmi d'autres de l'état général du patient et un facteur de risques pour certains traitements".

¹¹⁸¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/ C364/01).

¹¹⁸² J. Grimley Evans: "The rationing debate: Rationing health care by age: The case against", *BMJ* 1997; 314, pp 822 ss.; Graham C. Sutton: "Will you still need me, will you still scream me, when I'm past 64?", *BMJ* 1997; 315, pp 1032-1033.

¹¹⁸³ The new NHS Plan, p. 124.

programme de mesures dont le but est d'éradiquer les discriminations a été adopté (cf. chap. 7).

Aux Pays-Bas, ce sont surtout les *guidelines* pour le traitement du cholestérol qui ont relancé la polémique¹¹⁸⁴. Selon elles, le traitement par des statines ne doit être effectué que si l'espérance de vie est d'au moins 5-10 ans. Pratiquement, cela implique que les personnes de plus de 70 ans (hommes) ou plus de 75 ans (femmes) sont exclues de ce traitement¹¹⁸⁵. Il est toutefois difficile de distinguer ce qui relève de l'appréciation purement médicale de l'efficacité du traitement chez des personnes plus âgées, de ce qui découle du calcul économique.

9.2.1.2 *Egalité de traitement et interdiction de discriminer*

L'art. 8 al. 2 Cst interdit expressément toute discrimination sur la base de l'âge de la personne. La mention de l'âge, surtout en rapport avec les personnes âgées, dans cet alinéa est critiquée¹¹⁸⁶, d'une part parce que la disposition visait en principe la protection des jeunes¹¹⁸⁷ et d'autre part parce que les personnes âgées en tant que groupe sont pleinement représentées dans le processus démocratique et ne nécessitent de ce fait pas de protection spéciale.

Malgré ces critiques, il faut se demander s'il existe un groupe de personnes âgées qui nécessiteraient une protection spéciale, notamment les personnes

1184 "Behandeling en preventie van coronaire hartziekten door verlaging van de plasmacholesterolconcentratie", 1998, peut être consulté sur le site <http://www.cbo.nl>.

1185 Pour plus de détails, cf. Niek Klazinga / Jannes van Everdingen: "Waarom discrimineren naar leeftijd geen discriminatie hoeft in te houden", 2000, p. 33.

1186 Etienne Grisel: "Egalité", 2000, pp 78-79; Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, pp 119-120; la question est mentionnée dans Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier: "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, p. 509 et Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, p. 313.

1187 BO CE 1998, pp 32 ss; Jörg Paul Müller: "Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung", 2000, p. 120; il met en doute la nécessité d'une protection spéciale (au delà de l'art. 8 al. 1 Cst.) pour les personnes âgées.

du quatrième âge¹¹⁸⁸. Au soir de leur vie, ces personnes voient leur constitution s'affaiblir et participent moins activement à la société et au processus démocratique, ce qui affaiblit une des critiques formulée par certains auteurs. Par contre, il semble que ce n'est pas véritablement l'âge qui est déterminant, mais plutôt les déficiences physiques ou psychiques qui peuvent être liées à l'âge avancé. Par ce biais, ces personnes sont protégées de manière très renforcée (deuxième catégorie dans la liste concernant l'art. 8 al. 2 Cst.), non parce qu'elles ont atteint un certain âge, mais du fait des conséquences de cet âge sur leur état de santé physique et psychique. Cette construction n'aurait d'implication pratique en l'espèce que si un critère âge visait à exclure des personnes ayant atteint l'âge fixé, parce qu'elles présentent des déficiences physiques ou psychiques.

De nombreux arrêts rendus par le Tribunal fédéral sous l'ancienne Cst. n'excluent pas *a priori* une différence de traitement sur la base de l'âge:

- En rapport avec l'art. 4 aCst, le Tribunal fédéral a jugé qu'une limite d'âge pour l'activité des notaires (70 ans) était compatible avec le principe de l'égalité de traitement pour l'âge-limite et ce même en regard des difficultés financières que pourraient rencontrer ceux qui n'ont pas pu mettre assez de ressources de côté pour leurs vieux jours¹¹⁸⁹.
- Sans analyser spécifiquement la situation au regard du principe de l'égalité de traitement, le Tribunal fédéral a jugé qu'un âge minimum de 25 ans pour les opérations de changement de sexe était admissible¹¹⁹⁰.
- Dans un arrêt relatif au forfait de remboursement de soins hospitaliers en division commune, le Tribunal fédéral a considéré qu'un forfait de remboursement moins élevé pour les personnes âgées de plus de 62/65 ans n'était pas contraire à l'art. 4 al. 1 aCst. Il mentionne notamment que les tarifs doivent pouvoir être aménagés dans le but d'enrayer une hausse des coûts de la santé¹¹⁹¹.
- Dans un arrêt relatif à l'art. 28 al. 4 OLAA, le Tribunal fédéral a jugé que la prise en compte de l'âge de l'assuré et de son influence sur la capacité

1188

Ce groupe de personnes étant coûteux pour les systèmes de santé, le risque de stigmatisation est relativement grand, cf. Pierre Gilliard: "Le rapport Gilliard sur le système de santé genevois", 1996, pp 114 ss.

1189

ATF 124 I 303.

1190

RAMA 2000, pp 64-65.

1191

ATF 125 V 105-106.

de gain pour la fixation du taux d'invalidité n'est pas incompatible avec l'art. 4 aCst¹¹⁹².

Dans une affaire relative au *numerus clausus* pour l'accès aux études médicales à l'université de Zurich, le critère d'admission fixé par l'exécutif du canton de Zurich était celui de l'âge: la préférence était donnée aux candidats plus âgés, dans l'ordre chronologique de leurs dates de naissance. Malheureusement, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur l'utilisation de l'âge comme critère d'admission, mais seulement sur la procédure de restriction de l'admission à ces études¹¹⁹³.

Par contre, dans un arrêt très récent, le Tribunal fédéral juge que la discrimination en fonction de l'âge en rapport avec l'adaptation d'un véhicule à moteur pour une personne invalide qui n'a pas atteint l'âge requis pour cette prestation, est contraire à l'art. 8 al. 2 Cst, mais aussi au principe de l'égalité de traitement¹¹⁹⁴.

Sous la nouvelle Constitution, nous situons l'âge en tant que tel, c'est-à-dire indépendamment de l'état de santé de la personne, dans la catégorie "protection renforcée"; il s'agit donc de répondre aux questions suivantes relatives au principe de l'égalité de traitement, à la lumière du risque de discrimination:

- L'espérance de vie réduite correspond-elle à une situation objectivement différente?
- Une différenciation des soins sur cette base est-elle admissible? Peut-elle être justifiée par les coûts de la santé, plus particulièrement à la lumière de l'interdiction de discriminer?
- En lien avec le but social et l'accès à des prestations étatiques: y a-t-il des raisons très pertinentes de ne pas accorder des soins à certaines personnes à cause de leur âge, parce que les ressources sont limitées?

¹¹⁹² ATF 122 V 431: "Wohl trifft es zu, dass für den Faktor Alter im Gegensatz zu anderen unfallfremden Gründen eine Sonderregel geschaffen wurde, dies freilich nicht im Sinne einer eigentlichen Kürzungsbestimmung. Damit geht jedoch insofern keine unhaltbare Benachteiligung der älteren Versicherten einher..."

¹¹⁹³ ATF 121 I 22.

¹¹⁹⁴ ATF 126 V 70, 74; le Tribunal fédéral joint deux critères et parle de Verbot altersbedingte Diskriminierung Behinderter.

Le fait que ces questions doivent être examinées à la lumière de l'interdiction de discriminer pourrait entraîner à notre sens une incompatibilité du critère âge "pur" avec l'art. 8 Cst. dans le domaine des soins, s'il tendait à l'exclusion sociale de ce groupe de personnes. Ce risque d'exclusion est renforcé, notamment, par l'absence de nuances quant à la qualité de vie ou à l'état de santé de la personne.

Aucune réponse générale ne peut être donnée aux questions 2 et 3 (cf. 9.1.2). Il faudrait toutefois se poser la question de savoir si, derrière un problème de ressources, ne se cacherait pas simplement une intention de discriminer les personnes âgées.

En droit néerlandais, il faut signaler que l'âge ne figure pas dans les listes des discriminations constitutionnelle et légale (Awgb). Une différence de traitement en matière de soins sur la base de l'âge pourrait être compatible avec le principe de l'égalité de traitement¹¹⁹⁵.

Par contre, la Recommandation du Conseil de l'Europe concernant les listes d'attente¹¹⁹⁶ interdit l'utilisation du critère âge pur, c'est-à-dire indépendant de l'appréciation médicale.

9.2.1.3 *Compatibilité avec la LAMal*

Aucune distinction en fonction de l'âge des assurés ne peut être trouvée dans la LAMal. Par contre, en tant qu'élément du critère médical, l'âge peut entrer en considération par le biais de l'art. 32 LAMal, sous l'angle de l'efficacité des traitements. Le critère âge analysé ici est celui qui résulte d'un choix de société et doit donc être distingué du critère médical, même si cette distinction n'est pas aisée (cf. 8.3.2). Les dispositions d'application de la LAMal et la jurisprudence n'excluent pas *a priori* un traitement différencié pour certaines prestations en fonction de l'âge de l'assuré ou le préconisent même:

¹¹⁹⁵ Aart Hendriks: "Een juridische beschouwing over de (on)toelaatbaarheid van kosten-effectiviteitanalyses in de gezondheidszorg", 2000, p. 75.

¹¹⁹⁶ Recommandation du Comité des Ministres sur les critères de gestion des listes d'attente et des délais d'attente des soins de santé R (99) 21.

- Age maximal: traitement chirurgical de l'obésité (max. 60 ans, fixé par l'OPAS¹¹⁹⁷); tomographie par émission de positrons pour diagnostiquer une démence (max. 70 ans, fixé par l'OPAS¹¹⁹⁸); mention de l'âge avancé en rapport avec une intervention de chirurgie cardio-vasculaire¹¹⁹⁹; mention du facteur "bonne espérance de vie" en matière de réhabilitation cardiaque dans l'OPAS¹²⁰⁰;
- Age minimal: âge minimal pour transsexualisme (25 ans)¹²⁰¹; traitement à la méthadone (minimum 18 ans, fixé par l'OPAS¹²⁰²); traitement de l'énurésie (5 ans, fixé par l'OPAS¹²⁰³); uroflowmétrie (réservée aux adultes selon l'OPAS)¹²⁰⁴.

Les choix qui ont été faits, notamment dans l'OPAS, nous interpellent. En effet, certains choix ne paraissent pas argumentés de manière purement médicale, comme ce qui concerne le traitement chirurgical de l'obésité (cf. 5.6.3.5). Le fait que des choix de limites d'âge aient déjà été faits dans l'OPAS, ne signifie pas qu'ils soient automatiquement compatibles avec la LAMal ni avec l'art. 8 Cst.

9.2.1.4 *Compatibilité avec la LAA*

La LAA est fondée sur la capacité de travail, puisque seules les personnes exerçant une activité professionnelle entrent dans le champ d'application de la loi. La question des personnes jeunes (limite d'âge minimale) et des personnes âgées (limite d'âge maximale) ne se pose donc pas. Les personnes au bénéfice d'une rente AVS ne sont assurées que si elles sont encore employées¹²⁰⁵. La question des coûts de la santé en rapport avec l'évolution démographique est donc largement éludée dans le domaine de la LAA. Aucune autre limite d'âge n'est prévue dans le cadre de la LAA. En vertu de l'art. 28 al. 4 OLAA, l'âge peut influencer la fixation du taux d'invalidité,

1197 Annexe I, chap. 1.1.

1198 Annexe I, chap. 9.2.

1199 ATF 125 V 100, mais en lien étroit avec le critère médical.

1200 Annexe I, chap. 1.4.

1201 ATF 114 V 159; RAMA 2000, pp 64-65.

1202 Annexe I, chap. 8.

1203 Annexe I, chap. 4.

1204 Annexe I, chap. 2.2.

1205 Alfred Maurer: "Schweizerische Unfallversicherung", 1989, pp 119-120.

puisque la comparaison des revenus doit tenir compte des conséquences de l'âge sur l'exercice de l'activité professionnelle¹²⁰⁶, mais il ne s'agit pas d'un véritable critère au sens de notre analyse.

Comme pour la LAMal, nous pensons qu'en l'état actuel, la LAA ne permettrait pas la fixation de critères d'âge purs. Cette question est toutefois un peu théorique, puisque la condition de l'exercice d'une activité professionnelle implique que les personnes âgées se situent hors du champ d'application de la LAA.

9.2.1.5 Difficulté de définir et d'appliquer le critère

Une fois le choix de principe fait, le critère âge est facile à définir, puisque la limite est objectivement chiffrable¹²⁰⁷ (p.ex. pour le traitement chirurgical de l'obésité: "le patient ne doit pas avoir plus de 60 ans"¹²⁰⁸). La difficulté réside dans la cohérence des mesures et dans le risque de stigmatiser certains comportements ou certaines affections. Dans ce cas, le critère âge se situerait à la frontière avec le critère comportement à risque.

Le critère âge est en principe facile à appliquer, car en tant que tel, c'est-à-dire sans nuance relative à la qualité de vie par exemple, il ne laisse aucune place à l'appréciation subjective. Cela ne signifie toutefois pas qu'il est facile à expliquer pour le médecin en face de son patient, ce qui est d'ailleurs le cas pour la plupart des critères de refus.

9.2.2 Critères de la qualité de vie

9.2.2.1 Explication

Le facteur qualité de vie ne concerne pas seulement la donnée purement biologique de la vie et sa durée chiffrable, mais également l'aspect qualitatif de la vie¹²⁰⁹, qui va au-delà d'une notion purement médicale d'amélioration de

¹²⁰⁶ ATF 113 V 135 ; critiqué par Erwin Murer : "Das ältere Unfallopfer soll für sein Alter nicht bestraft werden...", SZS 1991, pp 71 ss.

¹²⁰⁷ Eric H. Loewy: "Textbook of healthcare ethics", p. 258; Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, p. 324.

¹²⁰⁸ Annexe I OPAS, 1.1.

¹²⁰⁹ L'étude de Domenighetti nous montre qu'une majorité de la population suisse trouve qu'il faut considérer la qualité de vie future avant d'utiliser des

l'état de santé. En fait, la qualité de vie se rapproche fortement de la définition de la santé que nous avons choisie dans le chapitre 3, c'est-à-dire la capacité de pouvoir être. Le critère de la qualité de vie peut se rapporter au passé, au présent ainsi qu'au futur, c'est-à-dire se rapporter à une prévision quant à l'effet du soin.

Souvent, l'argument de la qualité de vie est évoqué en matière d'euthanasie¹²¹⁰, pour justifier l'abandon de la seule protection objective de la vie. Dans ce contexte, le terme qualité de vie est surtout examiné à travers les lunettes hypothétiques du patient, en lien avec sa capacité de pouvoir être.

En rapport avec le rationnement, la qualité de vie est également examinée à travers les lunettes de la société, dans un contexte de manque de ressources. Ceci a conduit à une objectivation de ce terme. En effet, de nombreuses études ont été effectuées pour tenter de quantifier la qualité de vie, notamment les QALYs et plus récemment, les DALYs, qui sont en quelque sorte le négatif des QALYs¹²¹¹. Ces études proposent une mesure de l'état de santé qui tient compte à la fois des facteurs de mortalité et de morbidité¹²¹² et comprennent essentiellement deux éléments: l'espérance de vie et le facteur d'ajustement reposant sur la qualité de la vie. L'hypothèse de base de ces tables est que l'impossibilité d'effectuer certains actes, la présence d'affections invalidantes ou un certain degré de souffrance entraînent une diminution objective de la qualité de vie.

Selon Alan Williams¹²¹³, l'un des pères fondateurs des QALYs, une année passée en bonne santé = 1, la mort = 0 et une année passée en mauvaise santé correspond à un facteur de qualité de vie < 1. Cette dernière valeur est d'autant plus basse que la qualité de vie est plus fortement atteinte. Les QALYs sont déterminés à l'aide de questionnaires remplis par les médecins,

technologies coûteuses, cf. Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, pp 1, 3.

1210 Particulièrement dans un arrêt du Royaume-Uni: *Airedale NHS Trust v. Bland*, (1993) 1 All E.R. 821ss.; commenté sur un plan éthique par Peter Singer: "Rethinking Life & Death", 1994, pp 57 ss.

1211 Quality Adjusted Life Years (QALYs) et Disability Adjusted Life Years (DALYs).

1212 Gavin Mooney: "Economics, Medicine and Health Care", 1992, p. 44.

1213 Alan Williams: "Economics of coronary artery bypass grafting", *BMJ* 1985; 291 et "The value of QALYs", *Health and social service journal* 1985, cité par John Harris: "QALYfying the value of life", *Journal of medical ethics* 1987; 13, p. 117. L'étude propose une méthode pour répondre à la question: est-ce que le nombre de pontages doit être augmenté, maintenu ou diminué?

les patients, mais aussi par le public¹²¹⁴ et à l'aide de la formule suivante:
QALY= espérance de vie x facteur qualité de vie.

Lorsqu'il est utilisé en tant que critère d'octroi ou de refus de traitement, le facteur QALY est ensuite comparé aux coûts de ce traitement. Une mesure de soins est considérée comme étant bénéfique si elle génère un montant positif de QALYs et comme étant d'autant plus efficiente que son coût par QALY est bas¹²¹⁵. De nombreuses applications ont été proposées, chaque fois reliées à un diagnostic et à l'efficacité d'un traitement déterminé¹²¹⁶. Dans ces développements, le facteur qualité de vie exprimé en QALYs devient un critère "coût / utilité", plus qu'un terme servant à définir l'état d'une personne.

Le système des QALYs repose sur deux hypothèses de base¹²¹⁷, liée à une vision de la vie empreinte de la philosophie utilitariste:

- Chacun souhaite un maximum de QALYs pour sa vie;
- Chacun est prêt à transposer ce choix au niveau de la société, quitte à ce que ce soit au détriment de lui-même.

Dans la recommandation du Conseil de l'Europe concernant les listes d'attente, la qualité de vie, sans référence à un système d'évaluation

¹²¹⁴ Health Utilities Index et EuroQol par exemple.

¹²¹⁵ Exemple de calculs dans Christopher Newdick : "Who should we treat?", 1995, pp 32-33.

¹²¹⁶ Voir notamment Raeburn Forbes / Ann Lees / Norman Waugh / Robert J Swingler: "Population based cost utility study of interferon beta-1b in secondary progressive multiple sclerosis", BMJ 1999; 319, pp 1529-1530; Anne Hickey / Gerard Bury / Ciaran A O'Boyle / Fiona Bradley / Fergus D O'Kelly / William Shannon: "A new short form individual quality of life measure (SEIQoL-DW) : application in a cohort of individuals with HIV/AIDS", BMJ 1996; 313, pp 29 ss; G. Salkeld / I.D. Cameron / R.G. Cumming / S. Easter / S.E. Kurrle / S. Quine: "Quality of life related to fear of falling and hip fracture in older women: a time trade off study", BMJ 2000; 320, pp 341 ss; cf. aussi l'exemple de la dialyse à domicile exposé dans OFAS: "Manuel de standardisation pour l'évaluation médicale et économique des prestations médicales", p. 158.

¹²¹⁷ John Cubbon: "The principle of QALY maximisation as the basis for allocating health care resources", Journal of medical ethics 1991; 17, p. 181.

particulier, est considérée comme étant un des critères transparents servant à déterminer la place sur la liste d'attente¹²¹⁸.

Le rapport bâlois considère que les QALYs et les DALYs sont des critères appropriés pour l'allocation des ressources (niveau macroscopique), mais pas pour les applications dans le cas concret¹²¹⁹.

Une étude de l'opinion de la population en Suisse nous montre qu'une majorité de la population suisse trouve qu'il faut considérer la qualité de vie future avant d'utiliser des technologies coûteuses¹²²⁰.

9.2.2.2 *Egalité de traitement et interdiction de discriminer*

Le problème lié au critère tel qu'il est conçu actuellement est qu'une image de qualité de vie risque d'être imposée, telle un jugement de valeur de la société, avec les risques d'exclusion sociale qui y sont liés. Par contre, aucun groupe de personnes mentionnées dans l'art. 8 al. 2 Cst. n'est directement touché par le critère qualité de vie. Comme les facteurs calculés comportent un élément correspondant à l'espérance de vie, les personnes âgées pourraient se voir indirectement discriminées¹²²¹. En ce sens, ce qui a été dit concernant le critère âge serait partiellement applicable, mais devrait être nuancé en fonction du poids accordé à l'espérance de vie.

¹²¹⁸ Recommandation du Comité des Ministres sur les critères de gestion des listes d'attente et des délais d'attente des soins de santé R (99) 21, annexe 1, p. 2: "... de veiller à ce que l'accès aux traitements soit fondé sur des critères transparents, convenus au niveau national, qui tiennent compte du risque de détérioration tant en termes cliniques (pathologiques) qu'en termes de qualité de vie (fonctionnels). Lorsque les patients sont inscrits sur des listes d'attente, ces critères permettent de fixer les seuils pour la fourniture de traitements ou l'établissement de priorités".

¹²¹⁹ Bericht der Gesundheitskommission des Grossen Rates: "Rationierung im Gesundheitswesen?", 2000, p. 2.

¹²²⁰ Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement". 2000, pp 1, 3.

¹²²¹ Christopher Newdick: "Who should we treat?", Clarendon Press, Oxford 1995, p. 27: p. ex. une personne âgée avec une espérance de vie de 10 ans et un coefficient qualité de vie de 0.8 serait défavorisée par rapport à une personne plus jeune ayant une espérance de vie de 30 ans avec un coefficient de 0.5; cf. aussi Elly Stolk / Xander Koolman / Jan van Busschbach: "Kosteneffectiviteit: een hulpmiddel bij het maken van keuzes in de zorg?", 2000, p. 47.

Estimer que l'impossibilité d'effectuer certains actes de la vie courante correspond à une diminution de la qualité de vie comporte un risque de discrimination indirecte des personnes souffrant d'une déficience psychique ou physique. Quel poids accorder par exemple à la qualité de vie d'une personne se trouvant en fauteuil roulant¹²²²? Pour les personnes handicapées, la protection très renforcée (deuxième catégorie) entre en ligne de compte, c'est-à-dire une présomption de discrimination réfragable seulement pour des raisons très pertinentes.

Mis à part les situations liées aux risques de discrimination indirecte en rapport avec l'âge et le handicap et qui devraient être examinées à la lumière de la prohibition de discrimination, seul l'art. 8 al. 1 Cst s'applique; les questions suivantes doivent être posées:

- Une qualité de vie réduite correspond-elle à une situation objectivement différente?
- Une différenciation dans l'octroi des soins sur cette base est-elle admissible? Peut-elle être justifiée par les coûts de la santé?
- En lien avec le but social et l'accès à des prestations étatiques, y a-t-il des raisons très pertinentes de ne pas accorder des soins à certaines personnes, en fonction de leur qualité de vie réduite, parce que les ressources sont limitées?

Dans certains cas, le Tribunal fédéral semble reconnaître assez facilement qu'une situation est objectivement différente, si on en croit par exemple son arrêt concernant la rapidité de la carrière professionnelle¹²²³. Un peu dans le prolongement de cet arrêt, il nous semble possible qu'un critère qualité de vie mesurable objectivement puisse conduire à reconnaître des situations objectivement différentes. Quant à la deuxième et à la troisième réponses, elles ne peuvent être générales, puisqu'elles dépendent des circonstances économiques et de l'ampleur de l'obligation de réaliser le but social de mise à disposition des soins (cf. 9.1.2).

¹²²²

Christopher Newdick: "Who should we treat?", 1995, p. 26.

¹²²³

ATF 121 II 205: "En particulier, il n'est pas injuste que des assurés qui font des carrières rapides ou particulièrement réussies paient des cotisations en fin de compte plus élevées que ceux dont la vie professionnelle a été plus calme, même si les pensions sont finalement identiques".

9.2.2.3 *Compatibilité LAMal*

Mis à part de très rares exceptions (cf. chap. 5), toute personne est assurée en vertu de la LAMal, peu importe son état de santé. La notion de qualité de vie n'est pas expressément intégrée dans la LAMal, qui est fortement axée sur une appréciation médicale de la santé et plus précisément sur des soins en cas de maladie¹²²⁴. L'OPAS mentionne une fois l'amélioration de la qualité de vie, en tant qu'indication pour la chirurgie palliative pour les épileptiques¹²²⁵.

De plus, une des méthodes d'analyse préconisées pour l'admission des prestations dans le cadre de la LAMal - l'analyse coût-utilité - prend également en compte l'élément qualité de vie¹²²⁶. Cette analyse est utilisée pour comparer deux technologies dont les résultats en termes de nombre d'années gagnées et de qualité des années de vie gagnées diffèrent¹²²⁷.

Le critère qualité de vie ne nous semble pas incompatible avec la LAMal, notamment au stade de la reconnaissance des prestations. Il faudrait toutefois mieux déterminer de quel critère et de quelle évaluation on parle, en particulier pour éviter la mise en danger d'un principe central de l'assurance-maladie: la solidarité entre bien-portants et malades¹²²⁸.

Un récent arrêt du Tribunal fédéral semble prendre en compte la qualité de vie, en lien avec la capacité de travail, en admettant la prise en charge de soins à domicile dont le coût est 3.5 fois supérieur à celui du forfait EMS (pour plus de détails, cf. 5.6.3.7)¹²²⁹.

1224 Cette orientation sur la maladie ressort également de l'art. 19 al. 1 LAMal qui prévoit que les assureurs doivent encourager la prévention des maladies.

1225 OPAS, annexe I, 2.3.

1226 OFAS: "Manuel de standardisation pour l'évaluation médicale et économique des prestations médicales", p. 158.

1227 Le Manuel fait référence aux scores d'utilité de Torrance, d'ailleurs reproduits en partie, cf. Manuel de standardisation pour l'évaluation médicale et économique des prestations médicales de l'OFAS p. 159.

1228 Message FF 1992 I, p. 108.

1229 ATF 126 V 334.

9.2.2.4 *Compatibilité LAA*

Toute personne appartenant au cercle des assurés, peu importe son état de santé, est assurée¹²³⁰. Par ailleurs, aucune mention n'est faite de la qualité de vie dans la LAA. L'art. 21 lit. d LAA traite de la prise en charge du traitement médical en cas de rente complète d'invalidité, si l'état de santé peut être amélioré ou qu'une aggravation de celui-ci peut être évitée. Il s'agit ici d'une appréciation de la santé essentiellement médicale¹²³¹.

Par contre, il nous semble que l'esprit général de la LAA, comme d'ailleurs de toutes les assurances sociales, est influencé par la qualité de vie. En effet, le concept "prévention - soins - réadaptation", même s'il vise en premier lieu le maintien et le recouvrement de la capacité de travail, influence également la qualité de vie de la personne concernée. Un critère qualité de vie, avec les mêmes réserves que pour la LAMal, ne nous semblerait pas incompatible *a priori*.

9.2.2.5 *Difficulté de définir et d'appliquer le critère*

En tant que telle, la qualité de vie est difficilement définissable. La mesure objective de la qualité de vie est également très complexe, puisqu'il s'agit de chiffrer ce qui n'est pas vraiment chiffrable: la qualité. Les scores attribués sont exprimés de manière "objective", p. ex. non-voyance = 0,39¹²³². Toute la difficulté consiste toutefois à obtenir ces scores, qui sont fondés sur l'appréciation subjective du public ou de groupes de patients. Quant à l'application, elle pose surtout problème dans les cas qui ne sont pas blancs ou noirs (p.ex. en cas de malvoyance, par combien faudra-t-il multiplier 0.39?).

¹²³⁰ "Denn das UVG versichert nicht nur psychisch gesunde, sondern auch Personen die besondere Veranlagungen...", ATF 122 V 430.

¹²³¹ Alfred Maurer: "Schweizerische Unfallversicherung", 1989, p. 384.

¹²³² Selon les scores d'utilité de Torrance, cf. Manuel de standardisation pour l'évaluation médicale et économique des prestations médicales de l'OFAS p. 159.

9.2.3 Critère du comportement à risque

9.2.3.1 Explications

En situation de pénurie, la tendance est à la recherche d'un coupable. Les personnes qui adoptent un comportement ou qui ont des habitudes pouvant avoir un effet néfaste sur leur santé sont une cible rêvée en matière de soins¹²³³. L'idée sous-jacente est que le comportement a été adopté par des personnes responsables d'elles-mêmes¹²³⁴, effectuant un choix libre en connaissance des conséquences, et que des différences de traitement en fonction de ces comportements librement choisis ne seraient pas forcément inéquitables. Cet avis reflète un peu l'idée d'une justice - rétribution évoquée au chap. 2, impliquant qu'un bénéficiaire de prestations doit se montrer digne du soutien de la collectivité¹²³⁵. Pratiquement, cette appréciation signifie que les fumeurs devraient être traités différemment des non-fumeurs, ceux qui pratiquent des sports extrêmes différemment des marcheurs et des nageurs, ceux qui boivent différemment des abstinents, ceux qui mangent beaucoup différemment de ceux qui font attention à leur ligne, ceux qui travaillent à 200%, différemment de ceux qui se ménagent des temps de repos et de loisirs, etc.

Sans nous attarder sur la question de savoir si les comportements à risque résultent vraiment d'un choix libre¹²³⁶, il s'agit simplement de constater les conséquences d'une telle théorie: une société à tiroirs étiquetés - les fumeurs, les toxicomanes, les homosexuels, les adultérins, les non fumeurs, les vierges, les presque saints...¹²³⁷. Il y a là un risque certain d'arriver à une

¹²³³ Daniel Callahan: "False Hopes", 1998, pp 182 ss.

¹²³⁴ Cf. aussi les explications de Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, pp 334 ss.

¹²³⁵ Selon les mots de René Meier: "Sécurité sociale et solidarité", Sécurité sociale 1999, p. 61.

¹²³⁶ Daniel Callahan: "False Hopes", 1998, p. 189.

¹²³⁷ Cette théorie est notamment tournée en dérision par Hugh V. McLachlan: "Smokers, virgins, equity and health care costs", *Journal of medical ethics* 1995, pp 209 ss.

prescription générale et contraignante de comportement¹²³⁸, c'est-à-dire à un jugement de valeur de la société sur la manière de vivre des individus¹²³⁹.

Le critère du comportement à risque implique qu'il y ait un lien de causalité entre le comportement et l'atteinte à la santé. Il est à distinguer du critère de la valeur sociale (*social worth*) qui préconiserait la limitation de l'accès aux soins pour des personnes ayant eu un comportement répréhensible qui n'a aucun lien avec l'atteinte à la santé dont ils souffrent (p. ex. personnes coupables de meurtre ou de pédophilie) ou ayant un comportement ne correspondant pas aux valeurs morales d'une société (p. ex. personnes prostituées ou homosexuelles). Le critère stigmatisant de la valeur sociale ne sera pas analysé dans ce travail.

L'action sur les comportements à risque peut être soit préventive (information, mesures de prévention, système de bonus), soit répressive individuellement (système de malus, refus ou diminution des prestations, sanctions pénales), soit répressive collectivement (exclusion de certaines pathologies et donc de certains groupes de personnes)¹²⁴⁰. Dans ce travail, ce sont surtout les mesures répressives qui entrent en ligne de compte, et plus particulièrement l'exclusion de la catégorie de risque par un choix de société, ainsi que la réduction ou le refus de prestations dans un cas concret, lorsque le comportement à risque est en lien de causalité avec l'affection. La réduction et le refus de prestations ont notamment été développés dans les assurances sociales (cf. chap. 5). Ils sont fondés sur l'obligation de diminuer le dommage, principe général non écrit des assurances sociales découlant du principe de la bonne foi¹²⁴¹.

L'autre volet concerne l'exclusion de toute une catégorie de personnes ayant un comportement jugé à risque¹²⁴², à l'image de l'évaluation des risques pour les assurances privées. Ceci reviendrait p. ex. à ne pas accorder certains

¹²³⁸ H.J.J. Leenen: "Selectie van patiënten; een onoplosbaar dilemma", TvGR 1987, p. 186; Olivier Guillod / Christoph Andreas Zenger: "Droit de la santé", 1996, pp 173-174.

¹²³⁹ "ein medizinisches System ist keine Strafkammer für abweichendes Verhalten", Günter Feuerstein: "Symbolische Gerechtigkeit", 1998, p. 204.

¹²⁴⁰ Voir aussi Gabriela Riemer-Kafka: "Die Pflicht zur Selbstverantwortung", 1999, pp 30 ss.

¹²⁴¹ Notamment ATF 118 V 116; Gabriela Riemer-Kafka: "Die Pflicht zur Selbstverantwortung", 1999, pp 26 ss.; le principe reste non écrit, même avec l'entrée en vigueur de la LPGA, puisque celle-ci n'en fait pas mention.

¹²⁴² Il s'agit d'une des possibilités de modifier le système, présenté dans Gabriela Riemer-Kafka: "Die Pflicht zur Selbstverantwortung", 1999, p. 325.

traitements aux personnes abusant de l'alcool, de la nicotine, de stupéfiants ou encore à exclure les accidents survenus pendant l'exercice de sports extrêmes. Une telle manière de faire revient à exclure les personnes qui adoptent un certain type de comportement de l'assurance sociale en ce qui concerne les risques liés à ces comportements et de les laisser au bon vouloir des assureurs complémentaires.

La possibilité de sanctionner certains comportements trouve un certain écho dans l'opinion populaire: en effet une étude indique que le traitement du cancer des fumeurs arrive en dernière position dans l'appréciation d'une liste de priorités par les Suisses¹²⁴³. Par contre, une petite majorité de la population (51%) est contre le fait d'accorder une priorité moindre en cas de responsabilité individuelle dans la maladie¹²⁴⁴. En matière de soins, la question des comportements à risque est largement tabou dans les trois pays étudiés dans ce travail, en ce qui concerne le refus de prestations. Par contre, il est souvent mentionné dans une optique de prévention et donc de responsabilisation des personnes.

9.2.3.2 *Egalité de traitement et interdiction de discriminer*

Par la notion de comportement à risque, deux éléments sont visés: le mode de vie et indirectement la situation sociale. L'art. 8 al. 2 Cst. interdit expressément la discrimination sur la base du mode de vie et cette notion va plus loin que celle des préférences sexuelles¹²⁴⁵, elle entre dans la catégorie "protection renforcée" (cf. 9.1.2). Les caractéristiques nécessaires pour qu'un mode de vie soit protégé par l'art. 8 al. 2 Cst. sont son caractère insolite et un élément dépréciatif imposé par la société¹²⁴⁶, mais l'ampleur de cette protection n'est toutefois pas clairement définie. Englobe-t-elle p. ex. les fumeurs? La réponse est plutôt négative, puisque le mode de vie désigne

¹²⁴³ Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, pp 14, 17.

¹²⁴⁴ Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, p. 21.

¹²⁴⁵ A l'origine, l'élément "mode de vie" était destiné à protéger les personnes homosexuelles; cf. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier: "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, p. 512; Jörg Paul Müller: "Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung", 2000, p. 122.

¹²⁴⁶ "Eigenartig", cf. Jörg Paul Müller: "Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung", 2000, p. 122.

essentiellement des comportements tels que le mariage des personnes homosexuelles ou les gens du voyage. Par ailleurs, ce groupe de personnes (fumeurs) n'est actuellement ni exclu, ni mis en marge de la société, mais le jugement de valeur à leur égard devient de plus en plus fort et il n'est pas exclu, à notre sens, que ce groupe de personnes doive un jour bénéficier de la protection renforcée accordée par l'art. 8 al. 2 Cst. Les mêmes considérations sont valables pour les personnes toxicodépendantes.

Pour l'instant, les conditions d'application de l'art. 8 al. 2 Cst. ne semblent pas vraiment remplies pour les fumeurs et pour les personnes alcooliques ou toxicodépendantes. Le critère comportement à risque doit donc être examiné sous l'angle du principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) et les questions suivantes se posent :

- Un comportement à risque correspond-il à une situation objectivement différente?
- Une différenciation dans l'octroi des soins sur cette base est-elle admissible? Peut-elle être justifiée par les coûts de la santé?
- En lien avec le but social et l'accès aux prestations étatiques, y a-t-il des raisons très pertinentes de ne pas accorder des soins à certaines personnes à cause de leur comportement, parce que les ressources sont limitées?

La réponse à la première question ne peut pas être donnée dans l'abstrait, mais seulement pour des comportements donnés (p.ex. fumeurs / non fumeurs). En lien avec l'art. 8 al. 1 Cst., une réponse affirmative devrait être donnée, notamment au regard de l'appréciation très large du Tribunal fédéral, reflétée dans l'arrêt qui admet que les personnes faisant carrière rapidement sont dans une situation différente de celles dont la progression est moins rapide¹²⁴⁷. Par contre, si ce critère devait être examiné à la lumière de l'interdiction de discriminer, c'est-à-dire si un élément dépréciatif chargeait les personnes ayant un tel comportement, cela reviendrait à défavoriser le groupe plus faible, ce qui est justement prohibé par l'art. 8 al. 2 Cst.¹²⁴⁸.

¹²⁴⁷

ATF 121 II 205.

¹²⁴⁸

Dans l'arrêt sur les carrières rapides, la différence de traitement défavorise les plus rapides, donc en principe le groupe plus fort.

La réponse à la deuxième et à la troisième questions dépend essentiellement du contexte économique (cf. 9.1.2). Un traitement différent ne pourrait être admissible à notre sens que si la personne ne modifierait en rien son comportement, alors même que sa poursuite rendrait le traitement inutile. Dans ce cas, le critère comportement à risque devient toutefois un élément de l'appréciation médicale.

9.2.3.3 *Compatibilité avec la LAMal*

La LAMal ne comprend pas de prescription de comportement et ne prévoit pas expressément de réduction de prestations pour faute grave ou pour des actes téméraires, ni, à notre sens, en cas de faute intentionnelle (cf. chap. 5). Par contre, un peu curieusement, l'OPAS permet la réduction pour faute grave pour les traitements ambulatoires destinés aux toxicomanes¹²⁴⁹, mais cette disposition est probablement dénuée de base légale (cf. chap. 5). Une telle disposition se trouve à cheval entre la sanction du comportement individuel et l'exclusion d'une catégorie de personnes (les toxicomanes non dociles). En effet, elle fait référence à un comportement individuel, mais contrairement aux dispositions rédigées en termes généraux (notamment art. 37 LAA), elle vise directement et seulement une catégorie de personnes. Dans le même ordre d'idées, il faut se demander si les prescriptions détaillées de l'OPAS en matière de traitements de l'obésité (plus détaillées que pour d'autres affections) ne visent pas aussi à pénaliser dans une certaine mesure une catégorie de personnes.

La LAMal ne contient pas de base légale en ce qui concerne l'obligation de suivre les prescriptions de nature comportementale données par le médecin en rapport avec un traitement. Par contre, Riemer-Kafka tire cette obligation du principe de diminution du dommage¹²⁵⁰. A notre avis, un autre argument plaide aussi en faveur de l'obligation de suivre des prescriptions de nature comportementale: l'art. 32 LAMal. On peut imaginer qu'un traitement qui serait en principe approprié, c'est-à-dire médicalement utile pour le patient concerné, puisse ne plus l'être si le patient ne modifie pas des habitudes qui risquent d'hypothéquer les chances de succès du traitement.

¹²⁴⁹ "Réductions de prestations admissibles en cas de faute grave de l'assuré", annexe 1 OPAS, 8.

¹²⁵⁰ Gabriela Riemer-Kafka: "Die Pflicht zur Selbstverantwortung", 1999, pp 259-260; cf. aussi Gebhard Eugster: "Krankenversicherung", p. 110.

9.2.3.4 *Compatibilité LAA*

La LAA est très restrictive quant à la réduction des prestations pour soins, puisque seuls les événements causés intentionnellement et les dangers extraordinaires entraînent la suppression des prestations en nature. Les dangers extraordinaires selon la définition LAA sont négligeables. Par ailleurs, lorsqu'un événement est causé intentionnellement, la notion d'accident elle-même est remise en question, puisque l'atteinte involontaire en est une condition (cf. chap. 5). Puisque l'intention doit porter autant sur l'événement dommageable que sur le dommage corporel¹²⁵¹, seules la tentative de suicide et l'automutilation peuvent être à l'origine d'une réduction des prestations en matière de soins, et seulement si la personne avait la capacité de discernement. Ces deux actes ne constituent pas vraiment des comportements à risque au sens de ce qui précède, mais plutôt le résultat d'un processus pathologique. En matière de sports extrêmes p. ex., la tolérance LAA va très loin en ce qui concerne la qualification d'acte téméraire. Par ailleurs, même si un acte était reconnu comme étant téméraire, les prestations en nature ne seraient pas réduites¹²⁵².

9.2.3.5 *Difficulté de définir et d'appliquer le critère*

La description d'un critère comportement à risque est difficile, non seulement parce qu'il faudrait nommer tous ces comportements¹²⁵³, mais aussi parce qu'il faudrait en déterminer l'intensité¹²⁵⁴. Par exemple, à partir de quand considère-t-on quelqu'un comme un fumeur ou comme une personne abusant d'alcool? Le critère comporte un choix arbitraire: si nous pénalisons les fumeurs, faut-il aussi pénaliser les mangeurs de sucreries?

A supposer que le critère soit défini, se pose également la question de la vérification. Le patient a-t-il vraiment arrêté de fumer ou ne fume-t-il

¹²⁵¹ Pour plus de détails, Alexandra Rumo-Jungo: "Die Leistungskürzung oder -Verweigerung gemäss Art. 37-39 UVG", p. 115.

¹²⁵² Sabrina Rohner: "Sports extrêmes et assurance-accidents obligatoire", Sécurité sociale 2000, pp 275 ss.

¹²⁵³ H.J.J. Leenen: "Selectie van patiënten, een onoplosbaar dilemma", TvGR 1987, p. 186.

¹²⁵⁴ Voir, en contre-partie, faire des rabais pour des comportements particulièrement sain(t?)s, cf. Hugh V. McLachlan: "Smokers, virgins, equity and health care costs", Journal of medical ethics 1995, p. 210.

vraiment que trois cigarettes par jour? Ne boit-il vraiment qu'un verre de vin par jour?

Si le comportement à risque est utilisé en tant que motif de réduction ou de refus des prestations d'assurances sociales dans un cas concret, et non pour l'exclusion de toute une catégorie de personnes dont le comportement est jugé à risque, il s'agirait encore de vérifier si les conditions de la faute et du lien de causalité sont remplies, ce qui rend l'application de ce critère vraiment très difficile¹²⁵⁵.

9.3 Les critères sociaux

9.3.1 Charge de famille

9.3.1.1 Explications

Ce critère trouve son origine dans une appréciation intuitive selon laquelle une mère ou un père de famille doit bénéficier de soins en priorité par rapport à d'autres personnes, de manière à pouvoir s'occuper de ses enfants, non seulement dans l'intérêt de ces derniers, mais aussi dans celui de la société¹²⁵⁶. Les mères et leurs enfants ont d'ailleurs toujours eu la première place dans les canots de sauvetage. Plus généralement, ce critère pourrait s'étendre à toute personne ayant quelqu'un à charge.

Le critère charge de famille ne concerne pas du tout la personne en tant que telle¹²⁵⁷, mais le rôle qu'elle joue pour d'autres, son utilité pour le proche entourage et la fonction stabilisatrice qu'a la famille dans la société. L'importance de la famille pour la société a été reconnue sous la forme d'un but social à l'art 41 al. 1 lit. c Cst.¹²⁵⁸.

Si le but du critère est de garantir le développement de l'enfant, seuls les enfants à charge seront pris en compte pour apprécier s'il y a charge de

¹²⁵⁵ Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, p. 336.

¹²⁵⁶ René Meier: "Sécurité sociale et solidarité", Sécurité sociale 1999, p. 61.

¹²⁵⁷ H.J.J. Leenen: "Selectie van patiënten, een onoplosbaar dilemma", TvGR 1987, p. 187.

¹²⁵⁸ Selon Tschudi, toute la législation doit être orientée sur la protection et l'encouragement de la famille, cf. Hans Peter Tschudi: "Die Sozialziele der neuen Bundesverfassung", SZS 1999, pp 370-371.

famille ou non, nous parlerons alors de charge de famille au sens étroit. Par contre, si l'utilité pour la société est déterminante, il faudra aussi englober les personnes handicapées et les personnes âgées, peu importe le lien de famille qu'elles ont avec le soutien; nous parlerons alors de charge de famille au sens large. Il s'agira encore de définir jusqu'à quel âge les enfants doivent être pris en compte et les conditions qui doivent être remplies pour que les personnes âgées ou handicapées soient prises en considération.

Il n'est guère imaginable de voir un jour le critère de charge de famille en tant que condition abstraite à l'obtention de soins. Il s'agirait plutôt d'un critère de fixation de priorités dans une situation concrète¹²⁵⁹, mais prévue à l'avance en tant que possibilité.

9.3.1.2 *Egalité de traitement et interdiction de discriminer*

Le critère "charge de famille" au sens étroit distingue notamment les personnes ayant des enfants par rapport à celles qui n'en ont pas. Il pourrait donc y avoir un risque de discrimination sur la base du mode de vie (p.ex.: personnes sans enfants, personnes seules)¹²⁶⁰ expressément mentionné dans l'art. 8 al. 2 Cst. et entrant dans la catégorie "protection renforcée". Indirectement, il y a également une discrimination par rapport à l'âge¹²⁶¹. Par contre, si le critère est pris au sens large, il n'y aurait pas à notre sens de discrimination, puisque cela ne concernerait pas un mode de vie au sens de l'art. 8 al. 2 Cst, et seule la compatibilité avec l'art. 8 al. 1 Cst. devrait être examinée.

Les questions suivantes doivent être examinées sous l'angle de l'art. 8 al. 1 Cst. à moins que le critère ne soit pris au sens étroit, ce qui impliquerait qu'elles doivent être examinées à la lumière de l'interdiction de discriminer:

- Le fait d'avoir une ou plusieurs personnes à charge correspond-il à une situation objectivement différente?

1259

En rapport avec la fixation de priorités en matière de listes d'attente aux Pays-Bas, de Groot estime qu'il s'agit du moins mauvais des critères non médicaux, cf. G.R.J. de Groot: "Wachlijsten in de gezondheidszorg", TvGR 1996, p. 65.

1260

Sous réserve de ce qui a été dit sous 9.2.3.2.

1261

H.J.J. Leenen: "Selectie van patiënten; een onoplosbaar dilemma", TvGR 1987, p. 187.

-
- Une différenciation dans l'octroi des soins sur cette base est-elle admissible? Peut-elle être justifiée par les coûts de la santé?
 - En lien avec le but social et l'accès aux prestations étatiques, y a-t-il des raisons très pertinentes d'accorder moins de soins à des personnes qui n'ont personne à charge?

Des différences de traitement selon le statut familial ont déjà été admises par le Tribunal fédéral¹²⁶². En matière d'impôts, les personnes ayant quelqu'un à charge, peu importe le lien de famille, bénéficient de déductions spéciales. Il est probable qu'une telle différenciation, si elle est basée sur le critère au sens large, constitue une situation de fait objectivement différente. Par ailleurs, certaines assurances sociales prévoient également un traitement particulier en faveur des personnes à charge, mais le plus souvent basé sur un lien de famille (p. ex. bonus éducatif, rentes de survivants).

Les réponses aux deuxième et troisième questions dépendent largement du degré de pénurie des ressources (cf. 9.1.2). Pour la troisième question, il faut préciser qu'au but social relatif aux soins viendrait s'ajouter le but social de protection de la famille (art. 41 al. 1 lit. c Cst.).

9.3.1.3 *Compatibilité avec la LAMal*

En matière de prestations, la LAMal ne fait aucune distinction en fonction de la situation familiale. La loi est orientée sur la maladie du patient et les soins correspondants. Une différenciation des prestations en rapport avec la charge de famille ne serait pas compatible avec l'esprit de la loi telle qu'elle se présente actuellement.

Par contre, la LAMal opère une distinction en fonction de la situation familiale en ce qui concerne la contribution aux frais de séjour hospitalier (art. 64 al. 5 LAMal). L'art. 104 al. 2 OAMal prévoit que la contribution est supprimée pour les personnes vivant en ménage commun avec une ou plusieurs personnes avec lesquelles elles ont une relation relevant du droit de la famille. Ce privilège, formulé ainsi, est choquant car, non seulement il rend nécessaire un lien relevant du droit de la famille, ce qui peut représenter

¹²⁶²

La différenciation entre concubins et personnes mariées a été admise par le Tribunal fédéral en matière d'imposition, mais avant l'introduction de la disposition sur l'interdiction de discriminer, cf. ATF 118 la 5.

une discrimination sur la base du mode de vie, mais il englobe également le couple sans enfants et dans lequel les deux partenaires exercent une activité lucrative. Pour ce dernier élément, il faut d'ailleurs se demander si l'art. 104 al. 2 lit. a OAMal correspond bien à la base légale donnée à l'art. 64 al. 5 LAMal qui parle clairement de charge de famille et présuppose par conséquent qu'il y ait au moins une personne à charge.

9.3.1.4 Compatibilité avec la LAA

En matière de rentes de survivants, la LAA accorde des prestations aux personnes qui ont un lien de famille étroit avec l'assuré; en ce sens, elle correspond aussi au but social de protection de la famille. Par contre, en matière de soins, le but est orienté sur le patient et sa capacité de gain. Aucune distinction en rapport avec la charge de famille n'est faite dans la LAA en ce qui concerne les soins, et cela ne serait d'ailleurs pas compatible avec l'esprit de la loi.

9.3.1.5 Difficulté de définir et d'appliquer le critère

L'énoncé du critère est moins simple qu'il n'y paraît à première vue, car il y a des choix à faire. Le critère englobe-t-il toute personne à charge ou seulement les enfants? Pour les enfants, jusqu'à quel âge? Une fois le critère déterminé, l'application est relativement simple, puisqu'il est facile de déterminer si la personne a des enfants et de quel âge ou, en se basant p. ex. sur la déclaration fiscale, si elle a d'autres personnes à charge.

Si le critère est formulé de manière large et n'englobe pas que les parents ayant un enfant à charge, les choix dans un cas concret de comparaison pourraient conduire au dilemme suivant: deux lits de chimiothérapie, mais trois patients: 1 personne seule âgée de 18 ans, un fils vivant en ménage commun avec sa mère de 96 ans et 1 mère de deux enfants de moins de 16 ans. Il faudrait alors que les priorités à donner dans un tel cas soient fixées à l'avance.

9.3.2 Capacité de travail

9.3.2.1 Explications

Le critère de la capacité de travail ne vise ni la personne elle-même, ni le rôle qu'elle joue pour des proches, mais sa contribution à la bonne marche de la société et à la prise en charge de ses propres besoins¹²⁶³. Son application dans le domaine des soins pourrait impliquer que des soins plus rapides ou de meilleure qualité seraient octroyés aux personnes capables de travailler, dans l'optique de permettre une réinsertion plus rapide et de limiter notamment les coûts d'autres assurances sociales (perte de gain). Ce critère peut paraître choquant, puisque la valeur de l'être humain est en quelque sorte mesurée en fonction de sa productivité. Il est bon de se remémorer la phrase d'un poète anglais (aveugle): "*They also serve who only stand and wait*"¹²⁶⁴, qui rappelle que la valeur de l'être humain est intrinsèque et non dans ce qu'il fait. Le critère capacité de travail fait référence à une société où chacun reçoit selon son mérite de productivité. En ce sens, il se rapproche des situations de triage, dans lesquelles il s'agissait de garantir l'efficacité de la machine de guerre en donnant les soins aux personnes présentant les meilleures chances de pouvoir reprendre le combat¹²⁶⁵.

Le critère de la capacité de travail comprend trois aspects: la capacité de travail réelle, au sens strict et au sens large, et la capacité de travail potentielle. La capacité de travail réelle au sens strict implique l'exercice d'une activité lucrative. La capacité de travail réelle au sens large comprend également l'activité de la personne qui s'occupe du ménage et d'autres activités qui ne sont pas forcément lucratives (p.ex. le moine ou l'artiste indépendant). La capacité de travail réelle est concernée chaque fois qu'une mesure a pour but d'assurer la reprise du travail. Au sens étroit, elle est en lien avec les assurances perte de gain, mais aussi avec les coûts des absences pour l'employeur¹²⁶⁶. La capacité de travail potentielle concerne la possibilité théorique qu'a une personne de pouvoir effectuer une activité manuelle et intellectuelle. Cet aspect pourrait entrer en ligne de compte dans les modèles d'appréciation de la qualité de vie examinés plus haut. Nous nous limiterons ici à la capacité de travail réelle au sens strict et au sens large. Celle-ci peut se

1263

G.R.J. de Groot: "Wachlijsten in de gezondheidszorg", TvGR 1996, p. 67.

1264

Milton 1652: sonnet XIX.

1265

John Harris: "Unprincipled QALYs: a response to Cubbon", *Journal of medical ethics* 1991, p. 187.

1266

G.R.J. de Groot: "Wachlijsten in de gezondheidszorg", TvGR 1996, p. 66.

référer au passé / présent ou au futur (recouvrement de la capacité de travail du fait du traitement).

Les assurances sociales font souvent référence au critère de la capacité de travail, notamment pour toutes les branches dont le but est d'assurer la continuation ou la reprise de l'activité lucrative (LAA, LAI), essentiellement pour les prestations de perte de gain. Dans l'AI, il est employé pour les moyens auxiliaires (art. 21 LAI)¹²⁶⁷ et les mesures médicales (art. 12 LAI). Ces dernières ne sont prises en charge que si elles visent à améliorer ou préserver la capacité de gain de la personne invalide.

La Recommandation du Conseil de l'Europe concernant les listes d'attente interdit la prise en considération du statut socio-économique¹²⁶⁸. Elle relève également le risque, lorsque les listes d'attente sont trop longues, de voir apparaître des raccourcis destinés à faciliter l'accès des employés aux soins (cf. notamment aux Pays-Bas, chap. 6).

9.3.2.2 *Egalité de traitement et interdiction de discriminer*

A notre avis, le critère de la capacité de travail fait référence à la situation sociale de la personne qui tombe sous l'interdiction de discriminer¹²⁶⁹. Il faut toutefois rappeler que l'aspect collectif est très important pour que l'art. 8 al. 2 Cst. entre en ligne de compte. L'exclusion des chômeurs p. ex. pourrait donc constituer une discrimination sur la base de la situation sociale, prohibée par l'art. 8 al. 2 Cst. Par contre, le Tribunal fédéral n'a pas considéré le refus de renouveler l'autorisation de séjour d'une personne invalide à 60 % et sans travail, pour le motif qu'elle n'a plus d'activité lucrative et donc qu'il n'y a plus de raison d'octroyer une autorisation de séjour, sous l'angle de la "situation sociale", mais seulement sous l'angle de la déficience corporelle ou

¹²⁶⁷ Voir notamment ATF 115 V 199, 117 V 271.

¹²⁶⁸ Recommandation du Comité des Ministres sur les critères de gestion des listes d'attente et des délais d'attente des soins de santé R (99) 21, annexe 1, p. 3: "ces critères doivent être tels que le besoin et l'urgence ne soient jamais déterminés par des considérations de race, de sexe, de religion ou de statut socio-économique".

¹²⁶⁹ "Sic (die soziale Stellung) bestimmt sich durch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die unterschiedliche Stellung im wirtschaftlichen Wettbewerb", cf. Jörg Paul Müller: "Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung", 2000, p. 116.

physique¹²⁷⁰. Il nous semble toutefois que les personnes incapables de travailler du fait d'une invalidité constituent un groupe nécessitant une protection spéciale au sens de l'art. 8 al. 2 Cst.¹²⁷¹, et qu'elles constituent en quelque sorte un sous-groupe combinant deux critères: celui des déficiences psychiques et physiques et celui de la situation sociale. Par ailleurs, le critère de la capacité de travail au sens étroit entraîne aussi une discrimination indirecte sur la base de l'âge¹²⁷².

Si la capacité de travail est interprétée dans un sens étroit, il faut encore mentionner une autre difficulté que comporte ce critère, celle de distinguer le travail rémunéré du travail non rémunéré et ce, au détriment notamment des ménagères, des artistes, des bénévoles et des moines. Le critère de la capacité de travail au sens étroit correspondrait alors à un jugement de valeur de la société selon lequel le travail rémunéré a une valeur supérieure. Notamment en ce qui concerne les ménagères, des corrections sont faites, dans le cadre de la LAI, en vue d'égaliser les statuts¹²⁷³.

Si la personne concernée est incapable de travailler du fait d'un handicap, elle bénéficie d'une protection très renforcée et il faudrait des raisons particulièrement pertinentes (d'ordre biologique ou fonctionnel) pour justifier un traitement différent¹²⁷⁴. Les autres cas doivent actuellement être considérés sous l'angle du principe de l'égalité de traitement, mais sans exclure tout à fait le risque de discrimination sur la base de la situation sociale, notamment en ce qui concerne la capacité de travail au sens étroit; les questions suivantes doivent être posées:

- Le fait d'être capable de travailler correspond-il à une situation objectivement différente?

1270 ATF 126 II 397; le Tribunal fédéral n'analyse la situation que sous l'angle des "déficiences physiques et psychiques" et arrive à la conclusion qu'il n'y a pas de discrimination dans ce cas concret.

1271 Cf. aussi le commentaire de l'arrêt par Christoph Mettler / Simon Bangerter, AJP 2001, p. 588, dans lequel la citation d'un extrait du Tages Anzeiger est révélatrice à ce sujet: "Wer invalid wird, der soll wieder gehen", p. 593.

1272 Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 122.

1273 ATF 117 V 273 et 122 V 21: les deux arrêts visent une égalisation des conditions relatives aux ménagères dans la LAI avec celles relatives aux personnes exerçant une activité lucrative.

1274 Ceci semble toutefois en contradiction avec l'ATF 126 II 397; notre avis est également partagé par Christoph Mettler / Simon Bangerter dans leur commentaire de l'ATF 126 II 397, AJP 2001, pp 588 ss.

- Une différenciation dans l'octroi des soins sur cette base est-elle admissible? Peut-elle être justifiée par les coûts de la santé?
- En lien avec le but social et l'accès aux prestations étatiques y a-t-il des raisons particulièrement pertinentes d'accorder moins de soins aux personnes incapables de travailler?

Les personnes exerçant une activité professionnelle sont déjà considérées comme se trouvant dans une situation différente, notamment par la plupart des assurances sociales. Par contre, le critère concerne en général des prestations directement liées à une perte de la capacité de travail, ce qui n'est pas le cas en matière de soins¹²⁷⁵. Les réponses aux questions deux et trois dépendent du degré de pénurie des ressources (cf. 9.1.2); elles doivent être pensées par rapport à la cohérence du système social en général, notamment en ce qui concerne les assurances perte de gain¹²⁷⁶.

9.3.2.3 *Compatibilité avec la LAMal*

Le système ne prévoit aucun lien avec la capacité de travail, mis à part pour l'assurance facultative d'indemnités journalières qui ne fait pas l'objet de ce travail¹²⁷⁷. Actuellement, les mesures de contrôle des coûts prescrites par la LAMal n'occasionnent pas encore de longues listes d'attente. Si cela devrait être le cas, il est probable que surgirait une tendance à vouloir favoriser les employés, comme aux Pays-Bas.

Curieusement, le Tribunal fédéral a considéré, dans un cas particulier, que la capacité de travail était un facteur déterminant pour l'octroi de soins à domicile dont le coût était 3.5 fois supérieur à celui du forfait EMS (cf. 5.6.3.6)¹²⁷⁸. En l'occurrence, les soins à domicile permettaient à l'assurée de poursuivre son activité lucrative. L'argument du Tribunal fédéral consiste à dire que si l'assurée se voyait empêchée de travailler, elle subirait non seulement une diminution significative de sa qualité de vie, mais encourrait également le risque d'une détérioration de son état physique et psychique.

¹²⁷⁵ L'arrêt présenté sous 9.3.2.3 semble toutefois relativiser quelque peu ce point.
¹²⁷⁶ Leenen met toutefois en garde contre la prévalence des intérêts économiques dans ce domaine, cf. H.J.J. Leenen: "Handboek Gezondheidsrecht - Deel I - Rechten van mensen in de gezondheidszorg", 1994, p. 105.
¹²⁷⁷ Voir à ce propos RAMA 1989, p. 43.
¹²⁷⁸ ATF 126 V 334.

9.3.2.4 *Compatibilité avec la LAA*

La capacité de travail, respectivement le recouvrement ou le maintien de celle-ci, est le fondement même de la LAA. Elle est à interpréter dans un sens strict, c'est-à-dire la capacité d'exercer une activité lucrative, en principe dépendante. Elle ne concerne donc ni les personnes effectuant une activité ménagère, ni les moines¹²⁷⁹. Par contre, l'art. 3 al. 5 LAA prévoit que des règles spéciales doivent être établies pour les personnes bénéficiant de prestations de l'assurance-chômage¹²⁸⁰.

Les prestations pour soins sont également guidées par la réintégration et le maintien de l'activité lucrative, même si cela n'est pas clairement exprimé dans l'art. 10 LAA¹²⁸¹. Ce lien est expressément fait dans l'art. 21 al. 1 lit. b et c qui traite de la prise en charge, respectivement de la non-prise en charge d'un traitement médical après fixation d'une rente d'invalidité¹²⁸², c'est-à-dire après la perte durable de la capacité de gain.

9.3.2.5 *Difficulté de définir et d'appliquer le critère*

La définition de la capacité de travail au sens de la LAA, c'est-à-dire dans un sens très étroit, est relativement aisée, mais elle ne vise, à quelques exceptions près, que les activités dépendantes rémunérées. La définition de la capacité de gain au sens de la LAI est déjà plus difficile, puisqu'elle prend aussi en compte l'activité au foyer. Plus le critère est défini de manière large, plus il est difficile de déterminer qui fait partie de la catégorie déterminée et, donc, plus l'application en devient difficile.

1279 A moins qu'ils n'exercent une activité lucrative à l'extérieur de leur communauté, cf. art. 1a al. 3 OLAA.

1280 Selon l'ordonnance sur l'assurance-accidents des personnes au chômage, les personnes qui satisfont aux conditions fixées sont assurées dans le cadre de la LAA, donc aussi pour les soins.

1281 Alfred Maurer: "Schweizerische Unfallversicherung", 1989, p. 274.

1282 ATF 124 V 5.

9.3.3 Capacité financière

9.3.3.1 Explications

Un critère de capacité financière au sens propre du terme reviendrait à fixer des limites minimales ou maximales de revenu ou de fortune déterminantes pour avoir accès aux soins. Il y a peu de chances de trouver un critère aussi direct en matière de soins, en tout cas en ce qui concerne une limite minimale de revenu. Une limite maximale de revenu est déjà plus imaginable, comme p. ex. celle qui est fixée pour avoir accès à l'assurance-maladie sociale aux Pays-Bas.

La capacité financière est plutôt visée de manière indirecte, par l'introduction de mécanismes créant grossièrement deux catégories de personnes: celles qui peuvent payer et celles qui ne le peuvent pas. Ces mécanismes sont p. ex.:

- Un soin qui ne peut être obtenu que moyennant paiement (p. ex. opération de changement de sexe moyennant paiement de £ 8'000 au Royaume-Uni¹²⁸³);
- La fixation d'une franchise / quote-part insupportable pour les assurés et qui empêcherait certaines personnes d'aller consulter;
- La suppression du caractère obligatoire de l'assurance sociale ou de l'accès gratuit pour tous à un système de soins étatiques ou la création d'une assurance par modules dont seule une petite partie serait obligatoire¹²⁸⁴ ou encore d'une assurance ne couvrant que les gros risques¹²⁸⁵.

Le critère de la capacité financière, même indirect, exprime ouvertement ce qui est communément appelé la médecine à deux vitesses et fait référence à

¹²⁸³ R v. North West Lancashire Health Authority, ex parte A, D and G, Med.L.Rev. 2000, pp 129 ss, exposé dans le chap. 7.

¹²⁸⁴ Bernard Bärtschi: "Le consentement éclairé en situation de rationnement", Médecine & Hygiène 2001, p. 625; l'auteur confronte des propositions d'assurance par modules aux concepts de justice et d'autonomie.

¹²⁸⁵ A ce titre, l'initiative "pour des coûts hospitaliers moins élevés" (initiative Denner) a été rejetée par le peuple suisse à 82.1%, FF 2000 1078, cf. aussi Bernd Schips: "Wäre die Beschränkung der obligatorischen Krankenversicherung auf (definierte) Grossrisiken ein möglicher Beitrag zur Kostensenkung im Gesundheitswesen?", SZS 2000, pp 202 ss.

une conception de la société selon laquelle chacun reçoit selon son mérite et ses prestations économiques¹²⁸⁶. Le système social et notamment les assurances sociales sont justement destinés en principe à corriger cette réalité¹²⁸⁷. Dans ce chapitre, ce critère ne sera examiné que dans le sens où plus de soins seraient accordés à des personnes ayant une capacité financière plus forte et non le contraire.

9.3.3.2 *Egalité de traitement et interdiction de discriminer*

L'interdiction de discriminer sur la base du statut social est expressément mentionnée dans l'art. 8 al. 2 Cst. et vise directement la capacité économique des personnes¹²⁸⁸. L'art. 2 al. 1 du Pacte II prohibe expressément toute discrimination sur la base de la fortune¹²⁸⁹. Ces dispositions ne visent pas à abolir l'économie de marché avec les différences qui lui sont inhérentes, mais interdisent d'utiliser ces différences en tant que critères provoquant des inégalités dans d'autres domaines¹²⁹⁰.

Le critère de la capacité financière doit être examiné à la lumière de l'interdiction de discriminer et les questions suivantes se posent:

- Le fait d'avoir une capacité économique plus ou moins forte correspond-il à une situation objectivement différente?
- Une différenciation dans l'octroi des soins sur cette base est-elle admissible? Peut-elle être justifiée par les coûts de la santé?
- En lien avec le but social et l'accès aux prestations étatiques, y a-t-il des raisons particulièrement pertinentes d'accorder moins de soins à des personnes dont la capacité financière est moindre?

¹²⁸⁶ Thomas Fleiner-Gerster: "Allgemeine Staatschre", 1995, pp 437-438; l'auteur expose notamment la théorie de Spencer qui conduit finalement à l'acceptation que le plus fort reçoit plus que le plus faible.

¹²⁸⁷ Sur les fonctions de redistribution, cf. notamment Pierre Gilliard: "La protection sociale en Suisse et son financement", Aspects de la sécurité sociale 1997, pp 21-22.

¹²⁸⁸ Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier: "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, p. 510.

¹²⁸⁹ Il faut rappeler que les dispositions du Pacte II ont un effet direct (cf. chap. 2).

¹²⁹⁰ Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 424.

La réponse à la première question est positive, car il s'agit d'une donnée de fait, objective et même mesurable. Par contre, une différenciation sur la base de ce critère, avec le risque de discrimination qui y est lié, n'est en principe pas admissible en matière de soins, car elle reviendrait à défavoriser le groupe spécialement protégé, ce qui n'est pas le cas notamment pour les distinctions faites en matière d'impôts et qui conduisent à charger de manière plus lourde les personnes à haut revenu¹²⁹¹.

Concernant la troisième question, il faut relever que le critère de la capacité financière touche l'essence même de l'égalité d'accès aux prestations étatiques, la raison d'être de ce concept¹²⁹². Pour cette raison, nous pensons que, même en situation de grave pénurie de ressources, le critère de la capacité financière ne peut justifier le fait d'accorder moins de soins à ceux qui ont moins de moyens.

9.3.3.3 *Compatibilité LAMal*

La LAMal comporte déjà certains éléments qui prennent en compte la capacité financière des assurés. Elle prévoit la possibilité de prélever une franchise auprès des assurés, sans qu'une limite supérieure ne soit fixée dans la loi (art. 64 al. 2 LAMal), de les faire participer aux coûts à raison d'une quote-part et de refuser la prise en charge de certains actes, notamment par la liste négative des prestations. Ces mesures ont essentiellement été prises pour responsabiliser les assurés quant aux coûts de la santé¹²⁹³.

Concrètement, ces mesures ont un effet différent sur les personnes en fonction de leur capacité financière, ce qui est en principe incompatible avec le renforcement de la solidarité entre personnes ayant des revenus différents, voulu pour la LAMal¹²⁹⁴. Les garde-fous contre l'utilisation accrue du critère de la capacité financière ne sont pas suffisants, puisque la franchise pourrait

¹²⁹¹ Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier: "Droit constitutionnel suisse volume II - Les droits fondamentaux", 2000, p. 491.

¹²⁹² La solidarité a justement pour effet que même si les personnes économiquement fortes financent une grande partie de ces prestations, elles n'en bénéficieront pas plus que les personnes économiquement plus faibles, cf. notamment René Meier: "Sécurité sociale et solidarité", Sécurité sociale 1999, p. 61.

¹²⁹³ FF 1992 I, pp 108-109.

¹²⁹⁴ FF 1992 I, p. 109; il faut relever que le Message ne parle pas de réaliser la solidarité entre personnes à revenus différents, mais juste de la renforcer.

être massivement augmentée¹²⁹⁵ et les prestations prises en charge (principe de liste) drastiquement réduites. Une franchise élevée et la réduction des listes de prestations prises en charge réduiraient l'accès aux soins aux personnes ayant peu de moyens.

9.3.3.4 Compatibilité LAA

La LAA ne prévoit ni prélèvement de franchise, ni quote-part. Elle permet l'établissement d'une liste de prestations prises en charge (art. 10 al. 3 LAA), mais une telle liste n'a jamais été établie. La limite de salaire fixée par la loi est une limite maximale qui concerne surtout le montant des primes et les prestations en espèces. Les personnes dont le salaire dépasse ce revenu sont néanmoins assurées, contrairement à ce qui se passe aux Pays-Bas en matière d'assurance-maladie, mais les prestations en espèces sont plafonnées. La capacité financière n'a donc aucune influence sur les prestations de soins dans la LAA.

9.3.3.5 Difficulté de définir et d'appliquer le critère

Les éléments faisant intervenir le critère de la capacité financière de manière indirecte sont relativement faciles à définir, puisqu'il suffit de limiter le catalogue des prestations, d'élever le montant de la franchise ou de supprimer le caractère obligatoire de l'assurance. Ils sont également faciles à appliquer, de par leur caractère très objectif, indépendant de caractéristiques de la personne elle-même.

Un critère direct de capacité financière serait également facile à définir, puisqu'il suffirait de fixer une limite chiffrée relative au revenu ou à la fortune. Par contre, l'application d'un tel critère pourrait se révéler plus difficile, notamment pour les personnes qui n'exercent pas une activité lucrative dépendante.

¹²⁹⁵

Seule la quote-part est limitée par la loi, cf. art. 64 LAMal.

9.4 Les critères relatifs aux prestations

9.4.1 Limitation du catalogue des prestations

9.4.1.1 Explications

Le but d'un catalogue de prestations est de définir avec précision les soins auxquels chaque personne a droit et ceux auxquels elle n'a pas droit, en principe sans discrimination entre les personnes. Généralement, ceci se fait par le biais d'une liste de diagnostics (p.ex. Oregon, liste des maladies professionnelles de la LAA) ou d'une liste de prestations ou de traitements (p. ex. la LAMal, mais aussi d'autres assurances sociales¹²⁹⁶). Ces listes peuvent être négatives ou positives, c'est-à-dire énumérer les prestations non prises en charge ou, au contraire, celles qui le sont. La limitation du catalogue des prestations est l'expression d'une décision selon laquelle tout traitement n'est pas prioritaire et ne relève pas forcément de l'assurance sociale (p. ex. FIVETE en Suisse, opération de changement de sexe au Royaume-Uni). Les listes posent le problème de la flexibilité dans le cas concret et ne permettent pas vraiment la prise en compte de l'individualité du patient.

La fixation d'une liste contenant les priorités de traitement semble souhaitée par l'opinion de la population suisse; ceci ressort notamment d'une étude d'opinion concernant les priorités à fixer dans un catalogue de diagnostics / prestations, avec l'hypothèse de base que les ressources sont insuffisantes pour tout traiter¹²⁹⁷. Une des affections psychiatriques les plus connues (schizophrénie) arrive par exemple en avant-dernière position¹²⁹⁸, juste avant le traitement du cancer chez les fumeurs. Par ailleurs, une petite majorité de la population (51%) favorise les soins palliatifs plutôt que la transplantation cardiaque¹²⁹⁹.

¹²⁹⁶ AI: liste des infirmités congénitales (liste de diagnostics) RS 831.232.21; AI: liste des moyens auxiliaires (liste de prestations) RS 831.232.51; LAA: liste des moyens auxiliaires (liste de prestations) RS 832.205.12.

¹²⁹⁷ Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, p. 14.

¹²⁹⁸ Ceci pose question quant à l'information de la population en matière de psychiatrie, puisque le traitement de cette affection est placé juste avant une affection influencée par un comportement à risque.

¹²⁹⁹ Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, p. 23.

Cette dernière question évoque notamment le problème des médecines coûteuses. En Suisse, l'affaire Novo Seven a fait couler beaucoup d'encre à la fin des années 90¹³⁰⁰. Le Novo Seven est un médicament pour hémophiles prévenant des hémorragies lors d'interventions chirurgicales (qui n'a donc pas d'effet curatif) et qui coûte plusieurs centaines de milliers de CHF par application. La question qui était posée: dans un contexte de ressources limitées, est-il juste d'hypothéquer d'autres prestations de soins en prenant en charge des traitements au Novo Seven?

Dans une certaine mesure, les assurances par modules pourraient également être considérées comme une limitation du catalogue des prestations prises en charge, p. ex. si seuls les frais d'hospitalisation devaient faire partie du module de base. La limitation du catalogue des prestations peut également consister en un choix délibéré de ne pas prendre en charge une catégorie de prestations, p. ex. les soins dentaires en Suisse.

9.4.1.2 Egalité de traitement et interdiction de discriminer

Les listes de prestations visant justement l'égalité d'accès, il s'agit essentiellement d'examiner s'il existe un risque de discrimination de certains groupes de personnes. La liste de questions ébauchées pour tous les critères précédents n'a pas sa raison d'être ici, comme d'ailleurs pour les deux autres critères relatifs aux prestations.

Si le catalogue de prestations est limité de la même manière pour tout le monde, il n'y a pas de discrimination de certains groupes de personnes, le but étant justement de déterminer quelles sont les prestations prises en charge pour tous. Le seul véritable risque de discrimination consisterait à exclure systématiquement les affections propres à certains groupes de personnes déjà situées en marge de la société (p.ex. les toxicomanes ou les personnes souffrant d'affections psychiatriques). A ce titre, les listes d'affections présentent plus de risques que les listes de traitements. En Oregon, ce n'est que dans un deuxième temps que les affections psychiatriques ont été intégrées dans la liste (cf. 8.4.1). Il faudrait alors examiner si cela correspond à une discrimination des personnes à cause de leur mode de vie, ce qui est en principe interdit par l'art. 8 al. 2 Cst. Par ailleurs, le risque de discrimination

1300

L'affaire est notamment relatée par Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, pp 18-19 et Sibylle Schürch: "Rationierung in der Medizin als Straftat", 2000, pp 62-63.

indirecte sur la base de la capacité financière a déjà été mentionné plus haut et ne sera pas analysé plus en détail ici.

L'accès aux prestations étatiques existantes est strictement soumis au principe de l'égalité de traitement. Le critère examiné ici satisfait en principe à cette condition, puisque les prestations prises en charge sont justement déterminées de manière à pouvoir être accessibles à tous. Par contre, ce droit ne signifie pas que les prestations étatiques peuvent être étendues sans autre; elles sont limitées à la mesure des capacités de l'institution¹³⁰¹. Si les autorités ont correctement rempli la tâche qui leur incombe en vertu du but social de mise à disposition des soins, et qu'il n'y a pas d'inégalité de traitement entre personnes à l'intérieur du groupe "prestations prises en charge", le critère de limitation du catalogue de prestations est en principe compatible avec le principe de l'égalité de traitement.

9.4.1.3 *Compatibilité LAMal*

La LAMal est fondée sur le principe de liste¹³⁰² qui est un des outils majeurs de contrôle des coûts. La liste est basée sur les critères d'efficacité et d'économicité. Il n'y a pas actuellement de tendance à exclure systématiquement les prestations médicales coûteuses (cf. 5.7)¹³⁰³. Les quelques risques de discrimination qui se trouvent dans l'annexe 1 de l'OPAS ont déjà été relevés dans ce travail (toxicomanie, obésité) et, en ce qui concerne la toxicomanie, la compatibilité de la disposition concernée avec la LAMal nous semble douteuse (cf. 5.6.4.4).

9.4.1.4 *Compatibilité LAA*

L'art. 10 al. 3 LAA donne expressément la compétence au Conseil fédéral de déterminer quelles sont les prestations couvertes, c'est-à-dire de fixer une liste. Cela n'a

¹³⁰¹ ATF 117 Ib 395; 121 V 230-231.

¹³⁰² ATF 125 V 29.

¹³⁰³ Gebhard Eugster: "Krankenversicherung", p. 90; Félix Gurtner: "Réflexions de principe sur le financement des mesures médicales coûteuses", Sécurité sociale 2000, pp 197 ss.

jamais été fait¹³⁰⁴, mis à part pour les maladies professionnelles. Pour ces dernières, il faut avant tout relever l'absence de toute maladie due au stress professionnel.

9.4.1.5 Difficulté de définir et d'appliquer le critère

La détermination des prestations prises en charge n'est pas aisée puisqu'elle doit reposer sur des éléments objectifs à la fois médicaux et économiques. En principe ce sont les analyses coûts / bénéfice (ou efficacité ou utilité) qui apporteront ces éléments objectifs. Le critère est facile à appliquer une fois que les choix concernant les prestations à prendre en charge sont faits. Il suffit alors d'établir une liste positive, négative ou un mélange des deux comme en Suisse. Dans ce dernier cas, l'application est toutefois plus difficile, du fait de l'incertitude créée.

9.4.2 Listes d'attente

9.4.2.1 Explications

La liste d'attente doit être considérée différemment selon qu'il s'agit d'une simple liste chronologique, dans laquelle seule la date de l'inscription est importante, ou d'une liste qui comporte des critères médicaux ou non, déterminant l'accès ou le rang¹³⁰⁵. Dans le premier cas, il s'agit de la concrétisation d'une non-décision dans une situation de pénurie alors que le deuxième cas comporte une démarche de fixation de priorités par des critères¹³⁰⁶ (cf. p. ex. la Nouvelle-Zélande, 8.4.2). Ce ne sont pas des critères d'accès aux soins qui sont en jeu ici, mais des critères servant à définir la place, respectivement la décision de placer sur la liste d'attente. Les critères d'inscription peuvent être tous ceux évoqués dans ce chapitre. Ce n'est donc pas sous cet angle que nous examinerons la liste d'attente, mais plutôt sur le principe même d'une telle liste.

1304 ATF 123 V 64.

1305 Pour un exposé de ces critères en rapport avec les listes d'attente, cf. notamment H.J.J. Leenen: "Selectie van patiënten; een onoplosbaar dilemma", Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1987, pp 179 ss.

1306 Voir notamment, Recommandation du Comité des Ministres sur les critères de gestion des listes d'attente et des délais d'attente des soins de santé R (99) 21.

La liste d'attente temporelise la réponse aux besoins individuels¹³⁰⁷ puisque les patients pour lesquels une décision de traitement a été prise pourront bénéficier de ce traitement, mais pas immédiatement. L'inscription sur la liste d'attente correspondant à l'engagement de traiter un jour le patient¹³⁰⁸, il ne s'agit pas d'un critère de rationnement pur au sens de la définition donnée. Plus que d'un refus de traitement, il s'agit donc d'un retardement de l'accès aux soins¹³⁰⁹. Par contre, plus le délai est important, plus il peut à notre sens être assimilé à une situation de rationnement, car il ne s'agit plus d'une simple petite incommodité touchant au confort du patient, mais d'une menace pour sa santé, voire sa vie et d'un facteur de souffrance supplémentaire (cf. chap. 6 et 7).

Le phénomène des listes d'attente est particulièrement aigu dans les pays qui ont fixé des limites de l'offre au niveau macroscopique telles qu'elles entraînent un déséquilibre durable ou temporaire entre l'offre et la demande. Il est observé notamment aux Pays-Bas et au Royaume-Uni et dans ces pays, le manque croissant de personnel qualifié ne fait qu'accentuer le problème.

9.4.2.2 *Egalité de traitement et interdiction de discriminer*

La première question à examiner est de savoir si la liste d'attente en tant que telle, comme mécanisme limitant l'accès immédiat aux prestations, est compatible avec le principe de l'égalité de traitement. A ce titre, les arrêts relatifs au *numerus clausus* peuvent nous apporter un élément de réponse. Le Tribunal fédéral a jugé que les restrictions d'accès aux places d'études et par conséquent le *numerus clausus*, ne sont pas *a priori* incompatibles avec le principe de l'égalité de traitement¹³¹⁰, notamment si elles sont occasionnées par des ressources limitées¹³¹¹.

Une liste purement chronologique répond à une conception très formelle de l'égalité de traitement: chaque personne nécessitant un traitement est inscrite sur la liste, après le dernier inscrit, peu importent les circonstances

¹³⁰⁷ Günter Feuerstein: "Symbolische Gerechtigkeit", 1998, p 198.

¹³⁰⁸ Voir Recommandation du Comité des ministres sur les critères de gestion des listes d'attente et des délais d'attente des soins de santé, R (99)21, annexe 1, no 9.

¹³⁰⁹ Selon Schott, un petit retardement n'entrerait pas dans la définition du rationnement, Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, p. 29.

¹³¹⁰ Notamment ATF 104 Ia 308.

¹³¹¹ ATF 103 Ia 400.

personnelles, sociales et même médicales, mis à part éventuellement le degré d'urgence. *A priori*, il n'y a pas de risques de discrimination ou d'inégalité de traitement. En ce qui concerne les listes gérées, il faudrait examiner les critères de priorité choisis sous l'angle du principe de l'égalité de traitement ou le cas échéant de l'interdiction de discriminer. Ceci nous renvoie à l'analyse de chaque critère effectuée ci-dessus.

Les arrêts concernant le *numerus clausus* concernent tous, à l'exception de celui mentionnant un critère âge¹³¹², des réglementations contenant des critères d'aptitude aux études en question¹³¹³. En matière de liste d'attente, les critères d'aptitude correspondraient plutôt aux critères médicaux, ce qui laisse entendre que ceux-ci ne contreviendraient généralement pas au principe de l'égalité de traitement.

9.4.2.3 *Compatibilité LAMal*

La LAMal est muette au sujet du délai de traitement, ce qui est logique, puisqu'elle prévoit un droit au remboursement et non un droit à recevoir des prestations en nature. Par contre, les mesures de contrôle des coûts qu'elle prévoit (planification hospitalière, budgets) ont nécessairement pour conséquence des délais d'attente et donc la nécessité de les gérer. Elles sont encore trop récentes pour en déterminer les effets exacts. Contrairement à la ZFW aux Pays-Bas, la LAMal ne donne pas de droit à un traitement, mais au remboursement. En cas de délais excessifs, ce n'est pas aux assureurs que le patient pourra s'en prendre.

9.4.2.4 *Compatibilité LAA*

La LAA est muette à ce sujet et elle ne prévoit pas non plus de mesures de contrôle des coûts au niveau macro de type planification hospitalière ou budgets. Par contre, la LAA est indirectement dépendante des mesures macro prises par les cantons et celles découlant de la LAMal. Ceci pourrait entrer en conflit avec le droit à des prestations en nature prévu dans cette loi, puisque ce droit impose aux assureurs LAA une obligation de fournir les soins appropriés, ce qui implique des délais raisonnables.

¹³¹² ATF 121 I 22.

¹³¹³ ATF 104 Ia 305; 103 Ia 394; 103 Ia 369.

9.4.2.5 Difficulté de définir et d'appliquer le critère

La liste d'attente purement chronologique ne pose pas de problèmes de définition ou d'application, puisqu'elle fonctionne selon le principe du premier venu - premier servi. Par contre, la définition des critères de priorité pour une liste gérée présente plus de difficultés. Selon les critères choisis, les difficultés mentionnées tout au long de ce chapitre doivent être prises en compte. L'application d'une liste gérée demande des explications, comme pour tous les critères énumérés jusqu'ici, mais il est probablement plus facile de dire au patient qu'il devra attendre, plutôt que de devoir lui communiquer qu'il n'aura pas droit au traitement, même si les deux peuvent conduire à un résultat semblable.

9.4.3 Gatekeeper

9.4.3.1 Explications

Le système du *gatekeeper* implique que l'accès à certains soins (généralement l'accès aux spécialistes et à l'hôpital, sauf en cas d'urgence) est filtré et donc parfois refusé par un fournisseur de prestations (généralement le médecin généraliste)¹³¹⁴. Ce critère n'implique pas directement le refus d'accès à des soins particuliers, puisque l'accès au généraliste est libre, mais plutôt un refus d'accès direct aux soins spécialisés. En clair, les technologies coûteuses ne sont pas refusées, mais l'accès en est filtré. Le système du *gatekeeper* conduit à une médecine de proximité et à une revalorisation du rôle du médecin de famille (ou "médecin de maison" selon la terminologie néerlandaise, cf. 6.2.3). L'examen de ce critère part de l'hypothèse dans laquelle ce filtre serait obligatoire et non de la situation actuelle selon laquelle un assuré peut choisir, comme cela est possible dans le cadre de la LAMal, une assurance à prime réduite en acceptant le filtre du médecin généraliste¹³¹⁵.

Le système du *gatekeeper* est en vigueur depuis de très nombreuses années aux Pays-Bas et au Royaume-Uni. La littérature n'indique pas de mauvaise acceptation populaire de ce système ou de problèmes particuliers par rapport à l'accès aux soins. Les problèmes majeurs se trouvent plutôt dans la rémunération de ces médecins et risquent d'entraîner une perte d'attractivité

¹³¹⁴ Cf. explications dans les chapitres relatifs aux Pays-Bas et au Royaume-Uni (chap. 6-7).

¹³¹⁵ Art. 41 al. 3 LAMal.

de cette profession et donc une diminution du nombre de ces médecins (cf. chap. 6).

9.4.3.2 *Egalité de traitement et interdiction de discriminer*

La question centrale est de savoir sur quoi se base la décision du *gatekeeper* ou plus précisément, si elle ne repose que sur des critères médicaux; ceux-ci ont été écartés de cette analyse (cf. 8.3.2). Si elle est basée sur des critères non médicaux, il faut se reporter à ce qui a déjà été examiné jusqu'ici. Mis à part cette réserve, il s'agit du critère le plus égalitaire. Comme pour toute limitation au niveau des prestations, il faut toutefois mentionner le risque de discrimination indirecte sur la base de la capacité financière, c'est-à-dire entre ceux qui n'auraient accès au système de soins que par le *gatekeeper* et ceux qui peuvent y accéder par un autre biais (cf. analyse du critère de la capacité financière, 9.2.3).

9.4.3.3 *Compatibilité avec la LAMal*

L'art. 41 LAMal consacre le principe du libre choix du fournisseur de prestations et ce principe est très fortement ancré dans l'opinion de la population suisse. Une limitation de ce libre choix ne peut avoir lieu que sur une base conventionnelle (art. 41 al. 4 LAMal). Autrement dit, il n'y a pas actuellement de base légale pour un système obligatoire de *gatekeeper*. L'introduction de ce système impliquerait une modification de la loi et probablement un haut risque de référendum. A notre avis, le système du *gatekeeper* n'est pas contraire à l'esprit de la LAMal et l'introduction d'une disposition y relative ne serait pas choquante.

Bien entendu, la fonction de *gatekeeper* devrait être valorisée, notamment financièrement, de manière à rendre cette profession attractive, ce qui assure un libre choix. Les problèmes évoqués dans le chap. 6 pour les Pays-Bas devraient donc être évités.

9.4.3.4 *Compatibilité avec la LAA*

La LAA consacre également le principe du libre choix du fournisseur de prestations (art. 10 al. 2 LAA) et ne prévoit pas de possibilité de le limiter conventionnellement. Par contre, le système du *gatekeeper* pourrait

parfaitement s'intégrer dans la philosophie de prestations en nature de la LAA. Il faut rappeler que les Pays-Bas connaissent également un système de prestations en nature. La question nous semble moins sensible politiquement dans le cadre de la LAA que dans le cadre de la LAMal, mais là encore, une modification de la loi serait nécessaire.

9.4.3.5 Difficulté de définir et d'appliquer le critère

Le critère en tant que tel est facile à définir. Il suffirait de modifier les dispositions légales et de déterminer qui exercerait cette fonction et à quelles conditions. Sur le plan de l'application, il s'agirait surtout d'avoir assez de *gatekeepers* pour assurer un libre-choix effectif du fournisseur de soins.

9.5 Résumé

La mise en tableau de questions aussi complexes que celles relatées dans ce chapitre est périlleuse, mais il nous semblait nécessaire de proposer une brève vue d'ensemble de ce qui a été examiné. Les "-" indiquent les conflits et problèmes, les "+" indiquent qu'il y a compatibilité et les "0" suggèrent qu'une compatibilité ne peut pas être exclue. Les "- -" indiquent que les conflits et problèmes sont très importants alors que les "+ +" indiquent une grande compatibilité. Il est indispensable de se référer à l'analyse effectuée ci-dessus, car ces symboles ne permettent aucune nuance.

Critère	Art. 8 Cst	LAMal	LAA	Difficulté de définition
Age	-	0	Pas concernée	+
Qualité de vie	+	+	+	--
Comportement	-	-	-	--
Charge de famille	0	-	-	.
Capacité de travail	0	-	++	-
Capacité financière	-	0	-	+
Catalogue réduit	+	++	++	+

Liste d'attente	+	0	-	-
Gatekeeper	++	-	-	+

Les critères ayant le plus de point positifs "+" et qui n'ont pas de "-" ou de "0" relatif à l'art. 8 Cst. sont:

- La qualité de vie,
- La limitation du catalogue de prestations,
- Le gatekeeper.

Les résultats de l'analyse montrent qu'il y a un problème général des critères personnels et sociaux en lien avec l'art. 8 al. 2 Cst., mais aussi avec l'accès aux prestations étatiques et le but social qui impliquent une application stricte du principe de l'égalité de traitement. Si le critère de la qualité de vie est le seul, parmi les critères personnels et sociaux, à pouvoir être pris en considération, ceci est probablement dû à son caractère ouvert et à son lien étroit avec la valeur intrinsèque de l'être humain. Les autres critères entrent en conflit avec les éléments de l'analyse parce qu'ils risquent d'enfermer les personnes dans des catégories figées. Si le rationnement n'est pas exclu *a priori* (cf. chap. 8), l'interdiction de discriminer et le système social caractérisé par les buts sociaux et l'égalité d'accès aux prestations étatiques empêchent la stigmatisation de personnes du fait de leur appartenance à un groupe déterminé.

L'analyse montre en outre qu'il y a encore un potentiel d'économies dans les critères relatifs aux prestations. Ces efforts sont déjà entrepris, mais les augmentations de primes annoncées chaque automne montrent qu'il y a encore un problème. Toujours dans le but d'examiner un éventuel potentiel d'économies, nous pensons que le critère qualité de vie mériterait d'être étudié plus en détail. En tenant compte d'une des critiques majeures (de quel droit apprécions-nous la qualité de vie d'autrui?), nous tenterons quelques développements à ce sujet sous 9.7.

9.6 Les filtres

9.6.1 Le rôle et le choix des filtres

L'étude faite ci-dessus s'est limitée à un cadre juridique, même si celui-ci empiète souvent sur des considérations éthiques ou économiques et qu'il implique des choix de société. Il nous semble dès lors important de confronter les résultats de l'analyse à deux questions fondamentales:

- Les résultats sont-ils admissibles pour notre humanité? Nous mènent-ils à la société que nous voulons?
- Les mesures correspondant aux résultats seraient-elles vraiment efficaces, c'est-à-dire, infléchiraient-elles la courbe des coûts, tout en sauvegardant la qualité des soins?

L'auteure n'est ni philosophe, ni économiste, c'est pourquoi seules quelques pistes pourront être ébauchées ici. Elles devraient certainement être développées si l'introduction d'un critère particulier était envisagée.

9.6.2 Un filtre éthique

9.6.2.1 Introduction

Nous avons volontairement choisi de confronter les résultats à deux courants éthiques très différents, dont l'un donne la priorité au "bien collectif" (utilitarisme)¹³¹⁶ et l'autre à une conception très fortement axée sur la personne individuelle, mais qui est en lien avec l'Autre en impliquant un certain dépassement de soi (inspirée essentiellement de Lévinas, philosophie de l'Altérité singulière¹³¹⁷).

Les deux courants ne considèrent pas l'individu de manière isolée, mais comme appartenant à un groupe ou se trouvant en relation. Le lien entre l'individu et le collectif ou l'Autre se fait par le sacrifice (utilitarisme) ou le dépassement de soi pour rejoindre l'Autre (Altérité singulière). Même si le

¹³¹⁶ Suzanne Rameix: "Fondements philosophiques de l'éthique médicale", 1996, p. 63.

¹³¹⁷ Terminologie employée par Suzanne Rameix: "Fondements philosophiques de l'éthique médicale", 1996, p. 79.

point de départ des deux courants est radicalement différent, il y a peut-être là un point commun: les deux éthiques invitent la personne à quitter ses intérêts individuels et à sortir d'elle-même, à se décentrer de soi¹³¹⁸ et au désir d'être en unité avec les autres êtres humains (*fellow creatures*)¹³¹⁹. En ce sens, les deux théories font référence à l'humanité possible, élément de la dignité humaine à notre sens (cf. 2.1.2), mais aussi à la solidarité que nous avons posée comme postulat de base de ce travail. Ces éléments nous ont incité à choisir ces deux courants et non p.ex. la théorie de la justice selon Rawls. Pour ce dernier, le voile de l'ignorance place la personne dans une situation très théorique, dans laquelle elle ne connaît pas ses intérêts. Indirectement, ce sont toutefois ses propres intérêts projetés qui vont guider ses choix¹³²⁰.

9.6.2.2 Altérité singulière (Lévinas)

Lévinas nous confronte au regard de l'Autre et à la responsabilité qui en découle. Le regard de l'Autre est le regard de celui qui est exposé et qui nous interdit de tuer¹³²¹, mais aussi de l'abandonner à son angoisse¹³²². C'est ce regard qui nous fait reconnaître l'humanité de l'autre: "J'avais en face de moi un homme, un homme"¹³²³.

L'élément d'analyse va toutefois plus loin, englobant aussi l'aspect de la dignité humaine et la contrainte faite à ceux qui acceptent de regarder l'Autre, de ne pas refuser la réalité de la personne concernée par une décision et les conséquences que cette réalité implique¹³²⁴. Ce regard de l'Autre nous

¹³¹⁸ Suzanne Rameix: "Fondements philosophiques de l'éthique médicale", 1996, p. 80, en rapport avec Levinas.

¹³¹⁹ John Stuart Mill: "Utilitarianism", 1970, p. 274.

¹³²⁰ "In order to do this, one must establish that, given the circumstances of the parties, and their knowledge, beliefs, and interests, an agreement on these principles is the best way for each person to secure his ends in view of the alternatives available", John Rawls: "A Theory of Justice", p. 119.

¹³²¹ Emmanuel Lévinas: "Éthique et Infini", 1982, p. 80.

¹³²² Alain Finkielkraut: "Du droit à la liberté de choix dans le domaine de la santé", p. 22.

¹³²³ Alain Finkielkraut, citant Jankélévitch in: "L'humanité perdue", 1996, p. 37

¹³²⁴ Emmanuel Lévinas: "Liberté et commandement", 1994, p. 45: "ce qui caractérise l'action violente, ce qui caractérise la tyrannie, c'est le fait de ne pas regarder en face ce à quoi s'applique l'action" et p. 46: "La face, le visage est le fait qu'une réalité m'est opposée".

humanise, nous invite à sortir de nous-mêmes¹³²⁵, de nos intérêts directs, mais aussi de la simple logique économique. L'Autre est un absolu qui prime sur toute autre considération¹³²⁶.

L'accent mis sur l'individualité de la personne représente un filtre sévère pour les critères de rationnement, notamment pour ceux relatifs à la personne et à sa situation sociale. Nous ne pensons pas, toutefois, que cet élément d'analyse les exclue d'emblée¹³²⁷, notamment parce qu'il inclut la possibilité d'une contrainte choisie pour être plus libre¹³²⁸, mais aussi une exigence infinie à l'égard de soi¹³²⁹. Les éléments de la contrainte choisie et de l'exigence à l'égard de soi nous semblent déterminants ici, puisque l'impératif contemporain avec lequel nous devons apprendre à vivre, notamment en rapport avec la santé et les soins, est celui de l'autolimitation¹³³⁰. Tous les critères de rationnement exposés jusque-là comportent un choix démocratique préalable, mais pas un choix individuel dans un cas déterminé.

Les questions qui se posent en rapport avec ce filtre pourraient être: *le critère de rationnement peut-il subsister sous le regard de l'Autre, en l'occurrence celui qui serait directement concerné par la mesure? Dans quelle mesure peut-il consister en une contrainte librement choisie?*

9.6.2.3 Utilitarisme

L'hypothèse de départ posée par John Stuart Mill, en développement de la pensée de Bentham, est que le bonheur (*happiness*) et l'absence de souffrance

¹³²⁵ Suzanne Rameix: "Fondements philosophiques de l'éthique médicale", 1996, p. 80.

¹³²⁶ Suzanne Rameix: "Fondements philosophiques de l'éthique médicale", 1996, p. 81; l'auteur place l'Autre dans la perspective du patient.

¹³²⁷ Contrairement à Suzanne Rameix: "Fondements philosophiques de l'éthique médicale", 1996, p. 81.

¹³²⁸ Emmanuel Lévinas: "Liberté et commandement", 1994, p. 40: "s'imposer un commandement pour être libre"; l'affrontement entre contrainte et liberté est également évoqué par Alain Finkielkraut: "Du droit à la liberté de choix dans le domaine de la santé", p. 18.

¹³²⁹ Emmanuel Lévinas: "Totalité et Infini", 1971, p. 340.

¹³³⁰ Alain Finkielkraut: "Du droit à la liberté de choix dans le domaine de la santé", p. 23; ou encore de notre disponibilité à nous auto-limiter comme moyen pour arriver à une véritable autonomie (*Bereitschaft zur Selbstbegrenzung*), cf. Ruth Baumann-Hözlte: "Rationierung im Gesundheitswesen", BMS 1999, p. 2637 et "Moderne Medizin - Chance und Bedrohung", 2001, p. 338.

(*exemption from pain*) sont ce que l'humanité désire le plus et qu'ils constituent de ce fait le critère pour juger si une action est juste ou non¹³³¹. Il précise son idée: ce n'est pas le bonheur individuel qu'il vise, mais la plus grande somme des bonheurs mis ensemble (*the greatest amount of happiness together*)¹³³². Le bonheur général (*general happiness*) devient alors un standard éthique¹³³³.

Cette théorie a au moins trois conséquences:

- Elle suppose une détermination du plus grand bonheur. En ce qui concerne les soins, nous osons l'hypothèse selon laquelle le plus grand bonheur correspondrait à la situation dans laquelle le plus de personnes pourraient profiter de soins efficaces afin de bénéficier du meilleur état de santé possible.
- Elle suppose un certain esprit de sacrifice voulu, trouvant son origine dans les sentiments de nobleness of character ou feelings of mankind¹³³⁴, puisque le plus grand bonheur de tous dépasse les intérêts de la personne¹³³⁵.
- La mise en pratique, si possible acceptée, de ce standard éthique entraîne forcément une comparaison entre l'atteinte individuelle et le bénéfice qui en résulte pour le plus grand nombre. Il y a là un certain lien avec le principe économique de l'efficacité.

Développant une théorie appelée utilitarisme des préférences, Peter Singer fait une distinction de base entre êtres humains *self-conscious*, c'est-à-dire conscients d'eux-mêmes (de leur histoire et de leur avenir, capables de ressentir la souffrance et le plaisir) et les êtres humains non conscients d'eux-mêmes. Il réserve un véritable droit à la vie humaine aux êtres humains conscients d'eux-mêmes et leur réserve le terme de personnes. Par contre, en ce qui concerne les êtres humains non conscients d'eux-mêmes, il estime qu'un droit à la vie humaine, avec une protection accrue par rapport à la vie

1331 "Actions are right as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness"; John Stuart Mill: "Utilitarianism", p. 249.

1332 John Stuart Mill: "Utilitarianism", p. 254.

1333 John Stuart Mill: "Utilitarianism", p. 274.

1334 John Stuart Mill: "Utilitarianism", pp 254, 274.

1335 Suzanne Rameix: "Fondements philosophiques de l'éthique médicale", 1996, p 62.

en général, ne s'applique pas¹³³⁶. Peter Singer en arrive ainsi à justifier l'"euthanasie"¹³³⁷ non volontaire des êtres humains non conscients d'eux-mêmes, même s'ils ont un degré de conscience, mais seulement si la douleur dépasse un éventuel plaisir et qu'ils n'ont pas déclaré de préférences¹³³⁸. Il justifie également l'infanticide du nouveau-né dans des cas extrêmes. Par contre, il ne justifie pas l'"euthanasie" involontaire des personnes conscientes¹³³⁹.

Prévenant le spectre du nazisme, Peter Singer précise que la différence fondamentale entre sa théorie et les pratiques nazies réside dans le fait que les développements de l'utilitarisme sont fondés sur un seul souci: prévenir la vie misérable et la souffrance. Il admet toutefois se trouver sur une corde raide ("*slippery slope*"¹³⁴⁰). En personne aimant cette recherche d'un équilibre précaire, il remplace des commandements qui semblaient immuables par de nouveaux principes, suite logique des éléments exposés ci-dessus¹³⁴¹:

- "traite tous les êtres humains comme étant de valeur égale" devient: "reconnais que la valeur de la vie humaine peut varier";
- "ne prends jamais la vie d'un être humain innocent" devient: "prenez la responsabilité pour vos décisions";
- "ne mets jamais fin à ta vie et empêche toujours les autres de mettre fin à la leur" devient: "respecte le choix d'une personne de vivre ou de mourir";
- "soyez féconds et multipliez-vous" devient: "ne donnez naissance aux enfants que s'ils sont désirés";
- "traite la vie humaine comme quelque chose qui est toujours plus précieux que la vie non humaine" devient: "ne discriminez pas sur la base de l'espèce".

Si les paroles de Singer sont terriblement provocatrices, elles ont le mérite de nous renvoyer à des questions essentielles, pour que nous nous situions par

¹³³⁶ Peter Singer: "Practical ethics", 1999, pp 100, 191-192.

¹³³⁷ Nous mettons ce terme entre guillemets, car nous préférons en fait le réserver à l'acte correspondant à la volonté exprimée par la personne concernée.

¹³³⁸ Peter Singer: "Practical ethics", 1999, p. 192.

¹³³⁹ Peter Singer: "Practical ethics", 1999, pp 181 ss, 200 ss.

¹³⁴⁰ Peter Singer: "Practical ethics", 1999, pp 215-216.

¹³⁴¹ Peter Singer: "Rethinking Life & Death", 1994, pp 189 ss; traduction personnelle du texte anglais.

rapport à la vie, à la mort et à la santé. C'est la raison pour laquelle nous les avons exposées de façon relativement détaillée ici.

L'utilitarisme peut être un filtre pour les critères analysés dans ce chapitre, notamment dans leur application dans le futur¹³⁴². Il se situe en lien étroit avec le filtre de l'efficacité évoqué ci-dessous¹³⁴³. Les questions qui se posent en rapport avec ce filtre pourraient être: *le critère de rationnement entraîne-t-il un bénéfice pour le plus grand nombre? Le sacrifice demandé est-il acceptable? Sommes-nous prêts à entrer en matière sur les "nouveaux commandements" de Peter Singer?*

9.6.3 Le filtre de l'efficacité

Tous les critères analysés impliquent une profonde réflexion éthique et juridique et, le cas échéant, un véritable changement de mentalité. Une telle opération n'a de sens que si le résultat consiste en une véritable économie et donc une utilisation plus efficace des ressources. Refuser une transplantation rénale, alors que les coûts de l'hémodialyse sont plus élevés, n'aurait p. ex. aucun sens.

Il va de soi que nous n'avons pas ici les moyens d'aller au-delà de l'ébauche de la question centrale en rapport avec ce filtre: *le critère utilisé conduit-il à un inflexionnement significatif de la courbe des coûts de la santé, attribuable à l'utilisation du critère?*

9.7 Proposition : critère de la qualité de vie pondérée

9.7.1 Explications

Nous l'avons vu, un critère qualité de vie purement objectif, basé sur les seuls scores QALYs / DALYs, eux-mêmes basés sur l'appréciation subjective de personnes quant à la qualité de vie d'autrui est problématique, car la personne en face est avant tout et simplement une personne, quels que soient les "scores de qualité de vie" que d'autres lui attribuent. Néanmoins, nous

1342

Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, p. 332.

1343

H.J.J. Leenen: "Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg", TvGR 1984, p. 60.

pensons que cette objection ne doit pas nous conduire à balayer tout critère se référant à la qualité de vie, puisque celui-ci semble le plus compatible parmi les critères personnels ou sociaux avec la grille d'analyse ébauchée et notamment avec l'art. 8 Cst. D'autre part, le critère est intéressant parce que la qualité de vie se rapproche de la définition de la santé proposée dans le chapitre 3: la capacité de pouvoir être. Finalement, l'étude mesurant l'opinion des Suisses en matière de soins et reflétant l'importance donnée à l'élément qualité de vie nous conforte dans ce sens¹³⁴⁴.

Ces réflexions nous amènent à proposer un nouveau critère, plus nuancé, s'inspirant de celui des QALYs, mais corrigé en fonction de l'appréciation individuelle du patient. Nous l'appellerons "critère de qualité de vie pondérée". L'idée est qu'il est nécessaire d'introduire un élément d'appréciation subjective du patient, qui est le seul vraiment habilité à juger de sa propre qualité de vie, pour éviter de tomber dans un piège qui n'accorderait des soins de qualité qu'à ceux qui sont jeunes et beaux et qui peuvent le rester.

Le regard de cette personne totalement déformée par son handicap doit nous interpeller ici. Si cette personne juge que sa qualité de vie et donc sa capacité de pouvoir être est bonne, personne, ni le médecin, ni le public, ni même d'autres personnes qui souffrent de la même affection n'ont le droit d'en juger autrement. Par contre si, dans la discussion, le patient juge que sa qualité de vie en rapport avec le traitement en question n'est pas suffisante, cette décision conduira au refus du traitement.

Nous nous rendons compte que la proposition formulée ici est basée sur une éthique du décentrement ou du dépassement de soi, de la contrainte librement choisie, de l'acceptation de l'impératif d'autolimitation et qu'elle peut paraître un peu utopiste¹³⁴⁵. Nous tenons toutefois à préciser qu'elle ne comprend pas qu'un élément altruiste, puisqu'il s'agit finalement de la décision d'une personne en rapport avec sa qualité de vie. C'est pourquoi, nous tenons à

¹³⁴⁴ Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, p. 22: en effet, 66% de la population considèrent qu'il faut prendre en considération la qualité de vie future du patient avant de décider s'il faut utiliser ou non des technologies coûteuses.

¹³⁴⁵ Schott pense, en rapport avec le critère âge, que l'acceptation d'un refus de traitement par le patient âgé ne pourrait être concevable que pour les traitements dont l'utilité est peu importante, cf. Markus Schott: "Patientenauswahl und Organallokation", 2001, p. 319.

développer ce critère, car il entraîne une réflexion plus profonde sur notre attitude face aux soins, à notre santé et à notre vie.

Le critère de qualité de vie pondérée que nous proposons repose sur deux éléments de poids en principe égal - l'élément objectif (chiffré) et l'appréciation individuelle - et qui doivent être ouvertement confrontés dans la discussion entre le patient et le médecin. L'élément subjectif pourrait poser un problème avec la définition du raisonnement proposée sous 8.2.1, notamment par rapport à l'exigence du critère objectif, fixé à l'avance selon les règles de notre démocratie. Pour que ces conditions soient remplies, il faudrait que le critère soit clairement déterminé à l'avance, notamment en ce qui concerne le poids donné aux deux éléments, mais aussi quant à la manière dont se passerait l'appréciation, la confrontation à l'élément objectif et le processus de décision.

9.7.2 Les personnes incapables de discernement

A première vue, le critère de qualité de vie pondérée pose problème pour les personnes qui n'ont pas la faculté de se déterminer librement, c'est-à-dire pour les personnes incapables de discernement. Ne tenir compte pour ces personnes que de l'élément objectif, c'est-à-dire du score de qualité de vie présente une sécurité apparente, mais ne tient absolument pas compte de la volonté formulée antérieurement par la personne alors qu'elle était encore capable de discernement, ni de l'appréciation de sa volonté présumée. Cela reviendrait à défavoriser ces personnes par rapport aux personnes capables de discernement. Il s'agit dès lors de rechercher un équilibre entre le besoin particulier de protection de ces personnes et leur liberté de choix¹³⁴⁶.

L'appréciation de la qualité de vie nécessaire pour le critère décrit ici entre finalement dans la problématique de la représentation thérapeutique, au sens large, qui traite de la prise de décision en matière de traitements pour des personnes incapables de discernement¹³⁴⁷. Des règles sont actuellement en élaboration dans le cadre de la révision du droit de la tutelle et de nombreux

¹³⁴⁶ Olivier Guillod: "Le consentement éclairé du patient - autodétermination ou paternalisme?", 1986, p. 201.

¹³⁴⁷ Pour plus de détails quant à la représentation thérapeutique, cf. Olivier Guillod / Philippe Meier: "Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux", 1995.

cantons ont de telles dispositions dans leur législation en matière de santé¹³⁴⁸. Nous pensons que les règles générales en matière de représentation thérapeutique peuvent être appliquées en la matière, puisque le critère proposé ici est simplement un élément, même s'il est tout à fait central, de cette prise de décision. Il n'y a donc pas de raisons d'envisager des règles spécifiques.

9.7.3 Egalité de traitement et interdiction de discriminer

Les principales objections formulées en lien avec les critères qualité de vie perdent du poids, du fait de la pondération par l'appréciation subjective du patient. Il est vrai que les risques sont accrus pour les personnes incapables de discernement, mais ce problème est avant tout à régler au travers des dispositions sur la représentation thérapeutique. Le critère de la qualité de vie pondérée est à examiner sous l'angle de l'art. 8 al. 1 Cst. et nous mène dans un premier temps au même résultat que le critère qualité de vie, en ce qui concerne la composante objective.

La composante subjective du critère de la qualité de vie pondérée pose notamment la question de l'interaction entre le droit à l'autodétermination et le principe de l'égalité de traitement. A ce titre, il faut rappeler la tension évoquée dans le chapitre 2 entre le droit à l'autodétermination et les droits constitutionnels de protection de la personnalité et dont la conclusion était que, dans certains cas, notamment dans le domaine médical, le droit à l'autodétermination peut être admis comme motif justificatif de l'atteinte à d'autres droits fondamentaux. En droit néerlandais, le droit à l'autodétermination est même considéré comme un fondement des autres droits fondamentaux¹³⁴⁹, et pouvant de ce fait même influencer le principe de l'égalité de traitement¹³⁵⁰.

A notre sens, le principe de l'égalité de traitement entraîne pour la composante subjective du critère analysé ici, une exigence d'égalité dans la

1348 P. ex.: art. 51 Loi sur la santé du canton de Fribourg; art. 34-35 Gesundheitsgesetz du canton de Soleure; art. 25 Loi de santé du canton de Neuchâtel.

1349 H.J.J. Leenen: "Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg", TvGR 1984, p. 53.

1350 H.J.J. Leenen: "Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg", TvGR 1984, p. 56.

procédure de prise de décision. En effet, les risques d'inégalité de traitement se situent avant tout dans le processus de décision dans le cas concret, notamment pour des patients ayant besoin de plus de temps pour l'appréciation de la situation ou pour ceux qui se laissent plus facilement "convaincre" par le médecin. Il s'agirait avant tout de placer des garde-fous pour la prise de décision.

9.7.4 Compatibilité avec la LAMal

La LAMal ne fait pas expressément référence à la qualité de vie, mais cette dernière n'est pas incompatible avec l'esprit de la loi (cf. plus haut). La responsabilisation du patient doit clairement être encouragée selon l'esprit de la LAMal, mais jusqu'à présent, cela s'est essentiellement fait par le biais d'une participation de l'assuré aux coûts¹³⁵¹.

Le problème qui se pose toutefois est celui de la rémunération du médecin, car il faut bien se rendre compte que le critère proposé ici implique que le médecin puisse prendre du temps pour ce dialogue et, par conséquent, qu'il soit rémunéré en conséquence¹³⁵².

9.7.5 Compatibilité avec la LAA

Des remarques semblables à celles faites pour la LAMal s'imposent ici. En tant qu'assurance de prestations en nature, la LAA permet à l'assureur de prendre les mesures qu'exige un traitement approprié en tenant compte des intérêts de l'assuré et des proches. L'assureur ne pourrait pas imposer p. ex. un traitement comportant des souffrances excessives ou ne conduisant pas à une amélioration notable de l'état de santé (cf. chap. 6)¹³⁵³. Ce sont des composantes qui font indirectement référence à la qualité de vie.

Par contre, il faut rappeler que la LAA est surtout orientée vers la reprise du travail rémunéré ou le maintien de la capacité de travail, chaque fois que cela est possible. Si des conflits entre ce but relatif à la capacité de travail et la

¹³⁵¹ FF 1992 I 118.

¹³⁵² Le nouveau Tarmed va d'ailleurs dans ce sens. Il peut être consulté sur le site <http://www.fmh.ch>.

¹³⁵³ ATF 105 V 179.

qualité de vie devaient surgir, la LAA commanderait de les régler en faveur du premier.

9.7.6 Difficulté de définir et d'appliquer le critère

La difficulté relative à l'élément objectif a déjà été mentionnée plus haut. Le critère examiné ici introduit deux complications supplémentaires, puisqu'il s'agirait encore de déterminer quel serait le poids de l'appréciation subjective dans la prise de décision (p. ex. 50/50) et, d'autre part, de placer quelques garde-fous en ce qui concerne la prise de décision.

En ce qui concerne les personnes incapables de discernement, le critère présuppose l'existence de dispositions de qualité concernant la représentation thérapeutique.

9.7.7 Les deux filtres

L'application du critère demande un certain investissement en temps qui ne se justifierait probablement pas pour des soins peu coûteux (filtre de l'efficacité). Ceci est toutefois relativisé puisque, de toute manière, les soins de médecine générale et d'urgence, faisant partie du droit aux soins essentiels, en seraient exclus. Ce droit représente en effet la limite intangible de toute discussion relative au rationnement.

Sur le plan de l'éthique, le critère de la qualité de vie pondérée nous semble compatible avec les deux courants esquissés plus haut, étant entendu que l'élément objectif découle plutôt d'une vision utilitariste. Nous l'avons vu, les deux courants supposent un certain dépassement de soi en vue d'un bien collectif ou d'une responsabilité pour l'Autre. Il nous semble que le critère proposé ici est particulièrement bien conciliable avec ce but.

Par contre, nous insistons sur le fait que ces quelques remarques devraient, le cas échéant, être développées, tenant compte également d'autres courants éthiques et d'une véritable analyse économique, par des personnes mieux à même de le faire.

9.7.8 Evaluation du critère

Si le critère de la qualité de vie pondérée, surtout au stade d'élaboration dans lequel nous l'avons laissé, présente aussi des imperfections, particulièrement quant à la difficulté de le définir et de l'appliquer, il apparaît comme étant le plus compatible avec le principe de l'égalité de traitement, avec notre système de soins et avec l'égalité d'accès aux soins. Par ailleurs, il favorise un droit fondamental essentiel - le droit à l'autodétermination - et l'évolution de notre système de soins vers un modèle plus participatif et plus orienté vers la personne. Dans un système participatif, le patient est non seulement partenaire dans la décision et dans les soins, mais aussi dans la prise en compte des intérêts d'autrui et de la collectivité¹³⁵⁴. Cette participation va donc bien au-delà de la participation aux coûts prévue par la LAMal.

Il faut relever le lien entre la composante subjective du critère de la qualité de vie pondérée et le consentement éclairé du patient. Ce dernier implique la prise en compte de tous les éléments nécessaires à l'appréciation de la situation, notamment la nature de la maladie, le traitement et les alternatives¹³⁵⁵. L'appréciation de la qualité de vie pourrait être intégrée dans la liste, soit en tant qu'élément supplémentaire, soit en remplaçant l'appréciation relative à la nature de la maladie par l'état de santé au sens de la définition préconisée dans le chapitre 3. Elle serait un élément de plus, conduisant d'un consentement éclairé à une véritable décision éclairée¹³⁵⁶.

Le critère de la qualité de vie pondérée est à la jonction de deux formes de légitimité: la légitimité démocratique inhérente à la définition même du rationnement et la légitimité individuelle, par le poids donné à la décision de la personne. Par là-même, il se situe à la limite de la notion de rationnement, telle que définie sous 8.2.1. La composante objective rattache clairement le critère proposé à la notion de rationnement. L'ensemble du critère en fait plutôt un instrument de politique et de réflexion générales, en ce sens qu'il se rapproche, à notre avis, du contenu à donner au concept de soins nécessaires. Sous 3.2.5.2, nous avons évoqué que le terme "nécessaire" impliquait d'y ajouter une réponse à la question: "nécessaire, à quoi?". Cette réponse serait

¹³⁵⁴ H.J.J. Leenen: "Het patiëntperspectief aan het begin van de 21e eeuw", TvGR 2001, p. 7.

¹³⁵⁵ Olivier Guillod: "Le consentement éclairé du patient - autodétermination ou paternalisme?", 1986, pp 141-142.

¹³⁵⁶ Olivier Guillod: "Le droit médical: quelques (r)évolutions récentes", 1998, p. 27; Gabrielle Steffen / Olivier Guillod: "Landesbericht Schweiz", 2000, p. 240.

qu'il s'agit des soins nécessaires au maintien ou au recouvrement de la qualité de vie.

9.8 Conclusions

L'analyse de la majorité des critères a fait ressortir un conflit avec l'art. 8 al. 2 Cst. et l'égalité d'accès aux prestations de nature étatique. Par cette constatation, c'est-à-dire par la force de l'art. 8 Cst., et en lien avec le but social en matière de soins (art. 41 Cst.), une conclusion s'impose à notre sens: malgré la prudence montrée dans le chapitre 3, il y a en Suisse un droit justiciable aux soins nécessaires. Le terme nécessaire recouvrirait trois éléments: l'efficacité, l'économie et la qualité de vie. Le dernier élément pourrait être apprécié à l'aide du critère de qualité de vie pondérée.

Le Tribunal fédéral a précisé à plusieurs reprises qu'un droit social à des prestations positives de l'Etat ne peut pas être tiré du principe de l'égalité de traitement¹³⁵⁷. La Constitution prévoit elle-même qu'un but social n'accorde pas un droit justiciable aux personnes (art. 41 al. 4 Cst.). Par contre, l'analyse effectuée dans ce chapitre confirme que la combinaison des deux et la concrétisation dans le système de soins, en l'occurrence par le biais des assurances sociales, donne des droits qui se rapprochent finalement d'un droit social justiciable, en l'occurrence le *droit aux soins nécessaires au maintien ou au rétablissement de la qualité de vie*.

La prise en compte du critère de la qualité de vie pondérée amène à recentrer le système de soins sur la personne et à introduire un véritable mode participatif dans lequel chacun devrait se rappeler que le problème de la répartition des ressources en matière de soins ne pourra pas être résolu si chacun se contente de revendiquer toujours plus¹³⁵⁸. Une telle modification de notre attitude face aux soins implique nécessairement une information sur les plans individuels et collectifs. Le chapitre suivant traitera des mécanismes et du contenu de l'information.

¹³⁵⁷ Cf. Peter Uebersax: "Stand und Entwicklung der Sozialverfassung in der Schweiz", AJP 1998, p. 8 et arrêts mentionnés; cf. aussi ATF 125 I 359.

¹³⁵⁸ H.J.J. Leena: "Het patiëntenperspectief aan het begin van de 21e eeuw", TvGR 2001, p. 7.

"Donc l'alternative pour nous est la suivante: avoir une vie courte, mais une véritable vie, une vie d'amour, etc., ou bien alors une existence indéfinie, sans amour, mais qui n'est pas du tout une vie, qui serait une mort perpétuelle. Je pense que, si on présentait l'alternative sous cette forme-là, peu d'hommes choisiraient la seconde..."

Vladimir Jankélévitch
"Penser la mort ?"

10 Information

10.1 La démystification¹³⁵⁹

Le nombre des dilemmes évoqués dans ce travail et plus particulièrement dans le chapitre précédent nous montre une évidence: avant de parler de critères, avant de parler d'analyses coûts-efficacité, des choix de société doivent être faits et notre position face à notre santé doit être redéfinie. Il s'agit notamment de mieux comprendre la relation entre les valeurs importantes de notre société, telles que la justice, la qualité de vie, et une valeur nécessaire: l'efficience¹³⁶⁰. L'information quant à la nécessité d'engager ces réflexions est inévitable; elle doit se situer à la fois à grande échelle (information du public) et dans les situations individuelles (information médecin - patient).

Ceci présuppose une meilleure reconnaissance des attentes du public face au système de soins et une grande clarté en ce qui concerne les mythes qui nous poursuivent. A ce titre, les évidences suivantes méritent d'être répétées (énumération partielle)¹³⁶¹:

- La mort est inévitable;
- La majeure partie des maladies graves ne peuvent pas être guéries;
- Chaque médicament a des effets secondaires;
- La plus grande partie des traitements médicaux ne donnent que des bénéfices marginaux et un grand nombre d'entre eux n'ont aucun effet;
- Les tests de dépistage donnent aussi des résultats "faux positifs" et "faux négatifs";
- Pour améliorer l'état de santé d'une population, il existe des moyens plus utiles que celui de dépenser des ressources pour l'acquisition de quantités toujours croissantes de technologie sanitaire.

¹³⁵⁹ Ou action sur les attentes désormais mythiques entretenues par le public, selon la terminologie utilisée dans Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, p. 4.

¹³⁶⁰ Elly Stolck / Jan van Busschbach: "Keuzes in de zorg: de rol van leeftijd, normen en waarden naast economische overwegingen", 2000, p. 58.

¹³⁶¹ Richard Smith: "The NHS: possibilities for the endgame", BMJ 1999; 318, p. 210, repris et traduit par Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, p. 4.

Cette réflexion ne doit pas être réservée aux associations professionnelles ou à quelques penseurs, mais doit engendrer un véritable débat de société. Dans ce contexte, le rôle de l'information est primordial, non seulement en matière de décision éclairée dans la relation médecin / patient, mais à une plus grande échelle: l'information au public.

10.2 Mesures de l'opinion de la population¹³⁶²

Les études mesurant l'opinion de la population peuvent contribuer à mieux déterminer quelles sont les attentes du public en matière de soins et par conséquent mener à une information plus adaptée. Par contre, il faut se rappeler que ces études peuvent différer du tout au tout, selon que la question est posée dans l'abstrait ou pour une situation déterminée. Il s'agit là d'une contradiction intérieure entre le personnel et l'impersonnel¹³⁶³. Les résultats peuvent également différer selon que la question est posée de manière globale ou comporte plus de précisions. Dans un contexte non personnalisé, une étude suisse a donné les résultats suivants¹³⁶⁴:

- Age: seule une petite majorité de la population a donné la priorité en cas de rationnement aux jeunes; par contre, en rapport avec une liste de priorités, l'opération de la hanche pour les personnes âgées arrive en neuvième position, juste avant les soins de la schizophrénie et les soins du cancer pour les fumeurs¹³⁶⁵.
- Comportement: une petite majorité de la population est opposée à accorder une priorité moindre en cas de responsabilité individuelle dans

¹³⁶² Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, p. 13.

¹³⁶³ Gianfranco Domenighetti: "Equité, priorités sanitaires et société civile", 1999, p. 146.

¹³⁶⁴ Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000.

¹³⁶⁵ Liste des priorités complète, reflétant l'opinion de la population suisse: "1) vaccins aux enfants et aux jeunes; 2) soins des médecins de famille; 3) soins pour supprimer la douleur aux malades du cancer; 4) mammographie pour la prévention du cancer du sein; 5) soins intensifs pour enfants prématurés; 6) soins à domicile pour personnes âgées; 7) transplantation cardiaque; 8) campagnes de prévention du tabac pour les jeunes; 9) opération de la hanche pour les personnes âgées; 10) soins de la schizophrénie; 11) soins du cancer pour les fumeurs".

la maladie; par contre, sur la liste des priorités, les soins du cancer pour les fumeurs arrivent en dernier;

- **Qualité de vie:** une majorité de deux tiers se prononce en faveur de la prise en considération de la qualité de vie avant de décider de l'utilisation de traitements ou technologies médicales pour sauver la vie; par contre, seule une petite majorité est favorable à accorder la priorité aux soins palliatifs, plutôt qu'à une transplantation cardiaque.

Si ces résultats sont intéressants et donnent une indication de l'opinion publique, une certaine contradiction entre la réponse plus abstraite et l'organisation plus concrète des priorités doit être relevée. Il nous semble important de souligner le très mauvais score de priorité attribué aux soins de la schizophrénie, placés en avant-dernier! Ceci reflète à notre avis un grave problème d'information en matière de soins psychiatriques.

Une récente étude effectuée au Royaume-Uni relativise quelque peu les résultats de telles études, en montrant l'influence de la discussion sur les réponses données. Avant la discussion, les réponses concernant les priorités de soins sont fortement discriminatoires, notamment envers les fumeurs, les toxicomanes et les personnes dépendantes de l'alcool. Après la discussion, les réponses sont beaucoup plus nuancées. Les auteurs expliquent cette modification par la reconnaissance, à travers la discussion, de la complexité insoupçonnée de telles questions¹³⁶⁶.

Pour illustrer la contradiction entre le personnel et l'impersonnel, l'étude Domenighetti / Maggi¹³⁶⁷ montre que, dans l'abstrait, une majorité de la population se déclare favorable à garantir à tous exclusivement les soins coûteux fondés sur des preuves d'efficacité. Par contre, lorsqu'ils présentent le cas Jaymee Bowen (cf. chap. 6), en posant l'hypothèse que Jaymee est une proche, une très large majorité (74%) est en faveur de la prise en charge de la deuxième greffe de la moëlle.

¹³⁶⁶

Paul Dolan / Richard Cookson / Brian Ferguson: "Effect of discussion on the public's views of priority setting in health care: focus group study", *BMJ* 1999; 318, pp 916 ss.

¹³⁶⁷

Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, pp 26-28.

10.3 Information donnée à la population

10.3.1 Information par les autorités

10.3.1.1 Nécessité

L'information de la population est une condition préalable à (ou accompagnant) l'information individuelle et donc à la possibilité d'autodécision¹³⁶⁸. Même s'il n'y a pas en droit suisse de véritable droit constitutionnel à l'information, mais seulement une liberté d'information¹³⁶⁹, le lien avec le droit à l'autodécision nécessite à notre sens de reconnaître un véritable droit à l'information relative au domaine de décision, notamment en matière de santé. Dans le domaine qui nous préoccupe ici, l'information peut également être un moyen qui vise à influencer le comportement des destinataires (information incitatrice¹³⁷⁰).

En Angleterre, une des grandes leçons à tirer du cas Jaymee Bowen est que transparence de l'information et communication sont absolument nécessaires et ceci à tous les niveaux¹³⁷¹. En Nouvelle-Zélande et en Oregon, la consultation populaire et l'information ont été des éléments fondamentaux pour l'établissement des plans de rationnement (cf. 3.3.2 et 3.3.3)¹³⁷². La Suède a aussi procédé à une consultation populaire pour déterminer quelles étaient les priorités données par la population en matière de santé¹³⁷³.

L'art. 28 de la Convention de biomédecine que la Suisse n'a pas encore ratifiée préconise que les Etats doivent veiller à ce que les questions fondamentales posées par les développements de la biologie et de la médecine fassent l'objet d'un débat public. Qui dit débat public, dit forcément information, ne serait-ce que pour lancer le débat. Le problème de l'accès aux

1368 Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", Stämpfli, Berne 1999, p. 295.
1369 Notamment: ATF 104 Ia 94 ss; Pascal Mahon: "L'information par les autorités", RDS 1999 II pp 259 ss; Jörg Paul Müller: "Grundrechte in der Schweiz", 1999, pp 294 ss.
1370 Pascal Mahon: "L'information par les autorités", RDS 1999 II p. 255.
1371 Chris Ham / Susan Pickard: "Tragic Choices in Health Care – The Case of Child B", 1998, pp 88 ss.
1372 Voir notamment Leonard M. Fleck: "Just caring : Oregon, health care rationing, and informed democratic deliberation", *Journal of Medicine and Philosophy*, 19 / 1994, p 376 et critiques concernant l'Oregon : pp 380 ss.
1373 Final report by The Swedish Parliamentary Priorities Commission : "Priorities in health care – Ethics, economy and implementation", 1995, pp 17 ss.

soins fait partie de ces questions fondamentales et est réglé à l'art. 3 de la Convention.

L'art. 19 al. 2 du Pacte II inclut le droit de rechercher et recevoir des informations dans la liberté d'expression¹³⁷⁴. Le droit de rechercher et de recevoir des informations devient en quelque sorte la condition d'un autre droit. C'est ce que nous avons préconisé plus haut en rapport avec le droit à l'autodétermination. Il faut rappeler que les dispositions du Pacte II sont en principe justiciables (cf. 2.2.2.2).

En Suisse, il faut notamment relever l'art. 6 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement qui préconise non seulement d'informer le public de manière objective sur la protection de l'environnement, mais aussi de recommander aux autorités et aux particuliers de prendre des mesures visant à réduire les nuisances¹³⁷⁵.

En 1997, le Tribunal fédéral a relevé l'importance de l'information au public en matière de transplantation d'organes¹³⁷⁶. Il avait à juger de l'admissibilité de la loi genevoise sur les prélèvements et les transplantations d'organes et de tissus, qui institue le principe du consentement présumé du donneur mort. Cette disposition trouve son origine dans la pénurie d'organes (ressources rares). Si le Tribunal fédéral reconnaît que d'un strict point de vue de la liberté personnelle, la solution du consentement explicite est la plus satisfaisante, il admet le système de la loi genevoise, pour la raison que nous venons d'invoquer, mais sous le terme d'un "intérêt plus général lié au droit à la vie et à l'amélioration des conditions d'existence des malades". Par contre, il soumet strictement l'introduction du système du consentement présumé à une obligation de l'Etat d'informer le public¹³⁷⁷. Dans la ligne de cet arrêt, l'art. 79 de l'avant-projet de loi fédérale concernant les transplantations d'organes contient une obligation d'information régulière au public par le service fédéral compétent et les cantons. L'al. 2 précise que cette information doit avoir pour but d'encourager le don d'organes, de tissus ou de cellules et d'assurer la transparence dans la pratique de la médecine de transplantation.

¹³⁷⁴ La nature du "droit" à rechercher et à recevoir des informations tel que prévu à l'art. 19 al. 2 du Pacte II est controversée, cf. Jörg Paul Müller : "Grundrechte in der Schweiz", 1999, p. 295.

¹³⁷⁵ Pour plus de détails, Pascal Mahon: "L'information par les autorités", RDS 1999 II p. 254.

¹³⁷⁶ ATF 123 I 134 ss.

¹³⁷⁷ "En d'autres termes, on ne saurait inférer du silence de l'intéressé qu'il consent à un prélèvement d'organes, s'il n'a pas été suffisamment informé que son silence pouvait être interprété comme un consentement", ATF 123 I 138.

Plusieurs parallèles peuvent être tirés entre la rareté des organes et le caractère limité des ressources financières: la nécessité de limiter le contenu optimal d'un droit fondamental par une donnée de fait - le caractère limité des ressources - et l'idée d'un intérêt général relatif aux soins. La nécessité de l'information doit dès lors avoir la même acuité dans le domaine qui nous préoccupe ici que dans celui de la transplantation d'organes.

10.3.1.2 Contenu de l'information

L'art. 79 al. 3 de l'avant-projet de loi fédérale concernant les transplantations indique que l'information doit notamment porter sur le besoin d'organes et la possibilité d'en faire don, sur les conditions requises pour le prélèvement et sur les éventuelles conséquences, selon le système de prise de décision choisi, d'une absence d'opposition du donneur décédé de son vivant.

Par analogie, dans le domaine qui nous concerne ici, l'information pourrait porter, dans un premier temps, sur l'ampleur des coûts, les mécanismes qui régissent le marché des soins, l'incertitude propre à l'art médical¹³⁷⁸ et l'intérêt général relatif aux soins. L'art. 28 de la Convention de biomédecine précise que le débat public doit avoir lieu à la lumière des implications médicales, sociales, économiques, éthiques et juridiques. C'est dans le cadre d'une telle intervention préventive qu'on pourra sensibiliser les patients potentiels à leur responsabilité quant aux coûts des soins. Les effets pratiques que peut avoir une information sur l'évaluation de la nécessité d'une opération ont été analysés (exemple de l'hystérectomie)¹³⁷⁹.

Dans un deuxième temps elle doit tous nous inciter à nous situer personnellement en rapport avec les soins. Le nouveau guide NHS est intéressant à ce titre, puisqu'il différencie les instances auxquelles la personne peut s'adresser, en fonction des besoins discernés par le patient lui-même¹³⁸⁰.

1378 Gianfranco Domenighetti: "Marché de la santé: Ignorance ou adéquatation?", 1994, p. 85.

1379 Gianfranco Domenighetti: "Marché de la santé: Ignorance ou adéquatation?", 1994, pp 57 - 58.

1380 "I am unwell. What can I do? - do you need some advice? - Do you think you need to see someone? - do you feel you need urgent medical treatment?" "Your guide to the NHS", p. 9, sur le site NHS; au sujet des mécanismes et du contenu de l'information au Royaume-Uni, cf. aussi Department of Health: "Involving Patients and the Public in Healthcare", 2001.

Dans un troisième temps, si la question du rationnement devait se faire plus pressante, il faudrait procéder à une information particulièrement soignée, s'agissant d'une entrave importante à la liberté de décision du patient. Il faudrait non seulement procéder à une telle information, mais s'efforcer d'obtenir un certain consensus ou en tous cas d'impliquer la population à une grande échelle¹³⁸¹. Les études d'opinion de la population devraient alors être affinées.

Cette information demande du courage politique: "Il est difficile de communiquer à propos de mauvaises nouvelles"¹³⁸². En rapport avec la question de l'introduction d'un critère-âge, une déclaration de l'actuelle ministre de la santé des Pays-Bas (peu avant qu'elle ne devienne ministre) au sujet de l'opportunité d'introduire un critère âge pour certaines prestations avec une longue liste d'attente, indique combien les répercussions politiques d'une telle décision seraient plus négatives que les effets positifs escomptés. Il s'agirait alors plutôt d'éveiller la conscience dans la population que mourir à un âge avancé est la chose la plus naturelle au monde...¹³⁸³

10.3.2 Information médicale sur Internet

Le développement des technologies de communication a pour conséquence qu'un grand nombre d'informations relatives aux traitements et aux diagnostics sont accessibles rapidement et à grande échelle sur Internet (p. ex. BMJ, Medline...). Par ailleurs, les patients peuvent échanger de l'information entre eux, joindre des associations de patients ou encore demander un avis médical¹³⁸⁴. Autrement dit, Internet contribue au processus de prise de décision par le patient et par conséquent à son droit à l'information¹³⁸⁵.

Internet pose plusieurs problèmes: mis à part les questions d'anonymat et de responsabilité, il n'y a pas de garantie de qualité des informations disponibles et l'utilisateur risque de rencontrer des difficultés pour en faire le tri. D'autres

¹³⁸¹ Gianfranco Domenighetti / Jenny Maggi: "Définition des priorités sanitaires et rationnement", 2000, p. 29.

¹³⁸² Jean Martin: "L'évolution de la médecine et les droits et devoirs des personnes et de la société", BMS 2001, p. 131.

¹³⁸³ E. Borst-Eilers: "Leeftijd als criterium", 1990, pp 66-72.

¹³⁸⁴ P. ex. au Royaume-Uni avec NHS-Direct online.

¹³⁸⁵ H.D.C. Roscam Abbing: "Internet, the Patient and the Right to Care for Health", European Journal of Health Law, 2000, p. 222.

médias peuvent poser le même type de problèmes, mais internet se distingue par:

- La rapidité de l'information et de son accès;
- L'ampleur de l'information;
- La facilité d'utilisation: l'introduction d'un mot-clef donne accès à une quantité de sites, d'articles et d'adresses;
- L'accessibilité à toute personne sachant manier un ordinateur et y ayant accès¹³⁸⁶.

La facilité d'accès et le développement d'Internet ont pour conséquence que les personnes peuvent s'auto-éclairer pour leurs prises de décisions en matière médicale. L'évolution future et notamment le fait de savoir si elle entraînera une baisse du nombre de consultations est difficile à prévoir¹³⁸⁷. Si l'information trouvée est de qualité elle ne pourra que nourrir positivement la discussion entre le patient et le médecin.

Mis à part le problème de la qualité, il faut relever que les informations relatives à des maladies sont presque toujours de nature purement médicale, avec quelques allusions à la qualité de vie par le biais des QALYs et des DALYs. Ceci risque d'entrer en conflit avec la nécessité d'une information globale préconisée ici et qui comprend également les aspects économiques. Le risque de l'auto-éclairage est qu'il nous renforce dans les mythes évoqués au début de ce travail, dans la recherche du traitement du dernier espoir qui serait peut-être accessible quelque part dans le monde.

Les quelques problèmes évoqués ici ne se régleront pas par la censure, mais plutôt par la création de sites attractifs donnant des informations globales, faciles d'accès à tous et transparentes¹³⁸⁸ ou par des instruments de contrôle encore à développer.

¹³⁸⁶ Ce point pose le problème de l'égalité d'accès (coûts, instructions nécessaires, éducation). Plus de détails dans Pascal Mahon: "L'information par les autorités", RDS 1999 II, p. 343; H.D.C. Roscam Abbing: "Internet, the Patient and the Right to Care for Health", *European Journal of Health Law*, 2000, p. 221.

¹³⁸⁷ Plusieurs scénarios sont décrits par Richard Smith: "The future of health care systems - Information technology and consumerism will transform health care worldwide", *BMJ* 1997; 314; p. 1495.

¹³⁸⁸ "Transparency, public information and education are key issues in relation to the provision of health related services through internet", H.D.C. Roscam Abbing:

10.4 L'information dans la relation médecin - patient

10.4.1 Principes

Le temps est loin où le médecin essayait de reconforter le patient, au prix de lui cacher les informations sur la réalité de son état de santé, tel que dans ce dialogue du "Pavillon des cancéreux"¹³⁸⁹:

- „ - Mais si cela peut vous soulager, je vais vous dire ce que vous avez: une lymphogranulomatose...
- Donc ce n'est pas le cancer?
- Nullement. „

Pourtant, la nature de notre système de santé a encore trop souvent pour conséquence que le patient suit le conseil du médecin et se fait rembourser ensuite. Il se retrouve finalement consommateur mal informé et peu impliqué dans une situation qui souvent le dépasse. Et pourtant, c'est bien de sa vie et de sa santé qu'il s'agit.

La question du droit à l'information occupe une place de plus en plus importante dans notre société et particulièrement dans le domaine médical. Ce droit est intimement lié (puisqu'il en est la *conditio sine qua non*) au droit à l'autodétermination, protégé par le biais de la garantie constitutionnelle de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) et par les droits de la personnalité en droit civil, même s'il n'est pas reconnu comme un véritable droit constitutionnel en Suisse, en tout cas pas en tant que droit général à l'information (cf. 10.3.1.1).

En droit civil, le droit à l'autodétermination est fondé sur l'article 28 du Code civil (CC), selon lequel une atteinte à la personnalité est illicite à moins que la "victime" n'y ait consenti. Le traitement médical est considéré comme une atteinte à la personnalité ou plus précisément à l'intégrité physique par le Tribunal fédéral¹³⁹⁰. Celui-ci précise que le devoir d'information par le médecin ne sert pas seulement à la protection de la formation libre de la volonté du patient, mais aussi à la protection de son intégrité physique¹³⁹¹. Le droit à l'information existe, en tant que *conditio sine qua non* d'une décision

"Internet, the Patient and the Right to Care for Health", European Journal of Health Law, 2000, p. 222.

1389

Alexandre Soljénitsyne: "Le pavillon des cancéreux", p. 77.

1390

ATF 117 Ib 197 ss.

1391

ATF 117 Ib 201.

éclairée, peu importe que le rapport entre le médecin et le patient relève du droit privé ou du droit public¹³⁹².

Sur le plan international, il faut relever l'art. 5 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine qui prévoit non seulement la nécessité du consentement éclairé pour quiconque subit une intervention dans le domaine de la santé, mais encore, expressément, le droit à l'information concernant la nature de l'intervention, ses conséquences et ses risques.

Dans le rapport patient-médecin, le droit à l'information, découlant directement du droit à l'autodétermination, essence des droits de la personnalité des patients¹³⁹³, occupe une place centrale. D'ailleurs, le Tribunal fédéral l'a encore répété dans un arrêt récent: le médecin n'a pas le droit d'effectuer un acte médical sans une information détaillée¹³⁹⁴. C'est bien le droit à l'information qui permet de ramener le patient à l'état d'interlocuteur vraiment adulte du médecin; il est un élément nécessaire à un "choix éclairé"¹³⁹⁵. C'est en disposant d'une information de qualité que le patient pourra finalement décider ou co-décider de ce qui touche à son bien-être et à sa vie. C'est à ce but que nous devons tendre, même s'il y a encore des relents de paternalisme dans la relation médecin-patient¹³⁹⁶ et que le véritable choix du patient revêt encore un aspect de conte de fées¹³⁹⁷.

10.4.2 Contenu général du devoir d'information du médecin

Il est difficile de déterminer abstraitement l'étendue de l'information, tant celle-ci est dépendante du patient, du cas d'espèce et du médecin. Un principe doit toutefois guider cette réflexion: "tous les éléments de nature à influencer la décision du patient doivent lui être donnés"¹³⁹⁸. Cela implique que l'information contiendra au minimum l'évaluation de l'état de santé,

¹³⁹² Notamment ATF 114 Ia 358.

¹³⁹³ Olivier Guillod: "Le consentement éclairé du patient - autodétermination ou paternalisme?", 1986, p. 128.

¹³⁹⁴ ATF 126 I 115-116.

¹³⁹⁵ Olivier Guillod: "Le droit médical: quelques (r)évolutions récentes", 1998, p. 27; Olivier Guillod: "Le consentement éclairé: de la théorie à la pratique", 1993, p. 73.

¹³⁹⁶ Harvey Teff: "Reasonable Care - Legal Perspectives on the Doctor-Patient Relationship", 1994, p. 127.

¹³⁹⁷ Jay Katz: "Le consentement éclairé doit-il rester un conte de fées?", 1993, p. 9.

¹³⁹⁸ Olivier Guillod: "Le consentement éclairé du patient - autodétermination ou paternalisme?", 1986, p. 129.

l'explication du traitement, les éventuelles alternatives et l'exposé des conséquences et des risques possibles. Au chapitre précédent, en rapport avec le critère de la qualité de vie pondérée, nous avons également émis la proposition que cette information soit orientée sur la qualité de vie.

L'information quant aux aspects économiques directs que peut avoir un soin pour le patient fait aussi partie du devoir d'information du médecin¹³⁹⁹, car le patient n'a pas seulement intérêt à être bien soigné, mais à l'être aux frais de l'assurance¹⁴⁰⁰. Notamment lorsqu'il a des doutes quant à la prise en charge, le médecin doit les exprimer et conseiller au patient de prendre contact avec son assureur et ce, même si le patient ne lui a pas expressément demandé de renseignements sur les aspects économiques¹⁴⁰¹. A ce titre, il faut mentionner que l'art. 6 al. 1 lit. e LPMA¹⁴⁰² intègre expressément l'information concernant les aspects financiers dans l'obligation du médecin d'informer le couple demandeur.

10.4.3 Information et contexte économique

La question de savoir si l'information quant aux aspects économiques qui ne touchent pas directement les intérêts du patient (p. ex.: coût d'un traitement pris en charge par l'assurance) doit être donnée est moins claire. Une réponse affirmative serait toutefois plus que souhaitable dans le contexte actuel. Il faut rappeler que le consentement éclairé du patient est la concrétisation d'un processus participatif de prise de décision¹⁴⁰³. En période de pénurie de ressources, il est important que le patient puisse devenir coresponsable de la bonne utilisation des ressources en matière de soins¹⁴⁰⁴. Ceci implique de

¹³⁹⁹ ATF 114 Ia 158-159; 116 II 521-522; 119 II 456; Olivier Guillod: "Le consentement éclairé du patient - autodétermination ou paternalisme?", 1986, p. 141; Heinrich Honsell (éd.): "Handbuch des Arztrechts", 1994, p. 129-130; Gabrielle Steffen / Olivier Guillod: "Landesbericht Schweiz", 2000, p. 241.

¹⁴⁰⁰ ATF 119 II 460-461.

¹⁴⁰¹ ATF 119 II 460.

¹⁴⁰² Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée, RS 814.90.

¹⁴⁰³ Olivier Guillod: "Le consentement éclairé du patient - autodétermination ou paternalisme?", 1986, p. 262.

¹⁴⁰⁴ Bericht der Gesundheitskommission des Grossen Rates: "Rationierung im Gesundheitswesen?", Bâle, février 2000, p. 36.

prendre en considération les intérêts de la collectivité même dans la relation très individualisée du médecin et du patient¹⁴⁰⁵.

Dans un contexte de rationnement, il faudrait déterminer si l'information doit aussi se rapporter aux alternatives, médicalement possibles mais refusées, tout en expliquant pourquoi elles ne sont pas prises en charge par l'assureur de base. La transparence absolue exigerait que cette information soit donnée.

10.5 Conclusion

Une décision de rationnement selon la définition donnée au chap. 8, c'est-à-dire légitimée par un processus démocratique, devrait à notre sens également être légitimée par un processus de décision individuel. C'est une des raisons pour lesquelles nous avons proposé un critère de qualité de vie pondérée, de manière à rallier les deux éléments. A cet effet, l'information, en tant que *conditio sine qua non* d'une décision véritablement éclairée, joue un rôle tout à fait central aux deux niveaux qui sont interdépendants: l'information du public d'une part et l'information individuelle dans la relation médecin - patient d'autre part.

L'information est un défi majeur dans l'adaptation des systèmes de soins aux réalités actuelles déterminées par les éléments suivants: ressources limitées, patients éclairés, ajustement des attentes. A cette fin, les trois canaux d'information évoqués ici - par les autorités, via Internet et par les médecins - doivent être développés, si possible de manière coordonnée, et en respectant les exigences de l'égalité d'accès à ces informations.

1405

Jean Martin: "L'évolution de la médecine et les droits et devoirs des personnes et de la société", BMS 2001, p. 123.

11 Thèses

1. Dans les trois ordres juridiques examinés, il n'y a pas de droit constitutionnel général et justiciable aux soins. Des précisions quant à la nature du droit et à la détermination des soins sont nécessaires.
2. Un droit constitutionnel justiciable aux soins essentiels peut être tiré en Suisse du droit à des conditions minimales d'existence (art. 12 Cst.) et aux Pays-Bas des conventions internationales et de la protection constitutionnelle de la sécurité d'existence (art. 20 Cst.-NL). Il s'agit là d'une garantie minimale de soins, destinée à protéger la dignité humaine, indépendante des ressources financières et des tendances politiques et qui peut être considérée comme un droit individuel. Les soins essentiels peuvent être définis comme étant les soins d'urgence et de médecine générale absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine.
3. Pour la Suisse et les Pays-Bas, nous proposons d'aborder le droit aux soins par la construction "un bloc, deux piliers":
 - Un bloc : droit constitutionnel justiciable aux soins essentiels ;
 - Deux piliers :
 - Un but social de mise à disposition des soins ;
 - Le droit à l'égalité d'accès aux soins mis à disposition.

La construction "un bloc, deux piliers" pourrait s'appliquer à d'autres droits de type social.

4. En Suisse et aux Pays-Bas, cette construction est réalisée concrètement par le système d'assurances sociales qui vise à garantir l'accès aux soins nécessaires à tous. Le concept de soins nécessaires est décrit sous la thèse no 10.
5. Au Royaume-Uni, le système donne la priorité aux institutions permettant la réalisation concrète de prétentions du citoyen, plus qu'au développement des droits fondamentaux. Dans le domaine des soins, ceci a conduit à la création d'un système de soins étatisé (NHS). La construction "un bloc, deux piliers" ne peut

être transposée à ce système. En réalité, il n'y a qu'un bloc : les soins mis à disposition par le NHS et auxquels chacun doit pouvoir accéder.

6. Lorsqu'ils garantissent plus que les soins essentiels, définis comme un minimum absolu, les systèmes de soins et par conséquent la réalisation concrète du but social dépendent des ressources financières. Dans l'analyse des mesures à prévoir en cas de ressources insuffisantes, nous pensons que le terme de rationnement ne doit pas être banni par avance. A ce titre, nous avons proposé la définition suivante : le rationnement est une décision, justifiée par le manque de ressources, de ne pas attribuer certains soins à certaines personnes alors que ceux-là seraient nécessaires d'un point de vue purement médical; la décision est basée sur des critères objectifs, fixés à l'avance et respectant les règles de notre démocratie.
7. Le principe même du rationnement, selon cette définition, n'est pas incompatible avec la protection constitutionnelle de la personnalité, si les conditions suivantes sont remplies: le noyau des droits de la personnalité reste intact et les ressources sont insuffisantes de fait ou par un choix de société inévitable. Ce caractère inévitable doit être strictement soumis à un contrôle et à une obligation de preuve.
8. Les critères de rationnement doivent passer à travers un crible serré. Les confrontant notamment au principe de l'égalité de traitement, à l'interdiction de discriminer et à la législation en matière d'assurances sociales, nous sommes arrivés à la conclusion que la plupart des critères personnels et sociaux ne passent pas ce crible, exception faite, moyennant quelques réserves, de la qualité de vie.
9. Pour répondre à ces réserves, nous avons proposé un critère qualité de vie pondéré. Ce critère se compose de deux éléments qui doivent être mis en balance dans la discussion entre le médecin et le patient : un élément objectif chiffré (p. ex. QALYs) et un élément d'appréciation individuelle par la personne concernée. L'application de ce critère devrait conduire à un système de soins participatif et à une décision plus éclairée de la part de la personne concernée.
10. L'étude nous a permis de délimiter un peu plus le concept de soins nécessaires, tel qu'il intervient dans la formulation du but

social et dans les assurances sociales. Les soins nécessaires comprennent trois éléments : l'efficacité, l'économicité et la qualité de vie. Il faudrait alors parler de soins nécessaires au maintien ou au rétablissement de la qualité de vie. Ce concept s'insère dans celui, plus général, préconisé ici : les soins de la personne, plus que les soins de maladie ou de santé.

11. Les décisions relatives à d'éventuelles mesures de rationnement devraient être doublement légitimées : sur le plan démocratique et sur le plan individuel. A cet effet, l'information par les autorités, par le médecin et par le biais d'Internet joue un rôle déterminant en ce qu'elle est l'élément indispensable de toute décision éclairée. Si la question d'un droit constitutionnel général à l'information est controversée, le droit à l'information dans le domaine des soins est une *conditio sine qua non* du droit à l'autodétermination.

12 Thesen

1. Keine der drei besprochenen Rechtsordnungen kennt ein generelles und justiziables Recht auf Gesundheitsversorgung. Eine nähere Umschreibung dieses Rechtes und seines Inhaltes ist unerlässlich.
2. Ein Recht auf elementare Gesundheitsversorgung kann in der Schweiz vom Recht auf Existenzsicherung (Art. 12 BV) und in den Niederlanden von den internationalen Abkommen und dem verfassungsrechtlichen Schutz der Existenzsicherheit (Art. 20 der niederländischen Verfassung) abgeleitet werden. Bei der elementaren Gesundheitsversorgung handelt es sich um einen minimalen Schutz zur Sicherung der Menschenwürde. Dieser Schutz ist von den vorhandenen Geldmitteln und den politischen Entscheiden unabhängig und stellt als solcher ein individuelles Grundrecht dar. Die elementare Gesundheitsversorgung würde folgende Elemente umfassen: die Notfallpflege und die Behandlung eines Allgemeinpraktikers, insofern beide für den Schutz der Menschenwürde dringend notwendig sind.
3. Für die Schweiz und die Niederlande schlagen wir vor, das Recht auf Gesundheitsversorgung aufgrund des Schemas "ein Block, zwei Säulen" zu analysieren:
 - Ein Block der dem justiziablen Recht auf elementare Gesundheitsversorgung entspricht;
 - Zwei Säulen:
 - Ein Sozialziel zur Bereitstellung der Gesundheitsversorgung;
 - Das Recht auf Gleichbehandlung beim Zugang zur bereitgestellten Gesundheitsversorgung.

Die zwei Säulen stellen ein justiziables Grundrecht auf Gleichbehandlung beim Zugang zur verfügbaren Gesundheitsversorgung dar.

Das Schema könnte auch für andere Rechte im Sozialbereich verwendet werden.

-
4. Das Schema wird in der Schweiz und in der Niederlanden durch das Sozialversicherungswesen verwirklicht, welches eine Garantie des Zuges zum notwendigen Gesundheitsversorgung darstellt. Der Begriff der notwendigen Gesundheitsversorgung wird unter der These Nr. 10 umschrieben.
 5. In Grossbritannien ist die Rechtsordnung weniger auf Grundrechte gerichtet, als auf die Institutionen die es dem Bürger ermöglichen, konkrete Ansprüche zu verwirklichen. Im Bereich der Gesundheitsversorgung wurde eine staatliche Institution (NHS) errichtet. Das Schema "ein Block, zwei Säulen" kann in diesem System nicht angewendet werden. Vielmehr ist einfach ein Block vorhanden: die Gesundheitsversorgung die vom NHS angeboten wird und deren Zugang jedermann garantiert werden muss.
 6. Dort wo die Gesundheitsversorgung die elementaren Bedürfnissen (Art. 12 BV) übersteigt, ist deren Inhalt von den Geldmitteln abhängig. Anlässlich der Analyse möglicher Massnahmen, wenn die vorhandenen Mitteln ungenügend sind, sind wir zum Schluss gekommen, dass der Begriff Rationierung nicht zum vornherein ausgeschlossen werden darf. Der Begriff wird in dieser Arbeit wie folgt definiert: ein, durch ungenügende Mittel begründeter Entscheid, gewisse Behandlungen an gewissen Personen nicht abzugeben, auch wenn sie aus rein medizinischer Sicht notwendig wären. Der Entscheid muss auf, im vornherein und im Rahmen der demokratischen Beschlussfassung gesetzte objektive Kriterien beruhen.
 7. Rationierung im Sinne dieser Definition ist mit dem grundrechtlichen Persönlichkeitsschutz nicht unvereinbar. Bedingungen sind allerdings, dass die elementare Gesundheitsversorgung und der Kerngehalt der Grundrechte nicht angetastet werden und, dass die Mitteln faktisch ungenügend sind oder, dass eine gesellschaftliche Prioritätensetzung wegen mangelnden Mitteln unerlässlich ist. Letzteres unterliegt einer strengen Beweislast.
 8. Die Rationierungskriterien müssen durch ein sehr selektives Sieb gelassen werden. Das Raster ist vom Gebot der Gleichbehandlung, dem Diskriminierungsverbot und der Gesetzgebung im Sozialversicherungsbereich zusammengesetzt. Anlässlich dieser Analyse sind wir zum Schluss gekommen, dass die meisten persönlichen oder gesellschaftlichen Kriterien,

mit Ausnahme der Lebensqualität (unter Vorbehalt) nicht durch das Sieb kommen.

9. Um dem Vorbehalt betreffend der Lebensqualität entgegenzukommen, haben wir ein gemischtes Kriterium der Lebensqualität vorgeschlagen. Es umfasst zwei Elemente: ein objektiv bezifferbares Element (z. B. QALYS) und die individuelle Einschätzung der eigenen Lebensqualität durch die betroffene Person selbst. Ein solches Kriterium sollte zu einem partizipativeren Gesundheitssystem führen und einen umfassenden Entscheid ermöglichen.
10. Die vorliegende Studie hat es uns ermöglicht, das Konzept der notwendigen Gesundheitsversorgung, das sowohl in der Formulierung des Sozialzieles wie auch in der Sozialversicherung verwendet wird, etwas mehr einzugrenzen. Die notwendige Gesundheitsversorgung wird durch drei Elemente charakterisiert: Effizienz, Wirtschaftlichkeit und Lebensqualität. Man könnte deshalb von einer Gesundheitsversorgung sprechen, die zum Erhalt oder zur Verbesserung der Lebensqualität notwendig ist.
11. Entscheide über allfällige Rationierungsmassnahmen sollten doppelt legitimiert werden: auf demokratischer wie auf individueller Ebene. Die Information durch die Behörden, durch den Arzt sowie über das Internet sind für das *informed consent* von höchster Wichtigkeit. Auch wenn die Frage eines, durch die Verfassung garantiertes Recht auf Information umstritten ist, bildet ein solches Recht die *conditio sine qua non* des Selbstbestimmungsrechtes.