

Revue suisse
de droit
de la santé

1	Inhaltverzeichnis/Sommaire
	Editorial/Éditorial
2	Gesundheitsrecht und Gesundheitspolitik. <i>Jost Gross</i>
3	Aktualität, Veranstaltungen/Actualité, manifestations
	Entscheidungen/Commentaires de jurisprudence
5	De l'autonomie du patient: à quelles conditions sa décision est-elle libre? <i>Dominique Manai</i>
9	L'énigme de la responsabilité des cantons pour les lésions post-vaccinales. Commentaire de l'ATF 129 II 353. <i>Christoph Müller</i>
13	Clause du besoin pour l'accès aux professions médicales. Commentaire de l'ATF 2P.305/2002. <i>David Hofmann</i>
17	ATF 129 II 510: réflexions sur une mise au point bienvenue en droit des assurances privées. <i>Nathalie Brunner</i>
	Aufsätze/Articles
21	Le secret professionnel des soignants. <i>Jean-François Dumoulin</i>
37	Telemedizin und Arzthaftpflichtrecht im Lichte des schweizerischen und internationalen Privatrechts. <i>Christoph Müller</i>
	Buchbesprechungen/Recensions de livres
49	Le grand secret de l'industrie pharmaceutique
50	Médecin et droit médical, 2 ^e édition
	Dokumentation/Documentation
51	Législation/Gesetzgebung
	I. Droit international (sélection)/Internationales Recht (Auswahl)
	II. Droit communautaire/Europarecht
	III. Droit étranger (sélection)/Ausländisches Recht (Auswahl)
	IV. Droit fédéral/Bundesrecht
	V. Droit cantonal (sélection)/Kantonales Recht (Auswahl)
	VI. Déclarations et directives éthiques et professionnelles/Ethische und berufliche Erklärungen und Richtlinien
57	Jurisprudence/Rechtsprechung
	I. Jurisprudence CEDH (sélection)/Rechtsprechung EMRK (Auswahl)
	II. Jurisprudence des juridictions communautaires (sélection)/ Rechtsprechung der Gerichte der EG (Auswahl)
	III. Jurisprudence étrangère (sélection)/Ausländische Rechtsprechung (Auswahl)
	IV. Jurisprudence fédérale/Bundesrechtsprechung
	V. Jurisprudence cantonale/Kantonale Rechtsprechung
64	Doctrine/Lehre
	I. Doctrine internationale et étrangère (sélection)/Internationale und ausländische Lehre (Auswahl)
	II. Doctrine suisse/Schweizerische Lehre
73	Impressum

Gesundheitsrecht und Gesundheitspolitik

Jost Gross, Rechtsanwalt, Privatdozent, Dr.iur., Nationalrat
Hauptstrasse 63, 8272 Hermatingen, grosslinder@bluewin.ch

In der Beratung des Embryonenforschungsgesetzes stellte sich in einer nationalrätlichen Kommission die Frage der Verfassungsmässigkeit. Der zuständige Vertreter des Bundesrats sagte in der Debatte pointiert, verfassungskonform sei, was die Bundesversammlung beschliesse. Er meinte damit, es gebe kein Mittel der Verfassungskontrolle, das Bundesgesetz unter diesem Gesichtspunkt unter die Lupe nehme. Damit ist ein Problem im Spannungsverhältnis zwischen Gesundheitsrecht und Gesundheitspolitik angesprochen: Das Verfassungsrecht setzt dem Gesundheitsrecht auf Gesetzesstufe keine wirksamen Schranken, jedenfalls nicht im Bundesrecht. Deshalb wird politisch vielleicht Wünschbares oft unbesehen mit dem verfassungsrechtlich Möglichen gleichgesetzt. Bei Staaten mit einer Verfassungsgerichtsbarkeit auch gegenüber dem Gesetzgeber werden Diskussionen über die Verfassungsmässigkeit von diagnostischen und therapeutischen Eingriffen z.B. in der Genforschung und -therapie viel sensibler geführt.

Ein zweites Problem ist die Verwaltungslastigkeit des Wissenstransfers. Wenn Gesetzgebungsprojekte in Forschung und Medizin Rechtsfragen aufwerfen, holt die Verwaltung die ihnen genehmen ExpertInnen. Das wäre nicht zu beanstanden, wenn das Parlament im Sinne einer richtig verstandenen Machtbalance alternatives Expertenwissen abrufen könnte. Das ist nur beschränkt möglich, etwa im Rahmen von Hearings. Expertenaufträge mit Kostenfolgen können das Parlament oder seine Kommissionen nicht vergeben. Experten neigen in

den Hearings nicht selten dazu, entweder Interessenpositionen oder ethisch oder verfassungsrechtlich indifferente Sowohl-als-auch-Positionen zu vertreten. Im Parlamentsrecht müssten die Grundlagen für ein echtes «Empowerment» der ParlamentarierInnen mit Expertenwissen geschaffen werden. Das wäre eine Chance gerade auch für das Gesundheitsrecht.

Schliesslich findet auch der Wissenstransfer grenzüberschreitend kaum statt. Die Finanzierungsprobleme in der sozialen Krankenversicherung bestehen weltweit. In einigen europäischen Staaten sind Reformprozesse im Gange. Die Schweiz führt die Revisionsdebatte weitgehend abgenabelt von der internationalen Diskussion. Verwaltung und Parlament profitieren kaum von Erfahrungen ausländischer Staaten bei der Kostenlenkung im Gesundheitswesen, bei Aufrechterhaltung einer angemessenen Grundversorgung. Das international anerkannte Expertenwissen in der Schweiz wird zuwenig genutzt. Ich denke etwa an Untersuchungen über die Wirkung von Globalbudgets, managed care-Modelle und Capitation (Fallkostenpauschalen).

Ein Gesundheitsrecht in seiner verfassungsrechtlichen Abstützung und im internationalrechtlichen Kontext z.B. der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Bioethik-Konvention könnte und müsste die Gesundheitspolitik in diesem Land viel stärker inspirieren und befruchten. Dazu kann die neue Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht eine wichtige Plattformfunktion erfüllen.

Assurance maternité

Le Conseil national et le Conseil des États ont accepté la révision de la loi sur les allocations pour pertes de gain (Loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile, LAPG, RS 834.1), le 3 octobre 2003. Cette révision a pour but principal de créer un régime fédéral d'allocation de maternité. Auraient droit à l'allocation les femmes qui, à la date de l'accouchement, sont salariées, exercent une activité indépendante, ou encore travaillent dans l'entreprise de leur mari contre un salaire en espèce (art. 16b). L'allocation prévue, versée sous forme d'indemnités journalières à hauteur de 80% du revenu moyen et plafonnées à 172 francs par jour, serait versée pendant 14 semaines depuis la date de début du droit (soit en principe le jour de l'accouchement, art. 16c). Aux yeux du Conseil fédéral, la révision «constitue une solution parfaitement adéquate pour combler la dernière des grandes lacunes de la sécurité sociale suisse» (Avis du Conseil fédéral du 6 novembre 2002, FF 2003 1032, 1042). Un comité référendaire mené par l'UDC s'oppose à la révision et a déposé plus de 72 000 signatures à la Chancellerie fédérale le 22 janvier 2004. L'objet devrait être soumis aux urnes le 26 septembre.

Embryons surnuméraires et cellules souches embryonnaires

L'Assemblée fédérale a adopté le 3 octobre 2003, sous forme de loi urgente, une modification de la loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA, RS 814.90). Le nouvel article 42 alinéa 2 LPMA prévoit que «les embryons peuvent être conservés à des fins de procréation au plus tard jusqu'au 31 décembre 2005. Si ces embryons ne sont pas utilisés à cette fin ou si leur délai de conservation expire, et pour autant que le couple concerné ait été dûment informé et ait donné son consentement éclairé par écrit, ils peuvent être conservés à des fins de recherche jusqu'au 31 décembre 2008 et utilisés selon les dispositions de la loi y relative [sic] au moment où celle-ci entrera en vigueur». Notons que cette fameuse loi y relative est celle sur la recherche sur les cellules souches embryonnaires. Le législateur n'envisage donc l'utilisation des embryons à des fins de recherche que dans le but de créer des lignées de cellules souches.

La loi fédérale urgente est entrée en vigueur le 3 octobre 2003 et est valable jusqu'au 31 décembre 2008.

Le 19 décembre 2003, l'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires (FF 2003 7481) qui fixe les conditions régissant la production de ces cellules à partir d'embryons surnuméraires et leur utilisation à des fins de recherche, et soumet ces activités à autorisations de l'OFSP. La délivrance de ces autorisations est notamment subordonnée à l'obtention de l'avis favorable d'une commission d'éthique compétente au sens de la LPT. Le délai référendaire de cette loi est fixé au 8 avril 2004.

Prix des prestations médico-dentaires

Le Conseil fédéral a approuvé le 21 janvier 2004 la modification de l'ordonnance sur l'indication des prix (OIP) et fixé son entrée en vigueur au 1^{er} juin 2004. Dès cette date, chaque dentiste devra fixer et communiquer la valeur du point de taxation, celle-ci relevant du droit privé et ne peut donc pas être intégrée telle quelle dans une ordonnance de droit public. Il sera toutefois toujours difficile de calculer à l'avance le prix final exact, ce dernier étant fonction notamment des caractéristiques de la dentition du patient. Il sera possible de demander un devis, mais ce service restera payant.

Réforme du droit sanitaire cantonal genevois

Le droit sanitaire genevois est sur le point de subir une refonte importante sur le modèle des révisions récentes en Valais, à Fribourg et dans le canton de Vaud. Revisité et modernisé, ce droit sera chapeauté par une loi-cadre sur la santé fortement inspirée de la législation des cantons précités qui pose les jalons de la future politique sanitaire et fixe les principes généraux. Ces derniers seront concrétisés et précisés dans des lois d'application ou d'organisation.

L'ensemble de la réforme a été mis en consultation en janvier 2004 [FAO 23.01.2004; www.ge.ch/dass/presse/welcome.asp?affiche=presse=5].

... et des droits des patients dans le canton de Zürich

Le projet de loi sur les droits des patients du canton de Zürich (Patientenrechtsgesetz) a

été soumis au Grand Conseil le 12 janvier 2004 [Amtsblatt des Kantons Zürich N° 3, 16.01.2004; <http://www.amtsblatt.zh.ch>].

Publiforum sur la recherche impliquant des êtres humains

Dans le cadre du PubliForum «Recherche impliquant des êtres humains», une trentaine de citoyennes et citoyens se sont penchés sur les questions ayant trait à la recherche impliquant des êtres humains. Le panel de citoyens préconise, dans ses recommandations, la mise en place

d'incitations au développement de la recherche auprès des enfants, des femmes enceintes, des personnes handicapées et atteintes de maladies rares. Pour le panel, la future loi fédérale suisse concernant la recherche impliquant des êtres humains devrait s'orienter selon les exigences de la Convention de sur les droits de l'Homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe. Les représentantes et représentants du panel de citoyens accordent la priorité à la protection des sujets de recherche et à la garantie de la protection des données [Le rapport du panel de citoyens est disponible sur: www.ta-swiss.ch]

Veranstaltungen/Manifestations

Mai

Le 3^e module de formation continue en droit de la santé aura lieu à Neuchâtel les jeudi 6 et vendredi 7 mai 2004. Inscription et renseignements: sur le site internet de l'IDS (www.unine.ch/ids) ou en s'adressant au secrétariat de l'IDS (tél: 032/718 1280; e-mail: messagerie.ids@unine.ch).

Septembre

L'Institut de droit de la santé organise sa désormais traditionnelle journée de droit de la santé pour la 11^e année consécutive le 16 septembre 2004 à Neuchâtel. Inscription et renseignement: secrétariat de l'IDS, Av. du 1^{er}-Mars 26, 2000 Neuchâtel; tél: 032/718 12 80; e-mail: messagerie.ids@unine.ch.

De l'autonomie du patient : à quelles conditions sa décision est-elle libre ?

Dominique Manai, professeure à la faculté de droit, Université de Genève
Université de Genève, Faculté de droit, 40, boulevard du Pont d'Arve, 1211 Genève 4,
Dominique.Manai-Wehrli@droit.unige.ch

Dans le prolongement des principes relatifs à l'information du patient, la jurisprudence démontre une fois de plus qu'elle contribue à la vitalisation du droit.

Dans un arrêt du 28 avril 2003¹, le Tribunal fédéral précise les conditions d'un choix libre et éclairé dans le domaine médical.

Il a jugé que l'hôpital est responsable pour la réalisation des risques d'une opération lorsque le patient n'a pas eu un délai de réflexion avant sa prise de décision.

Exprimé dans le contexte hospitalier et à l'issue de la consultation, son consentement ne peut dès lors pas être considéré comme libre, le malade n'ayant pas eu le temps suffisant pour exercer un choix véritable.

L'hôpital doit dès lors assumer les conséquences néfastes de l'intervention chirurgicale.

Avant d'examiner les principes posés par le Tribunal fédéral, il convient de rappeler brièvement les faits pertinents.

A., né à Genève le 22 juin 1966, est marié et a deux enfants. Victime d'instabilité et de vertiges rotatoires horaires, il a été hospitalisé du 31 août au 13 septembre 1988 à la clinique neurologique des Hôpitaux X. Le diagnostic posé était celui de « lésion pontique postérieure bombant le quatrième ventricule, correspondant le plus probablement à un cavernome ». En raison de la position de la lésion vasculaire dans l'encéphale, une intervention chirurgicale a été exclue à cause des risques encourus, notamment létaux. Aucun traitement n'a été prescrit au patient, si ce n'est l'abstention de sports dangereux.

Le rapport d'hospitalisation fait état d'une symptomatologie en régression.

Le 4 janvier 1996, à la suite d'une séance de fitness, il a ressenti divers troubles qui ont

nécessité son hospitalisation du 6 au 12 janvier 1996. Cet état pathologique a été imputé au cavernome protubérantiel gauche connu depuis 1988.

Le patient a été rendu attentif à la gravité de son cas et des saignements ultérieurs susceptibles d'entraîner des complications vitales. Les neurologues l'ont invité à consulter un neurochirurgien. A sa sortie de clinique, le 12 janvier 1996, les symptômes étaient stabilisés, il avait retrouvé la quasi-totalité de ses réflexes et de sa sensibilité, sa vision s'était rétablie. Il s'est remis à circuler à moto et en voiture.

Le 24 janvier 1996, A. s'est rendu en moto pour y rencontrer le Professeur F., neurochirurgien.

Les versions du praticien et du patient divergent quant au contenu de l'entretien.

Toujours est-il qu'à l'issue de la consultation, A. a été hospitalisé. Son voisin de chambre rapporte que A. a accepté l'opération non par crainte de nouveaux saignements mais parce qu'il avait été mis en confiance lors de la consultation. L'opération a été effectuée le 25 janvier 1996 dans les règles de l'art, mais s'est révélée plus difficile que prévue, car la partie profonde de l'angiome était calcifiée, ce qui a nécessité une manipulation du tronc cérébral qu'il est d'ordinaire possible d'éviter.

Au réveil du patient et dans les jours qui ont suivi, les séquelles suivantes ont été constatées : paralysie du regard vers la gauche et diplopie ; déviation du regard à droite ; nystagmus du

1 Arrêt de la I^{re} Cour civile, du 28 avril 2003, 4P.265/2002.

regard à droite; déviation oculaire verticale, signe de Horner à gauche, paralysie faciale gauche, diminution importante de la sensibilité de l'hémicorps droit avec troubles de l'équilibre.

Le 12 avril 1996 le patient a pu quitter les Hôpitaux. En dépit d'un suivi psychothérapeutique, ergothérapeutique et médical important, aucun progrès déterminant n'est survenu. Au contraire, en octobre 1996 sont apparus des tremblements persistants de l'hémicorps droit affectant en particulier la main.

Il a été constaté que l'état de santé de A. n'est pas susceptible d'amélioration et doit donc être tenu pour définitif.

Totalement incapable de travailler, il perçoit une rente entière de l'assurance-invalidité depuis le 1^{er} janvier 1997. Il a dû renoncer à la pratique de tous les sports et à la conduite d'un véhicule. Sa mobilité est entravée par sa marche difficile et son manque de sensibilité. Il doit être assisté pour accomplir certains gestes de la vie quotidienne (se doucher, se raser, fermer un bouton). Il ne peut lire ou regarder la télévision plus d'une dizaine de minutes. Sa paralysie faciale perturbe sa mastication et l'empêche de fermer un œil. Il a perdu une grande partie de sa libido et est devenu irritable.

Le 26 octobre 1996, A., son épouse et ses enfants ont introduit une action en paiement de dommages-intérêts et pour tort moral contre les Hôpitaux X, devant le Tribunal de première instance.

Par jugement du 5 septembre 2001, le Tribunal de première instance a condamné les Hôpitaux X. à payer à A. et consorts divers montants. Il a retenu en particulier que le patient n'avait pas été suffisamment renseigné sur les risques de l'opération, sur les conséquences de l'absence d'intervention, sur les pourcentages de survenance des différents risques, ainsi que sur le déroulement de l'opération et sa durée. Il n'avait donc pas pu donner un consentement éclairé. De même son consentement hypothétique faisait défaut, car le malade a rendu plausible que s'il avait bénéficié de toute l'information, il aurait renoncé à l'opération dans l'immédiat.

Sur appel des Hôpitaux X., la Chambre civile de la Cour de justice, par arrêt du 15 novembre 2002, a annulé ce jugement et entièrement débouté le demandeur et ses consorts.

A. et consorts forment un recours de droit public au Tribunal fédéral. Ils demandent d'annuler l'arrêt de la Cour. Invoquant l'art. 9 Cst. et le droit à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.), les recourants prétendent que les constatations de fait de l'arrêt critiqué ont été posées arbitrairement, et que les notions de consentement éclairé et de consentement hypothétique ont été appliqués de manière insoutenable. De toutes les manières, A. n'a bénéficié d'aucun délai de réflexion. Ils font valoir que la liberté personnelle du patient a été violée.

Les Hôpitaux X. concluent au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt entrepris.

Le 28 avril 2003, le Tribunal fédéral a admis le recours et annulé l'arrêt attaqué.

1 Un vaste droit à l'autodétermination

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé les principes désormais bien établis en droit médical: une intervention chirurgicale est perçue comme une atteinte illicite à l'intégrité corporelle, à moins qu'il n'existe un fait justificatif. Dans le domaine de la santé, il s'agit le plus souvent du consentement du patient. L'exigence d'une décision éclairée se déduit directement du droit à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle, qui est un bien protégé par un droit absolu².

Le droit à l'autodétermination de la personne peut aller à l'encontre de son intérêt thérapeutique. En effet, ce droit inclut le refus de toutes mesures curatives, même s'il risque de la conduire à la mort. La liberté personnelle implique le droit de vivre sa maladie comme la personne l'entend.

Le choix doit être éclairé. L'information n'est pas une simple formalité: elle exige que le malade soit suffisamment renseigné pour que celui-ci décide en toute connaissance de cause³. Le médecin doit donner au patient, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération, les chances de guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment relatives à l'assurance.

2 ATF 117 Ib 197 consid. 2a; 113 Ib 420 consid. 2, p. 423; 112 II 118 consid. 5, p. 128.

3 ATF 119 II 456 consid. 2a; 117 Ib 197 consid. 2a; 116 II 519 consid. 3b; 115 Ib consid. 2b p. 181; 108 II 59 consid. 2 p. 61.

L'obligation du médecin de renseigner le patient sur le genre et les risques du traitement envisagé ne s'étend pas aux mesures thérapeutiques courantes qui ne présentent pas un danger spécial et ne peuvent entraîner aucune atteinte importante ou durable à l'intégrité corporelle.

Le devoir d'informer est d'autant plus étendu que l'opération s'accompagne de risques importants, susceptibles d'avoir des conséquences graves⁴.

Il appartient au médecin d'adapter son information au niveau de compréhension du destinataire. En particulier, il doit veiller à ne pas l'inquiéter inutilement, ce qui provoquerait un état d'anxiété préjudiciable à sa santé. C'est au nom du bien du malade que le TF admet exceptionnellement qu'un pronostic grave ou fatal peut être caché au patient, mais révélé à ses proches, pour autant toutefois que ce « privilège thérapeutique » ne vide pas de sa substance l'obligation de renseigner.

Le médecin qui fait une opération sans informer le patient ni en obtenir l'accord commet un acte contraire au droit et répond du dommage causé. L'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention, et de fait chaque geste thérapeutique même exécuté conformément aux règles de l'art⁵.

Des exceptions au devoir d'information peuvent être admises mais de manière restrictive. Tel est le cas, de l'avis du TF, si l'intervention est anodine, s'il y a urgence confinant à l'état de nécessité ou si, dans le cadre d'une opération en cours, il y a une nécessité évidente d'en effectuer une autre⁶.

C'est au médecin qu'il appartient d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et a obtenu son consentement préalable.

2 Un délai de réflexion entre l'information et la prise de décision

L'information permet au patient de s'autodéterminer, vise à assurer la libre formation de sa volonté et à protéger son intégrité corporelle.

Pour la première fois, le TF se prononce sur le délai entre l'information et la prise de décision. Il juge que l'absence d'un tel délai témoigne d'une mise en confiance excessive et peut être assimilé à une pression qui invalide le consentement.

Son argumentation est la suivante: le consentement éclairé doit être donné librement. Pour

être valable, il ne doit être entaché ni de tromperies (mensonges du médecin), ni de pressions, et encore moins de menaces. Or il est difficile de distinguer le conseil et la persuasion dont fait preuve un médecin consciencieux de la pression psychologique qui invalide le consentement du malade.

Le TF est explicite: « S'il s'agit d'une intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou à ses conséquences, le patient a droit à une information claire et complète à ce sujet, dispensée suffisamment à l'avance pour qu'il puisse prendre en toute sérénité sa décision sur l'opération. ... Un consentement requis juste avant une opération, lorsque le patient est déjà sous l'influence de sédatif, est clairement contraire à son droit d'autodétermination. Hormis les cas d'urgence, relevant de l'état de nécessité, le patient doit pouvoir fournir son consentement au plus tard un jour avant une opération sans gravité particulière; en revanche, si l'intervention est lourde ou présente des risques importants, le temps nécessaire pour forger la détermination du malade doit être de trois jours au moins. Une information délivrée la veille de l'opération est de toute façon inadmissible, lorsque celle-ci était prévisible à terme.

L'octroi au patient d'un délai raisonnable pour se déterminer prend ainsi une importance primordiale. En conséquence, le moment où l'information est donnée doit être choisi suffisamment tôt pour que le malade puisse se décider sans être soumis à la pression du temps. Pendant cette période de réflexion, le patient ne doit pas être hospitalisé, car le délai de réflexion doit lui permettre de requérir le conseil de proches ou d'amis. Le contexte médical et hospitalier est, en effet, impropre à favoriser la formation de la volonté objective du patient. A défaut de telles précautions, le consentement donné doit être considéré comme inefficace pour justifier l'opération, du moment qu'il y a alors lieu d'admettre que des facteurs extérieurs (manque de temps, circonstances ressenties subjectivement comme des pressions) ont altéré la volonté effective du malade »⁷.

4 ATF 117 Ib 197 consid. 3b, p. 204; arrêt 4C.276/1993 du 1^{er} décembre 1998 consid. 3b, in Pra 2000 28 p. 163ss.; arrêt 2P.101/1994 du 5 mai 1995 consid. 4a, in ZBl 97 (1996), p. 282; arrêt 4C.348/1994 du 31 mai 1995 consid. 5a, in S.J. 1995 p. 708 ss.).

5 ATF 108 II 59 consid. 3 p. 62 et les références.

6 ATF 119 II 456 consid. 2a; 117 Ib 197 consid. 3b, pp. 203-204.

7 Consid. 5.2.

En l'espèce, le TF a jugé indispensable d'accorder à A. une journée ou deux de réflexion avant d'être opéré. Il a été mis sous pression, à telle enseigne qu'il n'a même pas sollicité un second avis médical. Par ailleurs, le TF n'a pas retenu l'argument des intimés, à savoir l'usage rationnel et planifié des équipements hospitaliers (comme la disponibilité d'une salle d'opération spécialement équipée).

En l'absence de liberté de choix, le consentement ne légitime pas l'atteinte à l'intégrité corporelle.

3 Le consentement hypothétique

Pour se disculper, le médecin peut invoquer le consentement hypothétique du patient. La jurisprudence depuis 1991⁸ et la doctrine majoritaire reconnaissent cette objection. Le fardeau de la preuve du consentement hypothétique incombe au médecin: s'il parvient à établir que le malade, complètement informé, aurait consenti à l'intervention proposée, l'illégalité de l'intervention, et par conséquent l'obligation de réparer, disparaissent ipso facto. Il appartient alors au demandeur de rendre vraisemblable ou au moins d'alléguer des motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'opération s'il en avait connu les risques⁹.

Afin de ne pas vider de sa substance le droit à l'autodétermination, la preuve du consentement hypothétique doit être appréciée strictement¹⁰. A ce sujet, cet arrêt du TF vient apporter des précisions importantes. En principe le consentement hypothétique ne doit pas être admis lorsque le genre et la gravité du risque

encouru auraient nécessité un besoin accru d'information, que le médecin n'a pas satisfait. Dans un tel cas, il est en effet plausible que le patient, s'il avait reçu une information complète, se serait trouvé dans un réel conflit quant à la décision à prendre et qu'il aurait sollicité un temps de réflexion.

Le critère déterminant pour admettre le consentement hypothétique n'est pas la référence à un modèle abstrait de «patient raisonnable» mais plutôt la situation personnelle et concrète du patient. Dans l'hypothèse où le malade ne fait pas état de motifs personnels qui l'auraient conduit à refuser l'intervention, il convient, et seulement dans cette hypothèse, de considérer objectivement si un patient sensé se serait opposé à l'opération.

En l'espèce, la rareté de l'opération, sa gravité et ses risques impliquaient un devoir accru d'information. Le recourant a soutenu que s'il avait bénéficié de toute l'information voulue, il aurait en définitive renoncé à l'opération. A l'examen du TF, cette option a semblé plausible, car aucune des branches de l'alternative ne lui garantissait de pouvoir mener une vie normale. Or le patient, homme sportif, âgé de moins de 30 ans, pouvait choisir de refuser l'intervention dans l'espoir de profiter encore pleinement de la vie pendant quelques années encore ou de compter sur les progrès de la science. Les conditions pour admettre un consentement hypothétique n'étaient dès lors pas réunies.

Ainsi, cet arrêt du TF consolide les droits du patient qui, même précarisé par la maladie, demeure maître de ses choix. Il importe que le thérapeute lui fournisse les informations nécessaires pour une décision libre et éclairée soustraite à la pression du temps. Après avoir été à l'origine du droit médical, la jurisprudence semble devenir à présent son ferment.

8 ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214, p. 220.

9 ATF 122 III 229 consid. 5a/aa, p. 233; 119 II 456 consid. 4.

10 ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214, p. 220.

L'énigme de la responsabilité des cantons pour les lésions post-vaccinales

Commentaire de l'ATF 129 II 353

Christoph Müller, docteur en droit, LL.M. (Columbia), avocat
Boine 49, 2000 Neuchâtel, Christoph.Mueller@wenger-plattner.ch

1. Introduction

Lorsqu'une personne est victime d'une lésion post-vaccinale, son action en réparation peut théoriquement être dirigée contre le producteur du vaccin, la doctoresse ayant administré celui-ci et l'autorité publique qui a recommandé ou ordonné la vaccination. En Suisse, c'est l'article 23 al. 3 de la loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies, RS 818.101, *LEp*) qui régit la responsabilité pour les dommages vaccinaux. L'arrêt rendu par le Tribunal fédéral en date du 26 mai 2003¹ est la première décision de la Haute Cour sur cette question depuis l'entrée en vigueur de la *LEp* il y a presque 30 ans². Malheureusement, le Tribunal fédéral n'a pas saisi cette occasion rare pour clarifier le sens et la portée de l'article 23 al. 3 *LEp*, disposition énigmatique qui soulève plus de problèmes qu'elle n'en résout. Cependant, de telles clarifications auraient été d'autant plus bienvenues que la fréquence des dommages vaccinaux risque d'augmenter à l'avenir³.

2 Résumé des faits

En 1994, un pédiatre administre à une fillette une vaccination DTP (diphtérie/tétanos/coqueluche) ainsi que des vaccins contre la polio-myélite (vaccin Poloral) et la méningite (vaccin HibTITER). Ces vaccinations sont correctement administrées à l'âge de deux, respectivement quatre mois, conformément aux recommandations de l'Office fédéral de la santé publique (*OFSP*). A la suite de la deuxième vaccination, la petite fille souffre de mouvements convul-

sifs et de tremblements. Quatre ans plus tard, les médecins diagnostiquent une épilepsie difficilement traitable associée à un handicap mental grave. Ils informent la mère que sa fille sera invalide à 100% de manière durable et nécessitera probablement des soins à vie.

Une expertise médicale privée arrive à la conclusion que les vaccins administrés sont la cause la plus vraisemblable de la maladie neurologique diagnostiquée. La mère ouvre alors action contre le canton de Saint-Gall devant un premier tribunal en invoquant une violation de l'article 23 *LEp*. En parallèle, elle actionne le pédiatre en paiement de dommages-intérêts devant un deuxième tribunal. Après différents détours procéduraux, le Tribunal cantonal rejette le recours de la mère contre le jugement de première instance. Agissant par la voie du recours de droit administratif, la mère entreprend alors le jugement cantonal devant le Tribunal fédéral qui rejette également son recours.

3 Résumé des considérants

L'alinéa 3 de l'article 23 *LEp* (titre marginal: «Vaccinations») a la teneur suivante: «*Les cantons accordent une indemnité pour les lésions post vaccinales survenues à la suite de vaccinations obligatoires ou recommandées par*

- 1 Arrêt 2A.462/2002 dans l'affaire X. contre Canton de Saint-Gall et Tribunal cantonal, publié aux ATF 129 II 353.
- 2 Alinéa 2 de l'arrêté du Conseil fédéral du 17 juin 1974 (RO 1974 1081).
- 3 Le Syndrome Respiratoire Aigu Sévère (SRAS) et l'anthrax ne sont que les exemples les plus médiatisés de cette nouvelle menace.

les autorités, si ce risque n'est pas couvert autrement. L'obligation d'accorder une indemnité cesse ou diminue lorsque le vacciné a provoqué ou augmenté la lésion par une faute grossière».

Le Tribunal fédéral estime que ce texte légal est en principe clair. Il précise néanmoins que l'obligation de réparer s'étend à toutes les vaccinations recommandées par les autorités. Il n'y aurait donc aucune raison de limiter la responsabilité cantonale à des vaccinations gratuites. Au niveau fédéral, l'OFSP serait compétent aux côtés du Conseil fédéral pour recommander des vaccinations (art. 3 LEp).

Ces précisions seraient cependant sans importance pour le cas d'espèce si la responsabilité incombant au canton devait être considérée comme une responsabilité pour le préjudice non couvert (*Ausfalldeckung*) et intervenait dès lors à titre subsidiaire. Le Tribunal fédéral considère en effet que l'expression «*si ce risque n'est pas couvert autrement*» indique que l'on n'est pas en présence d'une simple compensation équitable (*Billigkeitsdeckung*) mais d'une couverture complète de tous les dommages vaccinaux, c'est-à-dire de «*toutes les conséquences nuisibles qui sont en rapport adéquat avec la vaccination et qui ont atteint le vacciné d'une façon démontrable*»⁴. La responsabilité du canton représente une loi spéciale par rapport au principe non écrit de la solidarité. Elle instaure ainsi une responsabilité publique particulière pour des atteintes licites qui déroge à la responsabilité de la Confédération et des cantons.

Selon le texte clair de l'article 23 al. 3 LEp, le canton n'encourt une responsabilité que dans la mesure où le préjudice n'est pas couvert par d'autres responsables comme par exemple une assurance-maladie. La solution imposée par cette disposition est en outre la même que celle instaurée par les articles 19 de la loi sur la responsabilité (RS 170.32) et 76 al. 6 LCR (RS 741.01) qui prévoient également une responsabilité (absolument) subsidiaire de la Confédération par rapport à d'autres responsables. Le régime prévu par l'article 23 al. 3 LEp se justifie aussi par des considérations d'ordre social

car le canton ne perçoit pas de primes pour ses prestations, mais répare le préjudice non couvert (*Ausfall*) par des moyens publics. Comme les assurances, respectivement les caisses-maladie, perçoivent des primes pour la couverture de tels risques et se trouvent ainsi dans un rapport contractuel avec la victime, elles sont appelées en première ligne à fournir des prestations.

Cette interprétation restrictive se justifie aussi par le régime de la responsabilité civile médicale. Les hautes exigences en matière de diligence du personnel médical justifient que l'on examine dans un premier temps si une lésion post-vaccinale est la conséquence d'une faute (*illicite*) de traitement. En effet, les conséquences d'une telle faute seraient en règle générale prises en charge par une assurance responsabilité professionnelle, à nouveau financée par des primes. C'est seulement dans un deuxième temps qu'une éventuelle responsabilité du canton pour une atteinte *licite* doit être vérifiée (ATF 118 Ib 473 [482]). Comme la vaccination litigieuse a été administrée conformément au plan de vaccination établi par l'OFSP, l'obligation de réparer incomberait à un canton dont les autorités n'ont pas eu de comportement dommageable. Le canton devrait donc assumer les conséquences d'un danger qu'il n'a jamais créé. Finalement, le canton ne perçoit plus de subsides fédéraux selon l'article 32 al. 1^{er} LEp.

4 Commentaire

4.1 Un arrêt difficile à comprendre

L'arrêt – tel qu'il est publié dans le recueil officiel, à savoir sans les deux premiers considérants – n'explique pas à quelle autre responsabilité l'obligation de réparer du canton est subsidiaire. On ne comprend notamment pas pourquoi une responsabilité subsidiaire a été invoquée jusqu'au Tribunal fédéral, car ce dernier se contente d'indiquer qu'une procédure en responsabilité civile a été intentée en parallèle contre le pédiatre. En effet, dans son jugement du 14 octobre 1999, la première instance avait rejeté seulement pour l'instant (*zur Zeit*) la demande en dommages-intérêts contre le canton sur la base de l'article 23 al. 3 LEp. Comme la victime avait en parallèle ouvert action contre le pédiatre, ce tribunal estimait que le jugement fixant l'indemnité due par le

4 FF 1970 I 389 [426].

pédiatre serait déterminant pour la partie du dommage dont la réparation reviendrait encore au canton. Le Tribunal cantonal saint-gallois a cependant précisé que la vaccination DTP n'était – au contraire de celle contre la poliomyélite – pas une vaccination recommandée par les autorités au sens de l'article 23 al. 3 LEp. Comme la victime avait, dans son action contre le pédiatre, uniquement allégué que le dommage vaccinal était dû à la vaccination DTP (non recommandée) mais non pas à la vaccination contre la poliomyélite (recommandée), le Tribunal cantonal a rejeté toute responsabilité, même subsidiaire, du canton pour un dommage résultant de la vaccination DTP. Pour cette même raison, il a également refusé de simplement suspendre la procédure contre le canton.

4.2 L'article 23 al. 3 LEp – une disposition énigmatique

L'article 23 al. 3 LEp est une disposition énigmatique qui soulève probablement plus de questions qu'elle n'en résout. En plus, la jurisprudence et la doctrine n'apportent aucune clarification à son sujet. Une recherche auprès des tribunaux et médecins cantonaux révèle en effet qu'il n'y a eu, à ce jour, que trois cas au niveau cantonal dans le cadre desquels les victimes de dommages vaccinaux avaient demandé une indemnité en se basant sur l'article 23 al. 3 LEp. La doctrine n'a quasiment pas commenté cette disposition et les auteurs de l'avant-projet d'une loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile ne l'ont pas non plus prise en compte⁵. Ceci est regrettable car cet article présente un intérêt tout particulier dans ce contexte. En effet, l'article 43 de l'avant-projet propose une nouvelle délimitation entre la responsabilité privée et la responsabilité publique. Cette disposition excluait dorénavant du champ d'application de la responsabilité publique les domaines dans lesquels la collectivité exerce des activités non contraignantes pour les particuliers⁶. Or, des recommandations pour des vaccinations relèvent justement de ce type d'activités de l'Etat.

Le texte de l'article 23 al. 3 LEp n'est pas aussi clair que le souhaite le Tribunal fédéral. De nombreuses questions importantes restent ainsi sans réponses à ce jour. Elles ont trait non seulement à la raison d'être même d'une telle réglementation⁷, mais aussi à son champ d'ap-

plication⁸, aux conditions de la responsabilité, à l'étendue de la réparation⁹ ainsi qu'au sujet de l'obligation de réparer¹⁰.

Une analyse des différents travaux préparatoires¹¹ ne permet pas non plus de dégager des réponses claires à ces questions.

4.3 Une solution alternative : le *Vaccine Injury Compensation Program* des Etats-Unis

Si le système suisse d'indemnisation des dommages vaccinaux soulève autant de questions et profite si peu aux victimes, c'est qu'il est inadapté aux réalités médicales. C'est notamment la preuve d'un lien de causalité entre la vaccination et le dommage subi qui pose souvent des problèmes insurmontables aux patients.

Aux Etats-Unis, les personnes victimes de dommages vaccinaux peuvent, depuis 1988, obtenir une indemnité sur la base d'un programme appelé le *National Vaccine Injury Compensation Program (VICP)*. Contrairement au système traditionnel de la responsabilité civile (*torts*), l'octroi d'une indemnité dans le cadre du VICP est indépendant de toute faute de qui que ce soit (médecin ayant administré, laboratoire ayant produit ou autorité ayant recommandé le vaccin en question ; «*petition*

5 L'avant-projet, le rapport explicatif et un commentaire abrégé peuvent être consultés sur Internet à l'adresse :

«<http://www.ofj.admin.ch/themen/haftpflicht/info-f.html>».

6 Rapport explicatif p. 72 ss.

7 Une telle responsabilité contraignante en cas de faits licites se justifie-t-elle au regard des principes généraux de la responsabilité civile ?

8 Est-ce que le fait que les subsides fédéraux selon l'art. 32 al. 1^{er} LEp ont été supprimés par le législateur fédéral (voir en particulier, le ch. I 2 de la loi fédérale du 5 octobre 1984 supprimant les subventions mineures dans le domaine de la santé publique [RO 1985 1992; FF 1981 III 719 s. et 769]) a une influence sur la répartition des compétences et des responsabilités des autorités fédérales et cantonales ? Quels sont les critères concrets de rattachement à un certain canton, domicile du vacciné ou lieu d'administration du vaccin ?

9 Qui prend en charge la réparation d'un éventuel tort moral ?

10 Est-ce qu'il est juste que les cantons risquent d'encourir une responsabilité sans qu'ils aient une quelconque influence sur les recommandations publiées exclusivement par les autorités fédérales ?

11 Pour le groupe d'experts médicaux instaurés en 1965, voir FF 1970 I 408 ss ; pour la commission d'experts chargée d'élaborer un projet de révision, voir FF 1970 I 411 ; pour les résultats de la procédure de consultation et le projet de loi, voir FF 1970 I 443 ; pour le message du Conseil fédéral, voir FF 1970 I 425 s. ; pour les délibérations dans les Commissions et dans le plénum des Chambres fédérales, voir BO CE 1970 p. 194 ss, BO CE 1970 p. 200, BO CE 1970 p. 440, BO CN 1970 p. 760 s., BO CE 1970 p. 467 et BO CN 1970 p. 856.

for no-fault compensation»). Si certains critères sont réunis, la victime ne devra pas non plus établir un rapport causal entre la vaccination et le dommage subi. Il n'importe finalement pas non plus de savoir si le vaccin a été administré dans le secteur public ou privé.

Le VICP est un élément clé dans la stabilisation du marché des vaccins aux Etats-Unis. En effet, il offre une protection contre les actions en responsabilité non seulement aux producteurs mais aussi aux administrateurs de vaccins. Il encourage indirectement la recherche et le développement de vaccins nouveaux et plus sûrs. Finalement, le VICP met à disposition des victimes un système d'indemnisation plus favorable que le système traditionnel de la responsabilité civile.

Le VICP couvre tous les vaccins recommandés par les *Centers for Disease Control and Prevention*. Le système est construit autour d'un tableau des dommages vaccinaux (*Vaccine Injury Table*). Celui-ci est structuré en trois colonnes contenant les vaccins faisant partie du programme, les dommages vaccinaux spécifiques à chaque vaccin et les délais dans lesquels les dommages vaccinaux doivent apparaître après la vaccination. Le tableau est un mécanisme légal pour définir les signes cliniques complexes susceptibles de se manifester suite à une vaccination et pour instaurer une sorte de présomption de causalité pour les vaccins couverts par le VICP. Il est en effet beaucoup plus facile d'établir qu'un dommage vaccinal énuméré dans le tableau est apparu dans un certain délai suite à une vaccination couverte par le programme que de prouver qu'une vaccination est la cause de certains

dommages à la santé. La victime qui ne remplit pas les conditions prévues par le VICP relatives au vaccin administré, au dommage vaccinal subi et aux délais peut quand même ouvrir action, mais elle devra prouver, selon les règles traditionnelles des *torts*, que le vaccin a effectivement causé le dommage allégué. Cependant, aucune indemnité ne pourra être versée lorsque le décès ou l'invalidité est dû à une cause sans rapport avec le vaccin, même si un dommage contenu dans le tableau est établi.

En ce qui concerne les préjudices indemnisés, la loi prévoit qu'un montant de USD 250 000 est versé aux héritiers pour un décès. En cas d'invalidité, le programme accorde des rentes viagères couvrant les frais de traitement qui ne sont pas pris en charge par une assurance. Le montant moyen alloué est d'environ USD 820 000. La somme la plus importante qui a été octroyée à ce jour se monte à USD 9,1 millions. Bien que la loi prévoit certaines restrictions, il n'existe en principe aucune limite quant aux indemnités versées en cas d'invalidité. Le VICP prend également en charge le tort moral (*pain and suffering*) et la perte de gain (*lost wages*). Il n'alloue par contre pas de dommages-intérêts punitifs (*punitive damages*). Il prend aussi en charge les honoraires d'avocat raisonnables ainsi que les frais de procédure.

Presque 10 000 requêtes d'indemnité ont été déposées jusqu'en juillet 2003. Environ 60% des demandes ont été traitées, 30% s'étant soldées par l'octroi d'indemnités, alors que 70% ont été rejetées. Une somme globale d'environ USD 1500 millions a été versée à titre d'indemnités et d'honoraires d'avocat (y compris pour les requêtes rejetées). La grande majorité des requêtes concerne des problèmes neurologiques en rapport avec le vaccin DTP¹². Les indemnités sont payées d'un fonds (*trust fund*) qui est alimenté par une taxe de USD 0.75 prélevé sur chaque dose de vaccin vendue.

12 Les données actualisées peuvent être consultées sur le site Internet de l'*Office of Special Programs* sous «*Monthly Statistical Reports*» (www.hrsa.gov/osp/vicp/monthly.htm).

Clause du besoin pour l'accès aux professions médicales

Commentaire de l'ATF 2P.305/2002 du 27 novembre 2003

David Hofmann, licencié en droit, D.E.A., assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève
David.Hofmann@unige.ch

1 Les faits

L'art. 55a de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994¹, introduit le 24 mars 2000 par l'Assemblée fédérale, permet au Conseil fédéral de faire dépendre, pour trois ans au plus, de la preuve d'un besoin l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à charge de l'assurance-maladie. Le Conseil fédéral a mis en œuvre cette disposition dans une ordonnance du 3 juillet 2002². Ce texte comprend dans son annexe I le nombre maximal de fournisseurs autorisés par canton et catégorie de prestations. En date du 23 octobre 2002, le Conseil d'Etat du canton de Zurich a adopté une ordonnance d'application³, avec entrée en vigueur rétroactive au 4 juillet 2002: pendant la durée de validité de l'ordonnance, aucun nouveau *médecin* n'est admis à charge de l'assurance-maladie obligatoire; la limitation ne concerne pas les autres professions médicales.

Par recours de droit public déposé le 27 décembre 2002, la section zurichoise de l'association des médecins-assistants ainsi que le médecin X. ont demandé l'annulation de l'ordonnance cantonale de même que celle de l'ordonnance fédérale. Par décision rendue le 27 novembre 2003, la II^e Cour de droit public a rejeté le recours.

de droit public; il s'agit d'une voie de droit permettant exclusivement le contrôle d'actes cantonaux, ce qui fait que la demande tendant à l'annulation de l'ordonnance fédérale est irrecevable. Il est cependant possible d'examiner la constitutionnalité et la légalité de l'acte fédéral, dans la mesure où cela est nécessaire pour déterminer la validité de l'acte cantonal (c. 1.1). Le Tribunal fédéral refuse au médecin X., de nationalité suisse, le droit d'invoquer l'accord sectoriel Suisse - Union européenne sur la libre circulation des personnes⁴ et laisse la question ouverte pour l'association des médecins (c. 1.2). Le Tribunal fédéral poursuit (c. 2) par quelques considérations générales sur le contrôle de constitutionnalité en recours de droit public (principe d'allégation; interprétation conforme; art. 191 Cst: pas de *Prüfungsverbot*, mais un *Anwendungsgebot*).

- b) Le premier grief examiné par le Tribunal fédéral concerne la compatibilité de la mesure avec l'ALCP. En adoptant l'art. 55a LAMal, l'Assemblée fédérale a certes voulu limiter l'arrivée de nouveaux médecins en provenance de l'UE, mais cela ne constitue pas encore, pour la

2 Résumé des considérants

- a) Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord les conditions de recevabilité du recours

1 LAMal; RS 832.10.

2 RS 832.103.

3 RS/ZH 832.14.

4 ALCP; RS 0.142.112.681.

Haute Cour, une discrimination des citoyens communautaires; il en est de même des autres mesures d'accompagnement prises, par exemple en matière de salaires ou de transports à travers les Alpes (c. 3.1). Après un rappel des principes communautaires en la matière (c. 3.2), le Tribunal fédéral rejette l'existence d'une discrimination tant directe qu'indirecte.

- c) Le second grief examiné concerne la liberté économique (art. 27 Cst.), dont les médecins sont titulaires et qui, selon une jurisprudence constante, ne confère pas de droit à des prestations étatiques (c. 4.1). L'ordonnance contestée n'interdit pas l'ouverture d'un cabinet médical, mais seulement la prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire (c. 4.2)... ce qui représente, dans les faits, une atteinte à l'activité du médecin, et donc une atteinte à la liberté économique (c. 4.4). Pour admettre cette atteinte, le Tribunal fédéral raisonne via l'égalité de traitement entre concurrents, qui découle de l'art. 27 Cst. Le Tribunal fédéral rappelle aussi que le domaine de l'assurance-maladie est un domaine où la liberté économique est très restreinte (c. 4.3).
- d) Cette atteinte grave à une liberté nécessite une *base légale* formelle, un intérêt public et le respect du principe de la proportionnalité. *In casu*, l'art. 55a LAMal représente une base légale claire (c. 5.2.1). Après un rappel historique des travaux parlementaires, le Tribunal fédéral insiste sur la volonté claire du législateur qui le lie (c. 5.2.2.2). Etant donné que la loi fédérale autorise expressément les cantons à désigner les fournisseurs de prestations concernés (art. 55a al. 3 LAMal), une base légale formelle n'est pas nécessaire au niveau cantonal (c. 5.3).
- e) La limitation des coûts de la santé représente un *intérêt public* admissible. Les clauses du besoin sont toutefois incompatibles avec la liberté économique, ce qui fait qu'une base constitutionnelle est aussi nécessaire: celle-ci peut être implicite, ce qui est le cas ici à l'art. 117 Cst. (c. 6.2). La clause du besoin a certes des effets sur la concurrence entre les

médecins déjà établis et les nouveaux médecins, mais ceux-ci sont encore acceptables (c. 6.3.3.1): une protection *permanente* face à l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché serait en revanche inadmissible (c. 6.3.3.3). Moins strict que l'égalité entre concurrents, le principe général d'égalité de l'art. 8 Cst. est respecté. Il n'y a pas davantage une discrimination des médecins basée sur l'âge au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. (c. 6.3.3.4). Etant donné le nombre de demandes déposées avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, l'*aptitude* de la mesure est certes douteuse, mais lie le Tribunal fédéral (c. 6.3.4.2).

- f) Le troisième grief examiné concerne l'entrave à la libre circulation intercantonale des médecins (art. 95 al. 2 Cst.). Le Tribunal fédéral rattache cette libre circulation à la fonction fédérative de la liberté économique, qui peut aussi être restreinte. Le canton de Zurich ne dispose cependant pas du droit de traiter différemment les requêtes de demandeurs établis à Zurich ou provenant d'un autre canton (c. 7.2.1).
- g) Le quatrième grief se rapporte à la protection de la confiance et de la bonne foi (art. 9 Cst.): la protection de la confiance n'interdit pas les changements de législation (c. 8.1); par ailleurs, des études de médecine ne confèrent pas un droit acquis à être admis comme médecin pouvant pratiquer à charge de l'assurance-maladie (c. 8.2.1). Enfin, la promesse du canton de Zurich de tenir compte d'exceptions en cas de situations difficiles constitue une interprétation conforme à la Constitution (c. 8.2.4).
- h) Le dernier grief porte sur la comptabilité avec les art. 8 et 14 CEDH. En matière d'accès à la profession, l'art. 8 CEDH n'a pas de portée plus large que l'art. 27 Cst. L'art. 14 CEDH n'est pas non plus en cause (c. 9). Le recours est par conséquent rejeté (c. 10).

3 Quelques remarques

L'arrêt du Tribunal fédéral est extrêmement approfondi et fouillé, avec de nombreuses

références tant suisses que communautaires, ce qu'il convient de saluer. Il mérite tout de même quelques remarques.

- a) Concernant l'ALCP, le Tribunal fédéral explique notamment que la Suisse a pris des mesures d'accompagnement en vue de l'entrée en vigueur des accords bilatéraux (c. 3.1): la comparaison ne convainc pas. Tout d'abord, les mesures visant, par exemple, à lutter contre le dumping salarial⁵ ou à promouvoir le transfert de la route au rail⁶ ont été prises en octobre 1999, lors des débats relatifs aux accords sectoriels, alors que la LAMal n'a été modifiée qu'en mars 2000. Ensuite, les réticences suisses en matière de libre circulation des personnes (mais pas d'arrivées de médecins étrangers) avaient été communiquées lors des négociations relatives aux accords⁷, ce qui n'a pas été le cas pour la clause du besoin; au contraire, afin de faciliter la libre circulation du personnel médical, la loi fédérale sur l'exercice de la profession de médecin a même été adaptée⁸. Enfin, les mesures d'accompagnement « initiales » sont non discriminatoires à l'égard des citoyens de l'Union⁹, alors que la clause du besoin vise clairement – selon les travaux parlementaires¹⁰ – à éviter une arrivée trop importante de médecins communautaires.
- b) Il est ensuite positif de constater que le Tribunal fédéral admet une atteinte à la liberté économique, bien que la mesure incriminée ne soit qu'une limitation du droit de pratique à charge de l'assurance-maladie et non une interdiction juridique d'exercer la profession (c. 4.4).
- c) Concernant les conditions de restriction à la liberté économique, l'art. 55 LAMal est certes une base légale formelle au sens de l'art. 36 al. 1 Cst.; le Tribunal fédéral n'examine cependant pas en détail les conditions de la délégation législative, ni si l'ordonnance fédérale reste dans le cadre de la délégation. Les 18 pages de chiffres fixant, dans l'annexe à l'ordonnance, le nombre maximal de fournisseurs par domaine et par canton, représentent-elles la « preuve d'un besoin » exigée par la loi?

De plus, nous contestons toujours¹¹ le fait que l'art. 117 Cst. représente une clause constitutionnelle suffisante pour permettre de limiter le principe de la liberté économique. Le domaine de la santé n'est certes pas celui où la liberté économique déploie le mieux ses effets (c. 4.3), mais l'art. 117 Cst. reste une *clause attributive de compétences*, dont rien ne permet de présumer qu'il représente une dérogation au sens de l'art. 94 al. 4 Cst. Le droit de déclarer l'assurance-maladie obligatoire figure quant à lui expressément à l'art. 117 al. 2 Cst. Si la Confédération souhaite participer de manière interventionniste à la gestion du domaine de la santé et limiter, par exemple, le nombre de médecins, pourquoi ne dispose-t-elle pas d'une clause constitutionnelle plus détaillée, à l'instar de celles existant en matière conjoncturelle (art. 100 Cst.) ou agricole (art. 104 Cst.), avec des autorisations de dérogation expresse au principe de la liberté économique?

Les doutes du Tribunal fédéral au sujet de l'aptitude de la (mise en œuvre zürichoise de la) clause du besoin doivent être salués.

- d) Il faut encore relever que le Tribunal fédéral se considère, par le biais de l'art. 191 Cst., lié par les lois fédérales (*Anwendungsgebot*) ou la volonté claire du législateur: cela figure à plusieurs reprises dans l'arrêt (c. 2.2, 2.2.2, 5.2.1, 5.2.2.2, 6.2, 6.3, 6.3.3.1, 6.3.4.1). En revanche, le Tribunal fédéral ne mentionne pas le rôle du droit international (qui doit aussi, selon l'art. 191 Cst., être respecté). Malgré quelques arrêts précédents plus audacieux, où – tout en appliquant la loi fédérale – il constatait une inconstitutionnalité ou émettait des

5 RO 2003 1370.

6 RS 740.1.

7 FF 1999 5454.

8 RS 811.11; RO 2002 703-710.

9 Par exemple, concernant l'ALCP, voir: VEUVE Daniel, Mesures d'accompagnement de l'Accord sur la libre circulation des personnes, in FELDER/KADDOUS (éd), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires), Bâle 2001, p. 292.

10 BOCE 1999 798 (CF R. Dreifuss), 799 (CE A. Cottier).

11 Voir déjà notre article in PJA 2003 p. 795.

doutes, le Tribunal fédéral restreint ici son analyse d'une manière, à notre sens, excessive. Le principe de l'examen de la compatibilité d'une loi fédérale avec le droit international (ALCP) aurait dû être confirmé¹², alors que celui de la conformité avec un droit constitutionnel non garanti par un traité (art. 27 Cst.) aurait pu être examiné et permettre au Tri-

bunal fédéral de prendre position sur les nouvelles idées de la doctrine à ce sujet¹³.

- e) Malgré le rejet du recours, le Tribunal fédéral a fixé quelques lignes directrices dont les autorités devront tenir compte: ainsi une surcharge de travail pour des médecins dans un domaine pourrait-elle conduire à l'admission de certaines exceptions (c. 6.3.2), ce que prévoit déjà l'ordonnance fédérale (art. 2 al. 1 let. a et art. 3); de même, toute discrimination fondée sur l'origine cantonale (et nationale?) du demandeur est interdite (c. 7.2.1).

12 Voir déjà ATF 119 V 171 X.

13 AUER Andreas, Der Richter und das Bundesgesetz: Variationen zu einem gestörten Verhältnis, ZGRG 2001, p. 161-168; AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, vol. I, Berne 2000, p. 651-656.

ATF 129 III 510: réflexions sur une mise au point bienvenue en droit des assurances privées

Nathalie Brunner, collaboratrice scientifique à l'Institut de droit de la santé
Institut de droit de la santé, Av. du 1^{er}-Mars 33, 2000 Neuchâtel, nathalie.brunner@unine.ch

Le Tribunal fédéral a rendu en mai 2003 un arrêt qui, en quelques considérants seulement, clarifie fort opportunément l'étendue du devoir de collaboration de l'ayant droit tel qu'il est prévu à l'article 39 de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA)¹, en niant que ce devoir puisse aussi porter sur des faits établissant l'existence d'une réticence au sens de l'article 6 LCA².

1 L'arrêt

Notre Haute Cour a en effet donné raison à une assurée (Z), qui refusait de transmettre les noms de ses anciennes caisses-maladie à son assureur, auprès duquel elle avait conclu une «*Lebensversicherung mit Leistungen auch im Falle der Erwerbsunfähigkeit*». L'assureur avait cherché à établir par ce biais non pas le bien-fondé de la prétention de son assurée, mais à recueillir des éléments lui permettant de démontrer que cette dernière avait commis une réticence.

Dans les faits: Z, qui a été victime d'un accident de la circulation le 13 avril 1999, a annoncé son sinistre et demandé des prestations de perte de gain auprès de l'assurance X. Le médecin de Z a fourni un extrait de l'anamnèse de sa patiente à X, sur requête de cette dernière. Z a assigné l'assurance X en paiement de sa perte de gain. L'assurance a déposé de son côté une demande reconventionnelle concluant à ce que Z soit condamnée à lui communiquer les noms et adresses des caisses-maladie auprès desquelles elle avait été assurée de 1991 à 1996. Seule la demande reconventionnelle a été admise par le tribunal cantonal et Z a déposé un appel, partiellement admis par l'Obergericht du canton de Nidwald. Z a interjeté recours auprès du

Tribunal fédéral. Ce dernier l'a admis et renvoyé la cause à l'Obergericht pour jugement sur le fond.

Le Tribunal fédéral a motivé en substance sa décision comme suit: aux termes de l'article 41 al. 1 LCA, la créance qui résulte du contrat d'assurance est échue quatre semaines après le moment où l'assureur a reçu les renseignements de nature à lui permettre de se convaincre du bien-fondé de la prétention. La plupart du temps, ces éléments sont détenus par l'assuré lui-même. C'est pourquoi l'article 39 LCA impose un devoir de collaboration à ce dernier³, qui est tenu – sous peine de déchéance de ses droits – de fournir à l'assureur qui le demande toute information permettant de déterminer les circonstances comme les conséquences d'un sinistre. Cependant, à l'instar de la doctrine qui n'émet pas d'avis divergent⁴, le Tribunal fédéral estime que requérir de l'assuré des renseignements dans le but d'établir l'existence d'une réticence excède manifestement l'étendue du devoir de collaboration prévu à l'article 39 LCA, qui complète l'article 8 CC. En effet, ce devoir s'étend uniquement aux faits que

1 RS 221.229.10.

2 La question avait été laissée ouverte par le Tribunal fédéral dans l'ATF 45 II 250, JT 1919 I 459, RBA IV n° 148.

3 Ce devoir s'impose en fait à l'ayant droit, qui est aussi l'assuré la plupart du temps. Nous retiendrons ainsi ce dernier terme dans la suite du texte.

4 Le Tribunal fédéral cite notamment Moritz KUHN, R. Luka MÜLLER-STUDER, Martin ECKERT, *Privatversicherungsrecht*, 2^e éd., Schulthess, Zürich, 2002, p. 244; Alfred MAURER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3^e éd., Staempfli, Berne, 1995, p. 382 ss; Hans ROELLI, Max KELLER, *Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Band I, 2^e éd., K.J. Wyss, Berne, 1968, p. 555 ss; Willy KOENIG, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 2^e éd., H. Lang, Berne, 1960 p. 86 ss.

l'assuré connaît et qui peuvent servir à déterminer les circonstances et/ou les conséquences d'un sinistre. Mais l'article 39 LCA ne régleme-
 toute fois pas exhaustivement les devoirs de l'assuré et d'autres obligations peuvent également être convenues contractuellement.

En l'espèce, les conditions générales d'assurance (CGA) régissant le contrat conclu par l'assurée Z ne prévoyaient aucun devoir spécifique d'information. Pour leur part, les conditions complémentaires d'assurance pour l'incapacité de gain stipulaient uniquement que l'assureur pouvait exiger des renseignements et documents ultérieurs pour déterminer le droit aux prestations. Or cette disposition s'applique précisément à la survenance d'un sinistre et non pas à l'éclaircissement d'une réticence. Enfin, la proposition d'assurance contenait une clause par laquelle Z autorisait les médecins et hôpitaux (en particulier) à renseigner l'assureur, même à l'avenir, au sujet de son état de santé. Mais le Tribunal fédéral a également retenu qu'en signant cette procuration, Z ne s'engageait pas à collaborer à la détermination d'une réticence. Dans la mesure où Z a conclu un contrat d'assurance vie, prévoyant en particulier le versement d'une rente mensuelle en cas d'incapacité de gain (*Erwerbsunfähigkeit*), son sinistre consiste dans l'incapacité de gain en tant que telle. Z est par conséquent tenue de ne fournir que les renseignements utiles sur les circonstances qui en sont à l'origine comme ses conséquences.

Enfin, le Tribunal fédéral souligne qu'en vertu de l'article 8 CC, il incombe au seul assureur de prouver qu'un assuré a commis une réticence et que l'article 6 LCA ne prévoit aucun allègement du fardeau de la preuve dans le sens d'un devoir de collaboration de l'assuré. Si pareille hypothèse devait être retenue, cela signifierait concrètement que ce dernier serait contraint – dans une certaine mesure – de se dénoncer auprès de son assureur.

2 Commentaires

Le droit à l'autodétermination informationnelle, qui découle des droits à la liberté personnelle et à la protection de la sphère privée⁵, garantit à chacun le droit de décider du sort de ses données personnelles. Il accorde notamment une protection spéciale aux données sensibles, dont les données médicales⁶, qui se justifie par le caractère stigmatisant que ces dernières peuvent parfois présenter⁷ et par les lourdes conséquences auxquelles leur utilisation abusive pourrait conduire.

Ce droit est concrétisé en particulier dans la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)⁸, qui est applicable aux rapports d'assurances privées⁹. La LPD énonce les grands principes auxquels doit satisfaire le traitement des données. Ils sont par essence généraux, vu la multiplicité de formes que peut revêtir ce traitement: l'article 3 lit. e LPD le définit en effet comme «*toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données*».

La mise en œuvre de la protection des données nécessite dès lors souvent une importante part d'appréciation, derrière laquelle les assureurs ne sauraient se retrancher pour ne pas respecter les droits de la personnalité de leurs assurés, notamment quand il s'agit de traiter des informations relatives à la santé de ces derniers. L'arrêt 129 III 510 nous a dès lors paru particulièrement digne d'intérêt dans la mesure où, en clarifiant l'étendue du devoir de collaboration de l'ayant droit au sens de l'article 39 LCA, il offre un exemple concret d'application – dans le domaine des assurances privées – de certains principes contenus dans la LPD.

D'une part et en application du principe de licéité¹⁰, une collecte de données n'est autorisée que si elle est prévue dans une *base légale* ou si elle repose sur le *consentement* de l'intéressé. Quand il s'agit de déterminer le bien-fondé de prétentions en matière d'assurances privées, la LCA n'autorise pas un assureur à obtenir des données relatives à son assuré sans l'accord de ce dernier. En revanche, son article 39 impose à l'assuré qui réclame une prestation de la justifier en fournissant à l'assureur qui le demande toute information utile sur les

5 Articles 11 et 13 Cst.

6 Article 3 lit. c LPD.

7 Par exemple le diagnostic d'une maladie psychiatrique ou la séropositivité.

8 RS 235.1, en particulier les articles 4 ss.

9 Article 2 al. 1 lit. a LPD.

10 Article 4 al. 1 LPD.

faits à sa connaissance qui peuvent servir à déterminer les circonstances comme les conséquences d'un sinistre. En d'autres termes et si les renseignements nécessaires sont détenus par un médecin, l'assuré devra délier ce dernier du secret médical en l'invitant à renseigner l'assureur, ou alors donner procuration à l'assureur pour obtenir les informations nécessaires auprès du praticien.

A cet égard, nous relèverons que les clauses de consentement générales contenues dans les propositions d'assurance (par lesquelles les assurés autorisent, par avance, l'assureur à se renseigner à leur sujet auprès de tiers et délient leurs médecins du secret médical) ne constituent pas des procurations valables quand il s'agit de documenter un sinistre et ses suites. En effet, si nous pouvons envisager qu'il soit fait usage de telles procurations dans la phase précontractuelle (en particulier quand l'assureur cherche – tout à fait légitimement – à apprécier le risque avant d'accepter une proposition d'assurance), nous doutons de leur validité ultérieure. En effet, un assuré ne peut pas valablement autoriser par avance un traitement de données dont il n'est pas encore en mesure d'évaluer l'ampleur¹¹. L'assureur devrait en revanche demander à son assuré de renouveler sa procuration lors de chaque demande de renseignements spécifiques, après l'avoir dûment informé du but et des modalités de la démarche.

D'autre part, le principe de finalité¹² n'autorise le traitement de données que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte ou qui est prévu par une loi. Dans son jugement, le Tribunal fédéral a ainsi clairement déterminé l'étendue du devoir de collaboration de l'assuré de l'article 39 LCA en le limitant aux seuls éléments nécessaires à la justification de la prétention. Notre Haute Cour a par contre nié que ce devoir s'étende à des éléments visant à établir l'existence d'une réticence. Il toutefois est important de souligner qu'un assureur pourra légitimement se prévaloir d'un élément obtenu dans le cadre de l'article 39 LCA pour démontrer que l'assuré a violé son obligation de déclaration prévue à l'article 4 LCA¹³.

Enfin, le principe de proportionnalité¹⁴ exige que seules les informations *nécessaires* à l'examen du bien-fondé de la prétention soient transmises à l'assureur. On cherche par là à éviter que ce dernier prenne connaissance de

données dont il n'a pas d'utilité concrète, ce qui paraît d'autant plus légitime quand il s'agit d'indications relatives à l'état de santé. Il peut dès lors s'avérer délicat de déterminer quels éléments ou documents peuvent être exigés de l'assuré, dans la mesure où la nature et la quantité de ces éléments varient considérablement en fonction des circonstances de l'espèce mais surtout, comme nous le verrons ci-après, de la nature du contrat d'assurance.

Aux termes des considérants de notre arrêt, l'assurée Z a réclamé à son assureur une rente mensuelle de Fr. 1000.– dès le 91^e jour d'incapacité de travail¹⁵. On peut raisonnablement déduire de la formulation de cette prétention (comme du fait que la vie constitue le risque couvert à titre principal) que le contrat passé par Z porte sur une assurance dite de somme¹⁶. En effet et à la différence d'une assurance de dommage, dans laquelle la prétention de l'assuré est non seulement liée à la réalisation d'un risque (par exemple la survenance d'un accident) mais aussi subordonnée à l'existence d'un dommage (par exemple une atteinte à la santé et/ou une perte de gain en découlant), l'assurance de somme alloue des prestations à la survenance du risque couvert, indépendamment du préjudice effectivement éprouvé (par exemple versement d'un capital à l'accomplissement d'un certain âge)¹⁷. En d'autres termes, elle ne présente pas de réel caractère indemnitaire et constitue, en quelque sorte, la promesse d'un capital subordonnée à la réalisation d'un événement particulier.

Dans ces conditions, seuls les éléments permettant de démontrer que l'assurée Z est incapable de réaliser un revenu doivent être

11 Voir les articles 20 du Code des obligations (protection contre les engagements contractuels illicites ou contraires aux mœurs) et 27 du Code civil (protection contre les engagements excessifs).

12 Article 4 al. 3 LPD.

13 Article 4 LCA: «*1 Le proposant doit déclarer par écrit à l'assureur suivant un questionnaire ou en réponse à toutes autres questions écrites, tous les faits qui sont importants pour l'appréciation du risque, tels qu'ils lui sont ou doivent être connus lors de la conclusion du contrat. 2 Sont importants tous les faits de nature à influencer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues (...).*».

14 Article 4 al. 2 LPD.

15 Considérant 3.2, p. 513.

16 Ou de personne.

17 ATF 119 II 361, ATF 104 II 44 et les références citées. Voir aussi Vincent BRÜLHART, *Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral, 2^e Cour civile, du 5.11.2001, 5C. 89/2000*, AJP 2002 p. 838.

considérés comme nécessaires pour justifier sa demande de rente, sans qu'un accent ne doive être porté sur l'origine et le taux de l'incapacité, ni sur ses conséquences concrètes. Le devoir de collaboration de l'assurée tel qu'il est prévu à l'article 39 LCA se limite ainsi aux données permettant de déterminer l'incapacité dans son principe. Un simple certificat médical attestant d'une impossibilité de travailler pourrait dès lors s'avérer suffisant à cet égard.

Il en irait bien évidemment différemment si Z avait conclu, par exemple, une assurance privée couvrant la perte de gain en cas d'accident (assurance de dommage). La détermination du bien-fondé de sa prétention devrait alors porter d'une part sur l'origine de la perte de revenu (une atteinte à la santé découlant d'un accident, à l'exclusion de tout autre facteur concomitant¹⁸), d'autre part sur le taux de l'incapacité de travail consécutive à l'accident (évaluation de l'incidence de l'atteinte à la santé sur la capacité d'exercer une activité lucrative) et, enfin, sur la perte de revenu effectivement éprouvée.

Dans pareille hypothèse, l'assurée serait amenée à communiquer à son assureur, ou à autoriser ce dernier à s'enquérir auprès de tiers¹⁹ d'une multitude de données la concernant. Ce qui permettrait d'étendre, le cas échéant, les possibilités pour l'assureur de démontrer la commission d'une éventuelle réticence.

De prime abord, cet arrêt peut donner l'impression que les assureurs ne disposent en fin de compte que de moyens limités pour démontrer qu'un assuré a violé les obligations qui lui sont imposées par l'article 4 LCA. Ce qui paraît d'autant plus inéquitable dans l'hypothèse où un assuré, qui aurait sciemment commis une réticence, pourrait refuser de se dénoncer et ne pas encourir les sévères conséquences de la réticence prévues aux articles 6 et suivants LCA. Mais cet arrêt doit aussi être envisagé dans une optique plus générale de protection des données, qui délimite clairement l'accès des assureurs aux informations concernant leurs assurés dans le but de protéger la personnalité de ces derniers. Et nous soulignerons surtout que les éléments permettant de démontrer l'existence d'une réticence se retrouvent bien souvent dans les données que les assurés sont amenés à fournir en application de l'article 39 LCA, directement ou en autorisant l'assureur à s'adresser à des tiers. Ceci limite sérieusement la portée pratique de l'arrêt et devrait rassurer les assureurs.

18 Comme par exemple une pathologie d'origine malade ou les séquelles d'un accident antérieur à la conclusion du contrat.

19 Médecins, anciens assureurs-maladie et accidents, employeur, par exemple.

Le secret professionnel des soignants

Jean-François Dumoulin, Avocat¹
Route de Schiffenen 15, 1700 Fribourg

1 Préambule

On voit souvent dans le serment d'Hippocrate la source du secret professionnel des médecins: «Tout ce que je verrai ou entendrai autour de moi, dans l'exercice de mon art ou hors de mon ministère, et qui ne devra pas être divulgué, je le tairai et le considérerai comme un secret.»². La teneur du serment d'Hippocrate a été reprise dans le serment de Genève et intégrée dans le Code international d'éthique médicale de l'Association médicale mondiale: «Le médecin devra préserver le secret absolu sur tout ce qu'il sait de son patient, et ce même après la mort de ce dernier»³. Dans son principe, l'obligation de confidentialité à laquelle sont tenus les médecins et, plus largement, tous les soignants a été transposée dans le droit international et dans la plupart des droits nationaux, évidemment assortie de certains aménagements tenant compte des évolutions du monde de la santé.

En Suisse, cette obligation de confidentialité reste, pour beaucoup de ceux à qui elle est imposée, un sujet d'hésitations et de controverses. En effet, bien qu'elle repose avant tout sur une norme déterminée, l'art. 321 du Code pénal suisse (CPS), elle implique souvent la mise en œuvre d'autres règles juridiques, de droit fédéral ou de droit cantonal, touchant tant le droit matériel que le droit de procédure. Cet enchevêtrement de règles juridiques diverses contribue à créer un régime complexe, voire opaque, dans lequel tant les professionnels de la santé que les juristes peinent parfois à se mouvoir.

Ces difficultés ont engendré des pratiques variées, pas toujours conformes à la loi, reflètes d'avis doctrinaux fluctuants. Dès lors, il n'est peut-être pas inutile d'aborder une fois encore la question, dans un exposé dont l'articulation

tient largement compte des problèmes concrets auxquels les soignants peuvent être confrontés dans leurs activités quotidiennes⁴.

2 Buts

Plusieurs théories s'affrontent lorsqu'il s'agit de justifier conceptuellement l'existence de l'obligation de confidentialité des soignants⁵: selon une théorie développée notamment par les juristes allemands, le secret professionnel aurait comme objectif la protection de la sphère privée du patient⁶. Dans une approche plutôt française, il faudrait y voir en réalité la garantie de la dignité de la profession médicale⁷.

- 1 Avocat, L.L.M., admis au barreau de New York, Lausanne. L'auteur remercie MM. Jean Perrenoud et Vincent Stauffer, collaborateurs scientifiques à l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel, pour l'aide précieuse qu'ils lui ont apportée dans la mise au point des notes.
- 2 Le texte intégral du serment est disponible par exemple sur le site de la Société vaudoise de médecine, www.svmed.ch.
- 3 Le Code est disponible sur le site de l'Association médicale mondiale, www.wma.net, rubrique «International Code of Ethics».
- 4 Les considérations qui suivent, comme le titre l'indique, concernent la mise en œuvre des règles de droit présentées ici pour les seuls professionnels de la santé. D'autres personnes sont tenues à une obligation de confidentialité (ecclésiastiques, avocats, ...), mais elles n'ont pas été prises en compte dans cette analyse, même si certains des principes généraux qui vont être énoncés leur sont sans doute également applicables.
- 5 Karin KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB*, Zurich 1993, p. 59 ss et pour une comparaison récente des différents systèmes régissant le secret médical, voir le récent ouvrage de Sabine MICHALOWSKI, *Medical confidentiality and crime*, Aldershot 2003.
- 6 Voir notamment Adolf LAUFS, Wilhelm UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, Munich 1992, p. 375 ss.; Manfred TIMM, *Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht*, Köln 1988.
- 7 Voir notamment Bernard HOERNI, Michel BÉNÉZEC, *L'information en médecine: évolution sociale, juridique, éthique*, Paris 1994, p. 42; Raymond VILLEY, *Histoire du secret médical*, Paris 1986; François PONCHON, *Le secret professionnel à l'hôpital et l'information du malade*, Paris 1998.

La solution développée en Suisse constitue, comme souvent, un compromis entre ces deux tendances. Figurant dans le Titre du Code pénal relatif aux devoirs professionnels, l'art. 321 CPS semble de prime abord conçu comme un instrument destiné à garantir le bon exercice des professions médicales et, au-delà, de la santé publique⁸, en créant notamment un climat de confiance réciproque entre patients et soignants⁹. Cependant, d'autres intérêts sont manifestement en jeu, qui reflètent sans doute les différentes facettes du même concept juridique : les intérêts des patients eux-mêmes, qui doivent pouvoir se confier sans crainte aux personnes qui les soignent¹⁰ et ceux des professionnels de la santé, à qui doivent être livrées toutes les informations pertinentes pour qu'ils puissent correctement exercer leur activité¹¹. Il n'y a pas de hiérarchie entre ces divers intérêts : tous doivent être pris en compte dans l'interprétation de la norme¹².

Dans un arrêt consacré au secret professionnel de l'avocat¹³, le Tribunal fédéral considère que «[l']institution du secret professionnel sert tant les intérêts de l'avocat et de son client que ceux de la justice, dont il est un

auxiliaire. » En transposant cette décision au monde médical, on peut sans doute affirmer que le secret professionnel est en effet instauré non seulement en faveur des patients et des médecins, mais aussi du système de santé en général.

3. Les bases juridiques de l'obligation de confidentialité

3.1 Le droit international

La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine¹⁴ adoptée par le Conseil de l'Europe le 4 avril 1997 prévoit, à son art. 10 al. 1^{er}, que «[t]oute personne a droit au respect de sa vie privée s'agissant des informations relatives à sa santé».

Cette Convention n'est pas encore entrée en vigueur en Suisse ; le Conseil fédéral a adressé, en septembre 2001, un Message à l'intention des Chambres, dans lequel il recommande la ratification de cet instrument de droit international¹⁵. L'objet devrait être traité prochainement par le Parlement fédéral.

Cependant, l'art. 10 al. 1^{er} n'est dans sa substance qu'une reprise de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶, qui garantit le respect de la vie privée, et des dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel¹⁷. La disposition n'aura dès lors pas de réelle portée propre : l'obligation de confidentialité des soignants fait d'ores et déjà partie de l'ordre juridique suisse.

3.2 Le droit national

3.2.1 L'art. 321 CPS

C'est l'art. 321 CPS, on l'a dit, qui constitue le fondement essentiel de l'obligation de confidentialité des professionnels de la santé¹⁸. Selon la note marginale, cette disposition réprime les violations du secret «professionnel». C'est cet adjectif qui a été retenu car la disposition touche plusieurs professions, qui ne relèvent pas toutes de la santé. Lorsque le secret s'applique aux professions médicales que sont les professions de médecin, de dentiste ou de pharmacien, on utilise souvent l'expression de «secret médical»; dans un sens plus strict encore, ce «secret médical» ne vise

8 Olivier GUILLOD, *Le secret médical aujourd'hui*, in: *Le secret*, cahiers ERIE, Université de Lausanne 1996, p. 52 ss.

9 ATF 87 IV 105, JT 1962 IV 2.

10 ATF 75 IV 74. La disposition vise aussi sans aucun doute la protection des intérêts des patients, sans quoi elle ne leur conférerait pas le droit de consentir à la révélation; voir plus loin, chiffre 6.1.

11 Karin KELLER, *op. cit.*, p. 62.

12 Karin KELLER, *op. cit.*, p. 64; *contra*, ZURCHER, cité par Philippe GRAVEN, *Le secret médical*, in: *Médecine et Hygiène*, n° 1171, 1975, p. 1729 ss, pour qui l'intérêt primordial est celui du patient et Niklaus OBERHOLZER, *Kommentar ad Art. 312 StGB*, in: Marcel NIGGLI, Hans WIPRÄCHTIGER, *Strafgesetzbuch II, Basler Kommentar*, Bâle, Genève, Munich 2003, p. 2053 ss, qui voit dans l'art. 321 CPS une disposition édictée avant tout dans l'intérêt public.

13 ATF 117 Ia 341, 348.

14 Le texte de la convention et divers autres documents s'y rapportant sont disponibles sur le site de l'Office fédéral de la justice, www.ofj.admin.ch, rubrique Individu et société.

15 FF 2002 271. Dans le même Message, il recommande la ratification du Protocole additionnel du 12 janvier 1998 portant interdiction du clonage d'êtres humains.

16 RS 0.101.

17 RS 0.231. Voir le Message ayant conduit à sa ratification, FF 1997 I 722.

18 Sur l'ensemble de la question, voir notamment Niklaus OBERHOLZER, *op. cit.*; Bernard CORBOZ, *Les infractions en droit suisse, vol. II*, Berne 2002, p. 633 ss; Jörg REHBERG, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 2^e éd., Zurich 1996, p. 428 ss; Stefan TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, Zurich 1993, p. 806 ss; Olivier GUILLOD, *op. cit.*

que les médecins. Il n'est peut-être pas superflu de préciser ici qu'une seule obligation de confidentialité existe: le «secret professionnel» et le «secret médical» sont synonymes et ne s'additionnent pas.

L'art. 321 CPS est une norme déjà ancienne, élaborée il y a plusieurs décennies¹⁹. Inspirée par le contexte médical d'une époque révolue, elle n'a plus, dans certains de ses aspects, de rapports étroits avec le monde de la santé contemporain. Sa faiblesse majeure réside aujourd'hui dans le fait qu'elle n'englobe plus tous les professionnels de la santé qui pourraient être amenés à prendre en charge un patient. En effet, la liste qu'elle comporte est exhaustive et ne peut être étendue par voie d'interprétation²⁰. Dès lors, certaines professions de la santé déployant des activités à titre indépendant (par exemple, les psychologues-psychothérapeutes, lorsqu'ils n'accomplissent pas des actes de psychothérapie déléguée) ne sont pas mentionnées par l'art. 321 CPS et se trouvent dès lors en dehors de son champ d'application.

3.2.2 Les législations sanitaires cantonales

C'est d'abord par le biais des législations sanitaires cantonales qu'on s'efforce d'étendre le cercle des personnes tenues par une obligation de confidentialité. La plupart des lois sanitaires cantonales contiennent en effet des dispositions qui, si elles n'ajoutent rien sur ce point au droit matériel, visent à faire entrer parmi les personnes visées non seulement celles que mentionne l'art. 321 CPS, mais aussi toutes les autres professions de la santé énumérées par le législateur cantonal.

En Suisse romande, toutes les législations sanitaires cantonales contiennent des dispositions de ce genre: l'art. 89 de la Loi du 16 novembre 1999 sur la santé (FR); l'art. 11 de la Loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 11 mai 2001 (GE); l'art. 53 al. 2 de la Loi sanitaire du 14 décembre 1990 (JU); l'art. 62 de la Loi de santé du 6 février 1995 (NE); l'art. 80 de la Loi du 29 mai 1985 sur la santé publique (VD); l'art. 35 de la Loi sur la santé du 9 février 1996 (VS).

3.2.3 La législation sur la protection des données

La législation fédérale²¹ est applicable au traitement de données effectué par des per-

sonnes privées ou par des organes fédéraux (art. 2 al. 1^{er} LPD); *a contrario*, ce sont les législations cantonales qui règlent les modalités de traitement des données collectées par des organes cantonaux. Il n'existe cependant pas de différences majeures entre la législation fédérale et les lois cantonales, qui sont articulées autour des mêmes principes énoncés dans des conventions internationales²². En substance, la loi vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données (art. 1^{er}).

En dépit des législations sanitaires cantonales, des failles subsistent encore dans le dispositif législatif destiné à instaurer une obligation de confidentialité pour tous les soignants: dans certains cantons, des professionnels exerçant dans le domaine de la santé échappent encore à une obligation légale de confidentialité. Il s'agit spécifiquement de ceux qui ne font pas partie des personnes visées par l'art. 321 CPS et qui ne se trouvent pas, non plus, dans la liste des professions soumises à la surveillance des autorités sanitaires. En effet, ces listes cantonales, quoiqu'elles se recoupent largement, ne sont pas tout à fait semblables et pas toujours complètes: par exemple, la loi sanitaire neuchâteloise ne mentionne pas les ambulanciers; les psychothérapeutes ne figurent pas dans la loi sanitaire genevoise.

C'est alors grâce aux législations fédérale et cantonales sur la protection des données qui, elles, ne contiennent pas de liste mais une désignation générale des personnes visées, que l'ordre juridique suisse impose à toutes les personnes concernées une obligation de confidentialité²³. La législation sur la protection des données n'a donc pas de portée propre par rapport à la portée du secret professionnel tel qu'il découle du Code pénal.

19 Voir le Message du 23 juillet 1918, FF 1918 IV 1. Dans le projet de loi annexé au Message, la disposition se trouve à l'art. 285; elle ne prévoit pas la levée du secret par l'autorité compétente.

20 ATF 95 I 439, 448; ATF 83 IV 194, 197.

21 Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, RS 235.1. Voir par exemple Barbara HÜRLIMANN, Reto JACOBS, Tomas POLEDNA (éd.), *Datenschutz im Gesundheitswesen*, Zurich 2001; Lukas BRÜHWYLER-FRESEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, Zurich 1996; Urs MAURER, Nedim Peter VOGT, *Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz*, Bâle et Frankfurt-sur-le-Main 1995.

22 Sur ce point, voir plus haut, chiffre 3.1.

23 Gunther ARZT in: Urs MAURER, Nedim Peter VOGT, *op. cit.*, p. 477.

La loi distingue entre les données personnelles et les données sensibles, parmi lesquelles figurent notamment les données relatives à la santé (art. 3 lettre c). Ces dernières font l'objet d'une protection accrue, par exemple s'agissant de communication à des tiers. La loi énonce aussi certains principes gouvernant la collecte de données, ainsi la licéité de la collecte de données (art. 4 al. 1^{er}), le principe de la bonne foi (art. 4 al. 2), le principe de la finalité (art. 4 al. 3) ou encore le principe de l'exactitude des données (art. 5). Elle règle encore, notamment, la question des conditions de la divulgation (art. 13 al. 1^{er}: «Une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.»; art. 19 [communication de données par les organes fédéraux]), qui correspondent à celles que prévoit le Code pénal, et prévoit des sanctions pénales pour les contrevenants, notamment ceux qui divulgueraient des données sensibles (art. 35).

3.2.4 La protection de la personnalité et la protection de la sphère privée

En droit civil également, les règles de droit visant la protection de la personnalité (art. 27 ss du Code civil) garantissent aux patients que des informations touchant à leur sphère privée et à leur sphère intime ne seront pas dévoilées²⁴. Dans une relation entre un patient et un soignant, une telle garantie peut aussi découler du contrat de soins, qui suppose de la part du soignant une bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 CO).

En droit public, la protection de la sphère privée résulte désormais de l'art. 13 al. 2 Cst²⁵.

Ainsi, dans les établissements sanitaires relevant du droit public, les garanties offertes aux patients sont les mêmes que celles dont bénéficient les patients hospitalisés dans le secteur privé.

3.2.5 La déontologie professionnelle

L'art. 11 al. 1^{er} du code rappelle opportunément aux médecins que «[l]e secret médical doit être sauvegardé dans le cadre des dispositions légales». Il doit être respecté «tout particulièrement à l'égard des membres de [l]a famille [du médecin], des proches et de l'employeur du patient, ainsi que des assureurs».

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une norme juridique au sens strict – le code de déontologie de la FMH²⁶ est un texte émanant d'une association de droit privé, rédigé à l'intention de ses adhérents –, on doit mentionner ici ce document, qui joue certainement dans la pratique un rôle important.

3.2.6 L'art. 320 CPS instituant un secret de fonction?

Le secret de fonction prévu par l'art. 320 CPS est-il applicable à la protection d'informations relatives à des patients et transmises à des professionnels de la santé actifs dans le secteur public? Dans ce cas, pour pouvoir dévoiler de telles données, un soignant exerçant dans une institution sanitaire relevant du droit public, par exemple un hôpital cantonal ou un hôpital universitaire, devrait-il se faire délier du secret de fonction? La question n'est pas nouvelle²⁷.

Avant de répondre, il faut rappeler que la révélation d'un secret de fonction est possible si elle a lieu avec le consentement écrit de l'autorité supérieure (art. 320 ch. 2 CPS), souvent le Conseiller d'Etat en charge du département dont dépend l'agent public. L'administré (ici, le patient) concerné n'est quant à lui pas appelé à se déterminer. Ainsi, si l'on admettait que les informations touchant à la prise en charge thérapeutique d'un patient traité par une institution publique sont couvertes par le secret de fonction, on conférerait alors à l'autorité hiérarchique le pouvoir de décider librement, sans considération pour la volonté de l'intéressé, si et dans quelle mesure ces informations peuvent être révélées. Cette solution, incohérente dans un régime juridique qui place le consentement du patient au cœur du système, n'est certes pas défendable, comme le retient à juste titre la doctrine majoritaire²⁸. Dès lors, c'est

24 Hans Michael RIEMER, *Personenrecht des ZGB*, 2^e éd., Berne 2002, p. 142 ss; Andreas BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4^e éd., Bâle 1999, p. 130; Henri DESCHENAUX, Paul-Henri STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 3^e éd., Berne 1995, p. 180.

25 Jörg Paul MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, Berne 1999, p. 44.

26 Le Code de déontologie est disponible sur le site de la FMH, www.fmh.ch, rubrique «documents».

27 Voir OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Protection des données dans le domaine médical: Rapport d'une Commission instituée par l'Office fédéral de la justice*, Berne 1984, p. 234; Arthur RÖTHLISBERGER, *Secret médical et secret de fonction*, in: RDAF 1982, p. 337. Pour une contribution récente, voir François DE ROUGEMONT, *La coexistence des secrets: le secret médical et le secret de fonction*, in: Médecine et détention, Berne 2002, p. 83.

28 Karin KELLER, *op. cit.*, p. 98 ss.

bien le secret médical qui doit s'appliquer ici²⁹ et non le secret de fonction³⁰.

Pour soutenir un point de vue différent, la doctrine minoritaire³¹ s'appuie sur un arrêt qui n'est pas réellement pertinent: dans le cas d'espèce, le médecin agissait avant tout en tant que médecin expert remplissant une mission publique dans le cadre d'une privation de liberté à des fins d'assistance³².

Qualifier le devoir de confidentialité des soignants exerçant dans une institution sanitaire publique de secret de fonction aurait en outre une autre conséquence regrettable: on instaurerait de la sorte une différence de traitement entre patients hospitalisés dans un établissement de droit privé et patients séjournant dans un hôpital public. En effet, les premiers resteraient maîtres des données médicales les concernant, tandis que la maîtrise de ces données échapperait totalement aux seconds. Or, la jurisprudence n'autorise plus ce genre de discrimination: «... [A] l'égard des actes médicaux proprement dits, il n'existe aucune raison pour que la liberté personnelle d'un patient admis dans un établissement hospitalier public soit restreinte dans une mesure plus étendue que ne l'est celle du patient soigné dans un établissement hospitalier privé.»³³

4 Les personnes visées

4.1 Les professionnels de la santé visés par l'art. 321 CPS

Les personnes concernées par l'obligation de confidentialité sont d'abord celles qui sont énoncées à l'art. 321 CPS, c'est-à-dire les médecins, les pharmaciens, les dentistes et les sages-femmes. Il doit s'agir de personnes disposant de la formation appropriée et d'une autorisation officielle pour l'exercice de leur profession³⁴. En revanche, le texte de la disposition ne mentionne pas les vétérinaires³⁵, alors qu'ils figurent souvent au rang des professions médicales, par exemple dans la Loi fédérale sur l'exercice des professions médicales³⁶. Le besoin de maintenir un secret n'a pas paru ici prépondérant, dans une relation où le «patient» n'est guère en mesure de faire des confidences à son soignant.

L'art. 321 CPS vise ensuite toutes celles et tous ceux qui exercent en qualité d'«auxiliaires» d'une des professions énoncées précédemment. Correspondent à ce statut d'auxiliaire les personnes qui³⁷:

lières» d'une des professions énoncées précédemment. Correspondent à ce statut d'auxiliaire les personnes qui³⁷:

- collaborent directement à la prise en charge thérapeutique, aux côtés d'un membre d'une profession médicale (par exemple, une infirmière);
- ou celles qui, requises par un membre d'une profession médicale, participent à la prise en charge thérapeutique en fournissant une prestation de santé, thérapeutique (par exemple, un physiothérapeute) ou diagnostique (par exemple, un laborant);
- ou encore celles qui, en raison de leurs activités liées à une prise en charge thérapeutique, ont accès à des informations couvertes par le secret professionnel (par exemple, la secrétaire médicale, le comptable, voire le personnel d'entretien³⁸).

Le statut d'auxiliaire n'implique pas nécessairement un lien de subordination; l'auxiliaire peut être employé ou mandataire, recevoir des honoraires, directement ou par l'intermédiaire du médecin traitant, ou encore exercer à titre gratuit³⁹.

Lorsqu'il a adopté l'art. 321 CPS, le législateur fédéral n'a pas oublié de mentionner les étudiants, souvent en contact direct avec des patients à l'occasion de leurs stages de formation.

29 RDAF 2000, 117.

30 Les soignants exerçant dans un établissement de droit public sont cependant bien tenus par le secret de fonction, pour tout ce qui a trait au fonctionnement de l'institution; Jörg REHBERG, *op. cit.*, p. 424; Stefan TRECHSEL, *op. cit.*, ad Art. 320, n° 14.

31 Notamment Bernard CORBOZ, *op. cit.*, n° 48, p. 632 et n° 14, p. 644.

32 ATF 118 II 254, 257.

33 ATF 111 Ia 231, 237.

34 Bernard CORBOZ, *op. cit.*, n° 14-15, p. 644-645.

35 Bernard CORBOZ, *op. cit.*, n° 15, p. 644.

36 Loi fédérale concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de vétérinaire dans la Confédération suisse du 19 décembre 1877, RS 811.11.

37 Olivier GUILLIOD, *op. cit.*, p. 54.

38 Si elles peuvent être amenées à côtoyer des patients et donc à connaître leur identité. Voir Stefan TRECHSEL, *op. cit.*, n° 13; Bernard CORBOZ, *op. cit.*, n° 16, p. 645.

39 Jörg REHBERG, *op. cit.*, p. 431; Bernard CORBOZ, *op. cit.*, n° 16, p. 645.

On doit encore y ajouter les personnes qui travaillent au sein des centres de planning familial. Selon l'art. 2 al. 1^{er} de la Loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse⁴⁰, «[l]es collaborateurs des centres de consultation et les tiers dont les services ont été requis sont tenus au secret conformément à l'article 320 ou à l'article 321 du code pénal suisse»⁴¹. Le législateur a prévu une même extension du secret professionnel (et du secret de fonction) à l'art. 15 al. 2 de la Loi fédérale sur les stupéfiants⁴², en liant le personnel de l'autorité protectrice compétente et celui des institutions de traitement ou d'assistance agréées auxquelles les services administratifs, les médecins et les pharmaciens peuvent signaler les cas d'abus de stupéfiants qu'ils constatent dans l'exercice de leur activité officielle ou professionnelle⁴³.

4.2 Les professionnels de la santé visés par les législations sanitaires cantonales

A ce premier cercle de professionnels tenus par une obligation de confidentialité dérivée de l'art. 321 CPS s'ajoute un second, les professions de la santé figurant dans les listes contenues dans les législations sanitaires cantonales énumérant celles qui sont soumises à la surveillance des autorités sanitaires cantonales.

On l'a dit, ces listes se recoupent largement mais ne coïncident pas totalement: les ambulanciers, les psychologues et les psychothérapeutes en sont parfois absents. C'est alors dans la législation sur la protection des données que se trouvent les bases légales qui leur imposent un devoir de confidentialité.

4.3 Les professionnels de la santé visés par les législations relatives à la protection des données

Finalement, en vertu des législations fédérale et cantonales sur la protection des données, toutes celles et ceux qui accèdent à des données personnelles secrètes et sensibles, notamment des données relatives à la santé, portées à leur connaissance dans l'exercice d'une profession qui requiert la connaissance de telles données – et qui ne seraient pas astreints à la confidentialité par d'autres normes juridiques – sont tenus par une obligation de confidentialité.

5 La portée de l'obligation de confidentialité

Les normes qui viennent d'être présentées imposent à toute personne qui, dans l'exercice de ses activités professionnelles, a accès à des informations confidentielles une obligation en principe absolue de les tenir secrètes. Cette obligation couvre non seulement toutes les données personnelles, de nature médicale ou non⁴⁴, que le patient viendrait à confier à la personne qui le soigne mais plus généralement toutes les données, à nouveau de nature médicale ou non, dont le soignant peut avoir connaissance au cours de ses activités⁴⁵. Dans ce contexte, on doit sans doute considérer que la simple existence du lien thérapeutique est déjà protégée par le secret⁴⁶.

Ce secret vaut aussi à l'égard d'autres professionnels de la santé, même s'ils sont eux-mêmes tenus par une même obligation de confidentialité. A cet égard, contrairement à une conception encore assez répandue parmi les soignants, il n'est pas admissible de dévoiler des informations protégées par le secret professionnel à un autre soignant qui ne serait pas impliqué directement dans la prise en charge thérapeutique⁴⁷.

L'obligation perdure même après la mort du patient⁴⁸. De même, elle subsiste si le soignant cesse son activité professionnelle; pour les étudiants, elle se prolonge au-delà de la fin de leurs études (art. 321 chiffre 1 in fine CPS). La question est plus délicate lorsque le médecin décède: la norme pénale ne s'applique pas aux héritiers du praticien décédé⁴⁹. En revanche, les obligations de nature civile subsistent, de sorte

40 RS 857.5.

41 L'obligation de garder le secret est levée «[s]i quelqu'un obtient des avantages financiers en donnant de fausses indications ou en recourant à des manœuvres frauduleuses» (art. 2 al. 2).

42 Loi fédérale sur les stupéfiants et les psychotropes, RS 812.121.

43 Sur ce point, voir plus loin, ch. 6.4.4.

44 Jörg REHBERG *op. cit.*, p. 432; Bernard CORBOZ, *op. cit.*, n° 24, p. 647.

45 SJ 1963, p. 495.

46 Stephan TRECHSEL, *op. cit.*, n° 18, p. 1016 s.

47 L'art. 11 al. 3 du Code de déontologie de la FMH le rappelle explicitement.

48 ATF 117 Ia 341, 349; ATF 114 III 105, 107; ATF 112 Ib 606, 607. Sur les conséquences pour l'ouverture d'une procédure pénale, voir plus loin, ch. 7.1.

49 Philippe CHAUDET, Boris HEINZER, *De l'opposabilité aux héritiers du secret professionnel du défunt*, in: RDS 1997 I, p. 451 ss; Karin KELLER, *op. cit.*, p. 84; Bernard CORBOZ, *op. cit.*, n° 41, p. 650.

qu'un ayant-droit pourrait être recherché pour avoir diffusé des informations confidentielles contenues dans un dossier médical faisant partie d'une succession. Dans la pratique, le droit sanitaire cantonal prévoit souvent des modalités de sauvegarde des dossiers lorsqu'un praticien décède⁵⁰.

Le secret professionnel doit être respecté dans l'exercice de la profession, qu'il existe avec la personne concernée un lien thérapeutique ou non⁵¹. Il n'y a donc pas, en théorie, de violation si le soignant apprend des faits par nature confidentiels en tant que particulier⁵² ou en raison d'une autre activité privée, politique ou sociale ou relevant d'une autre profession⁵³.

On peut aussi dévoiler des informations en principe protégées, pour autant qu'elles soient anonymisées, c'est-à-dire que les éléments diffusés ne permettent pas d'identifier le patient. Par exemple, on peut exposer une situation thérapeutique intéressante à l'occasion d'un séminaire scientifique. C'est également ainsi qu'il faut procéder si l'on souhaite obtenir l'avis d'un confrère ou d'un collègue: il est tout à fait admissible de présenter un cas et de solliciter une opinion, mais aucune donnée permettant d'identifier le patient ne devrait être transmise.

Pareillement, ne sont pas protégées, à l'égard d'un destinataire particulier, les informations qui lui auraient déjà été transmises⁵⁴, même par une autre voie, à moins que la communication ne soit de nature à renforcer une conviction⁵⁵. Quant aux faits qui seraient notoires, par exemple parce que le patient les aurait divulgués lui-même (ainsi, une personnalité politique, du monde du spectacle ou du sport qui publie ses bulletins de santé), ils ne sont pas couverts par le secret.

Il faut admettre enfin qu'existent des limites pratiques au secret professionnel. On l'a dit, l'existence d'un lien thérapeutique est sans doute déjà couverte par le secret. Cependant, dans les salles d'attente des cabinets médicaux, les patients en côtoient d'autres. De même, en cas d'hospitalisation, les patients ou les personnes qui leur rendent visite découvrent qui sont les autres patients de l'établissement, voire quelle est leur pathologie, en fonction de la division qui les accueille. On ne voit pas par quels moyens on pourrait pallier ces limites

pratiques: on ne peut évidemment construire un hôpital par patient...⁵⁶

6 Les exceptions

6.1 Le consentement du patient

6.1.1 En général

C'est l'exception la plus fréquente: s'il est délié de son secret par son patient, la révélation par le professionnel de la santé n'est pas punissable⁵⁷. Il ne peut cependant diffuser que les informations pertinentes; en cas de doute, le soignant devrait interpeller son patient pour définir l'étendue des informations à communiquer.

Le consentement est soumis à une condition de validité: il doit émaner d'une personne capable de discernement. C'est bien ce critère – et non celui de la majorité – qui est déterminant. La capacité de discernement, prévue à l'art. 16 CC, existe lorsque une personne est en mesure d'apprécier le sens et les effets d'un acte déterminé et d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable⁵⁸. Elle est présumée⁵⁹ et doit s'apprécier dans chaque cas, *in concreto*⁶⁰. Si la capacité de discernement fait défaut, en raison du jeune âge ou d'une atteinte durable aux facultés psychiques, le consentement est alors donné par le représentant légal, c'est-à-dire les parents du mineur ou par le tuteur ou le curateur de l'adulte.

Le consentement du patient n'est pas subordonné au respect d'une forme particulière.

50 En les plaçant par exemple sous la responsabilité de la Commission de surveillance des professions de la santé, comme en Valais (art. 67 de la Loi sur la santé du 9 février 1996), ou de l'association professionnelle du défunt ou encore du médecin cantonal, comme dans le canton de Genève (art. 17 de la Loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 11 mai 2001).

51 ATF 101 Ia 10, 11.

52 ATF 112 Ib 606, 607.

53 ATF 112 Ib 606, 608; Bernard CORBOZ, *op. cit.*, n° 29-30, p. 648.

54 Par exemple, transmettre à une commission d'assurance-invalidité des éléments que cette autorité détient déjà ne constitue pas une violation du secret professionnel (ATF 106 IV 131, 133).

55 ATF 75 IV 74.

56 Dans les cabinets de psychiatrie toutefois, il est assez fréquent qu'une succession de salles d'attente permettent d'éviter au maximum la confrontation avec d'autres patients venus consulter le praticien.

57 Voir Jürg BOILL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, Zurich 1983.

58 ATF 117 II 231.

59 ATF 91 II 327, JT 1966 I 232.

60 ATF 111 V 58.

C'est dire qu'il peut être écrit – notamment, si l'on souhaite se ménager une preuve – mais qu'un consentement oral est parfaitement valable. C'est dire aussi qu'un consentement peut être implicite, qu'il peut en d'autres termes résulter d'un comportement. Par exemple, lorsqu'un patient demande à son médecin de compléter un questionnaire de santé ou de rédiger un certificat médical, il le délègue simultanément de son secret médical, même s'il ne l'a pas exprimé clairement. On peut se demander, dans ce contexte, si un patient qui engagerait une action de nature juridique contre le professionnel de la santé qui l'a soigné ne le délègue pas, à nouveau implicitement, de son secret. Il doit en effet escompter que le soignant va exercer son droit de se défendre et qu'à cette occasion, il va devoir exposer des faits couverts par le secret professionnel, sans quoi le principe de l'égalité des armes dans la procédure ne serait pas respecté. Dans la pratique, en général, les soignants s'adressent préalablement à l'autorité de levée du secret professionnel⁶¹.

Consentir à la diffusion d'une information couverte par l'obligation de confidentialité correspond à l'exercice d'un droit strictement personnel. En d'autres termes, cette faculté n'appartient qu'au patient lui-même. En cas de décès, les héritiers ne peuvent consentir à sa place. Dans un tel cas, il appartient au soignant de saisir l'autorité de surveillance.

6.1.2 Le consentement tacite

Dans certaines circonstances, on peut également tabler sur le consentement tacite du patient, c'est-à-dire sur un consentement qui n'a été manifesté ni par oral, ni par écrit, qui ne découle pas directement d'un comportement et qui néanmoins peut être considéré comme acquis.

Interprétée à la lettre, l'obligation de confidentialité telle qu'elle vient d'être définie entraînerait en effet certaines difficultés dans la pratique quotidienne des professionnels de la santé. Dans un certain nombre de situations,

il est donc nécessaire de raisonner en tablant sur le consentement tacite du patient, ainsi :

- dans les rapports entre les professionnels de la santé et les proches du patient ;
- dans les rapports entre les professionnels de la santé et le conjoint du patient ;
- dans les rapports entre les professionnels de la santé appartenant à la même équipe soignante ;
- dans les rapports entre les professionnels de la santé hospitaliers et les professionnels de la santé prenant en charge le patient en-dehors de l'hôpital.

Dans de tels cas, parce que, selon l'expérience de la vie, les patients dans leur très grande majorité n'ont aucune objection à ce que les soignants agissent ainsi, il est admis qu'ils puissent communiquer certaines informations aux proches et au conjoint qui les questionnent. Il est également admis que les soignants appartenant à la même équipe soignante échan- gent les informations nécessaires à la prise en charge du patient. Enfin, il est admis que les professionnels de la santé qui ont traité le patient en milieu hospitalier rédigent, à sa sortie, à l'intention du médecin traitant, un document résumant les principales étapes du traitement hospitalier (lettre de sortie)⁶².

On raisonne encore de la même manière pour ce qui a trait au volet financier d'un séjour hospitalier. Il faut partir du principe que le patient qui est hospitalisé consent à ce que les données médicales le concernant et qui sont nécessaires à l'établissement de la facturation de son séjour soient transmises à la comptabilité.

Cependant, il faut se souvenir que ces communications représentent une exception par rapport à la règle générale, exception reposant sur le consentement tacite du patient. Si ce dernier vient à manifester son opposition et exige que le secret prévale, l'obligation de confidentialité doit alors être respectée⁶³. Il ne fait pas de doute, dans ce contexte, que le conjoint ou les proches ne disposent pas d'un « droit de savoir » quel est l'état du patient, malgré les liens qui peuvent exister entre eux.

6.2 L'autorisation de l'autorité de levée du secret professionnel

Selon la seconde exception prévue par le Code pénal, un professionnel de la santé peut

61 Voir plus loin, ch. 6.2.

62 Le code de déontologie de la FMH prévoit d'ailleurs expressément ces deux dernières situations, à son art. 11 al. 3.

63 Pour ce qui concerne la communication de données au sein de l'équipe soignante, voire à l'intention de la comptabilité, le droit du patient de s'y opposer ne peut être que théorique : s'il refuse que l'information circule, la prise en charge n'est plus possible.

également être délié de son secret par « l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance »⁶⁴. Chaque canton a prévu une telle autorité, généralement rattachée, pour les professionnels de la santé, au Département dont dépendent les affaires sanitaires⁶⁵.

La levée du secret par l'autorité compétente est subsidiaire par rapport au consentement du patient: elle ne peut être envisagée que si le patient est incapable, introuvable ou décédé ou encore s'il refuse la levée du secret, dans une situation où la révélation semble indispensable à la sauvegarde d'un intérêt public ou privé prépondérant⁶⁶.

Si le patient s'oppose à la levée du secret, il doit être entendu par l'autorité. Dans la pratique, il apparaît que ce droit n'est pas toujours respecté⁶⁷.

Il appartient au soignant lui-même – et à nul autre – de s'adresser à cette autorité. L'autorité sollicitée doit statuer par écrit.

La procédure peut être relativement longue (parfois quelques semaines), à moins que des procédures rapides et simplifiées n'aient été prévues pour les situations d'urgence⁶⁸. Lorsque le soignant est confronté à une situation qui appelle une réaction immédiate, il peut cependant se fonder sur l'état de nécessité prévu par l'art. 34 CPS pour prendre ou faire prendre les mesures qui lui paraissent appropriées⁶⁹.

6.3 Les obligations légales de transmettre des informations

6.3.1 Les maladies « à déclaration obligatoire »

Le Code pénal réserve expressément une éventuelle « obligation de renseigner une autorité ».

La plus importante est celle qui découle de la législation fédérale sur les épidémies⁷⁰. La Loi fédérale sur les maladies transmissibles instaure en effet un régime de maladies dites « à déclaration obligatoire ». Si une maladie figurant sur la liste est diagnostiquée par un médecin ou par un laboratoire d'analyses médicales, elle doit obligatoirement être déclarée au médecin cantonal. Celui-ci collecte toutes ces informations et, chaque semaine, les transmet à l'Office fédéral de la santé publique, qui les compile afin de les analyser. L'objectif est évident: il s'agit ainsi

de se donner les moyens de surveiller et, si possible, de prévenir toute épidémie en agissant dès ses premières manifestations.

Concrètement, le système repose sur l'art. 27 de la loi, qui renvoie à une Ordonnance sur les déclarations des maladies transmissibles de l'homme, puis à une Ordonnance sur les déclarations de médecin et de laboratoire⁷¹. Cette dernière Ordonnance comporte trois annexes, qui énumèrent un certain nombre de maladies nécessitant une déclaration. La première mentionne les maladies dont les déclarations doivent permettre d'identifier les personnes qui en sont atteintes, notamment la tuberculose, le virus de l'hépatite A, de l'hépatite B ou de l'hépatite C. La seconde et la troisième annexes, que recoupe partiellement la première, contiennent la liste des maladies qui doivent faire l'objet d'une déclaration respectivement par les médecins et par les laboratoires⁷².

En application des art. 8 et 38 al. 1^{er} de la Loi fédérale sur les maladies transmissibles, le Conseil fédéral a également édicté une Ordonnance sur le transport et la sépulture de cadavres⁷³ en vertu de laquelle (art. 3 al. 1^{er}) le médecin traitant ou le médecin qui a constaté le décès doit annoncer sans délai au médecin cantonal compétent du lieu du décès l'existence d'une des maladies infectieuses mentionnées à l'art. 2 al. 2.

64 Sur l'ensemble de la question, voir Marinette UMMEL, Jean-Pierre RESTELLINI, *Les instances de levée du secret médical en Suisse*, in: RSJ 1994, p. 361 ss.

65 Marinette UMMEL, Jean-Pierre RESTELLINI, *op. cit.*, en donne une liste complète (état: 1994).

66 Marinette UMMEL, Jean-Pierre RESTELLINI, *op. cit.*, p. 361; Philippe GRAVEN, *op. cit.*, p. 1729 ss, 1740.

67 Marinette UMMEL, Jean-Pierre RESTELLINI, *op. cit.*, p. 364.

68 Par exemple dans le canton de Genève, à l'art. 5 du Règlement relatif à la Commission de surveillance des professions de la santé du 9 novembre 1983.

69 Sur ce point, voir plus loin ch. 6.4.6.

70 RS 818.101. Voir Alexander FILLI, *Die Auskunftserteilung des Arztes an Behörden unter dem Aspekt des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB*, in: BJM 1987, p. 57 ss.

71 RS 818.114.1 et 818.114.11.

72 La séropositivité HIV doit être déclarée par les médecins, sans indiquer l'identité du patient. Il doit néanmoins communiquer, en particulier, la date de naissance, le sexe, les initiales et le lieu de domicile.

73 Ordonnance sur le transport et la sépulture de cadavres présentant un danger de contagion ainsi que le transport des cadavres en provenance ou à destination de l'étranger du 17 juin 1974, RS 818.61.

6.3.2 Obligation de témoigner?

Le Code pénal réserve aussi l'obligation de témoigner en justice (art. 321 chiffre 3 CPS).

Une telle obligation, pour autant qu'elle repose sur une base légale claire et qu'elle réponde à un intérêt public prépondérant, ne viole pas la Convention européenne des droits de l'homme, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁴.

74 Affaire *Z. contre Finlande*, du 25 février 1997, Rec. 1997-I, § 113; voir aussi la Recommandation (97)5 relative à la protection des données médicales du Comité des Ministres aux Etats membres.

75 **FR**: art. 214 al. 1^{er} lettre c du Code de procédure civile, du 28 avril 1953; art. 79 du Code de procédure pénale, du 14 novembre 1996; art. 54 al. 2 lettre c du Code de procédure et de juridiction administrative, du 23 mai 1991. **GE**: art. 227 de la Loi de procédure civile, du 10 avril 1987; art. 47 al. 1^{er} et al. 2 du Code de procédure pénale, du 29 septembre 1977; art. 32 de la Loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985. **JU**: art. 244 al. 1^{er} du Code de procédure civile, du 9 novembre 1978; art. 160 al. 5 du Code de procédure pénale, du 13 décembre 1990; art. 64 du Code de procédure administrative, du 30 novembre 1978; art. 15 de l'Ordonnance concernant l'exercice de la médecine, du 7 septembre 1993. **NE**: art. 236 du Code de procédure civile, du 30 septembre 1991; art. 147 ch. 2 du Code de procédure pénale, du 19 avril 1945; art. 16 de la Loi sur la procédure et la juridiction administrative, du 27 juin 1979. **VD**: art. 196 du Code de procédure pénale, du 12 septembre 1967; art. 198 du Code de procédure civile, du 14 décembre 1966; art. 80 de la Loi sur la santé publique du 29 mai 1985. **VS**: art. 186 et 187 du Code de procédure civile, du 24 mars 1998; art. 87 et 89 du Code de procédure pénale, du 22 février 1962; art. 18a de la Loi sur la procédure et la juridiction administratives, du 6 octobre 1976.

76 Cette latitude ne dispense en revanche pas les soignants de se présenter à l'audience à laquelle ils ont été convoqués: «l'invitation» qu'ils ont reçue est un mandat de comparution, qui permet au magistrat de requérir la force publique si nécessaire.

77 Peter AEBERSOLD, *Kommentar ad Art. 127*, in: Marcel NIGGLI, Hans WIPRÄCHTIGER, *op. cit.*, p. 149 ss; José HURTADO POZO, *Droit pénal, Partie spéciale I*, 3^e éd., Zurich 1997, p. 150 ss; Bernard CORBOZ, *op. cit.*, p. 157 ss.

78 Peter AEBERSOLD, *op. cit.*, p. 155 ss; José HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 155 ss; Bernard CORBOZ, *op. cit.*, p. 162 ss.

79 Bernard CORBOZ, *op. cit.*, n° 5, p. 159. En réalité, ce devoir de protection s'impose à tout professionnel de la santé impliqué dans la prise en charge d'un patient.

80 Une affaire californienne avait, il y a plusieurs années, particulièrement mis en émoi la profession médicale. Un psychiatre était resté inactif après avoir entendu en consultation l'un de ses patients proférer des menaces de mort contre une jeune femme; deux mois plus tard, le patient tuait la jeune femme. Ce drame pose évidemment la question très délicate de l'appréciation de menaces verbalisées par des patients psychiatriques. Quand et comment doivent-elles être prises au sérieux? Dans le cas d'espèce, la juridiction californienne avait reconnu la responsabilité du praticien. *Tarasoff v. Regents of University of California*, 17 Cal.3d 425; 131 Cal.Rptr. 14; 551 P.2d 334 (Supreme Court of California, 1976).

81 En fait, elle punit aussi l'abandon d'une personne que l'auteur a blessée, ainsi que l'entrave au secours, hypothèses qui ne sont pas pertinentes pour ces développements.

82 Bernard CORBOZ, *op. cit.*, n° 26, p. 169.

En Suisse, cependant, la majorité des cantons n'ont pas prévu d'obligation de témoigner en justice pour les personnes tenues au secret professionnel; en Suisse romande au moins, la réserve du Code pénal n'a pas d'objet. En effet, les codes de procédure cantonaux, qu'il s'agisse de procédure civile, pénale ou administrative⁷⁵, laisse tous aux soignants toute latitude pour décider s'ils souhaitent ou ne souhaitent pas répondre aux questions qui pourraient leur être posées en leur qualité de témoin⁷⁶.

6.3.3 «Non-assistance à personne en danger»

Le Code pénal contient deux dispositions qui entraînent pour les professionnels de la santé un devoir de prendre, ou de faire prendre, sans délai des mesures destinées à protéger une personne en situation de danger et, partant, de communiquer des informations en principe couvertes par le secret médical. Il s'agit de l'art. 127 CPS⁷⁷, qui réprime «l'exposition» à un danger, et l'art. 128 CPS⁷⁸, qui punit l'«omission de porter secours», deux notions qui recouvrent ce que le langage courant a pris l'habitude de désigner sous l'appellation de «non-assistance à personne en danger».

La première de ces dispositions suppose d'abord l'existence d'une personne hors d'état de se protéger elle-même, ainsi un enfant ou une personne âgée. Elle suppose aussi l'existence d'un devoir de protection, pouvant résulter d'un contrat de soins par exemple, celui d'une infirmière ou d'une nurse notamment⁷⁹. Elle nécessite enfin une exposition à un danger de mort ou à un danger grave et imminent pour la santé⁸⁰, ou encore un abandon en situation de danger.

La seconde de ces normes pénales, plus générale, vise l'hypothèse de l'omission de prêter secours en cas de danger de mort imminent⁸¹. La victime doit se trouver dans un danger de mort imminent; quant à l'obligation de porter secours, elle est générale et s'adresse à tous, et non plus seulement à ceux qui seraient tenus par un devoir de protection. Il faut cependant qu'on puisse raisonnablement exiger d'eux qu'ils interviennent. Par exemple, un médecin averti d'une situation grave ne peut s'en désintéresser en prétextant qu'il n'est pas de garde; il doit s'assurer personnellement que les secours sont avertis et en route⁸².

Si leurs conditions sont réunies, ces deux articles du Code pénal imposent donc aux professionnels de la santé un type de comportement qui implique la communication de données en principe couvertes par le secret professionnel.

6.3.4 Assurances sociales et assurances privées?

La transmission de données relevant du secret professionnel aux assurances sociales en général et aux assurances-maladie en particulier a soulevé d'importantes controverses⁸³. Conformément à l'art. 42 al. 3 et 4 LAMal, le professionnel de la santé doit remettre à l'assurance-maladie du patient une « facture détaillée et compréhensible » et des indications permettant de vérifier le « caractère économique de la prestation ». L'assurance-maladie peut encore exiger un diagnostic précis ou des renseignements supplémentaires d'ordre médical. Dans de telles circonstances, selon l'art. 42 al. 5 LAMal, le professionnel de la santé peut, s'il l'estime opportun et dans tous les cas si le patient l'exige, ne fournir ces indications d'ordre médical qu'au médecin-conseil de l'assurance-maladie.

En dépit du texte des art. 42 LAMal et 59 OAMal, il n'existe pas réellement, pour les soignants, d'obligation, au sens strict, de livrer des informations à l'assurance-maladie, moins encore si le patient s'y oppose. Pour les patients, il s'agit plutôt d'une incombance: en refusant la communication de données réclamées par l'assurance-maladie, ils ne s'exposent pas à des sanctions directes, mais les prestations qu'ils ont reçus ou dont ils doivent encore bénéficier ne seront pas remboursées.

Ce qui précède est sans doute également applicable aux relations entre le patient, son médecin et l'assurance-invalidité (art. 65 al. 1^{er} RAD)⁸⁴ ou l'assurance-accident (art. 55 OLAA)⁸⁵. Il est certain en tout cas qu'aucune obligation de livrer des informations n'existe dans un contexte d'assurance privée. Cependant, ici comme précédemment, la « sanction » prend la forme d'un refus de prestations, ou d'un refus de conclure, si les parties en sont au stade des négociations.

6.3.5 La législation fédérale sur la statistique?

La législation fédérale sur la statistique et ses ordonnances d'application fixent le cadre

des relevés statistiques effectués selon les instructions du Conseil fédéral, qu'il s'agisse de l'objet des relevés ou des modalités⁸⁶. En matière de santé publique, divers relevés sont effectués, notamment:

- la statistique de l'état de santé des enfants nés vivants;
- la statistique des décès et des causes de décès;
- la statistique des établissements non hospitaliers;
- la statistique des hôpitaux;
- la statistique médicale des hôpitaux^{87 88}.

Ces relevés sont certes « obligatoires », c'est-à-dire que ceux qui détiennent les informations pertinentes sont tenus de les communiquer, mais ils sont aussi anonymes⁸⁹: les hôpitaux, les institutions sanitaires, les médecins et les autres professionnels de la santé qui doivent y participer ne livrent à l'office concerné aucune donnée personnelle relative aux patients.

La législation fédérale sur la statistique, lorsqu'elle porte sur le domaine de la santé, ne constitue donc pas un cas de dérogation à l'obligation de confidentialité des soignants.

6.3.6 Obligations découlant du droit cantonal

La réserve de l'art. 321 ch. 3 CPS relative à l'obligation de renseigner une autorité concerne non seulement le droit fédéral, mais aussi le droit cantonal.

83 Olivier GUILLOD, Damian KÖNIG, *Secret professionnel et assurances*, in: Dominique BERTRAND *et al.*, *Médecin et droit médical*, 2^e éd., Genève 2003, p. 172 ss; Karin KELLER, *op. cit.*, p. 229 ss.

84 Règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961, RS 831.201. Voir Olivier GUILLOD, *Le secret médical face à l'assurance-invalidité: le cas de la séropositivité*, in: Plädoyer 1994, p. 62 ss.

85 Ordonnance sur l'assurance-accident du 20 décembre 1982, RS 832.202

86 Loi sur la statistique fédérale du 9 octobre 1992, RS 431.01, et Ordonnance concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux du 30 juin 1993, RS 431.012.1.

87 Annexe à l'Ordonnance concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux, respectivement p. 9, 14, 63, 64, 65.

88 Le Code pénal (art. 119 al. 5 CPS) prévoit encore, également « [à] des fins statistiques, que toute interruption de grossesse doit être annoncée à l'autorité de santé publique compétente; l'anonymat de la femme concernée est garanti et le secret médical doit être respecté. »

89 Voir l'objet des diverses enquêtes et, en particulier, celles qui viennent d'être citées, dans l'annexe à l'Ordonnance, où le détail de chaque relevé est présenté.

Les législations cantonales imposent souvent aux praticiens, mais plus spécifiquement encore, aux médecins, diverses obligations de porter à la connaissance des autorités des faits qu'ils constateraient dans l'exercice de leur activité, par exemple des faits pouvant constituer des crimes⁹⁰ ou des faits intéressant la santé publique⁹¹. Seules les obligations des médecins en cas de décès telles qu'elles découlent de la législation cantonale sont brièvement exposées ici⁹².

En présence d'un cadavre, le médecin doit établir un certificat de décès s'il considère que la mort est due à une cause naturelle. Ce document permet ensuite à la famille d'obtenir un permis d'inhumer et de disposer du corps selon son souhait ou celui du défunt.

En revanche, s'il soupçonne que la mort n'est pas due à une cause naturelle ou s'il constate des signes de violence, il ne peut que rédiger un constat de décès et aviser sans délai les autorités judiciaires. Une enquête préliminaire sera alors ouverte et une autopsie éventuellement ordonnée⁹³. Dans un tel contexte,

on observe donc que des constatations de nature médicale, en principe confidentielles, doivent être livrées à une autorité.

6.4 Les « autorisations » légales de transmettre des informations

6.4.1 Les cas de maltraitance de mineurs

La question du maintien ou de la levée du secret entourant ces situations est spécifiquement traitée par l'art. 358ter CPS. Il s'agit d'une norme relativement récente, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1990⁹⁴, adoptée notamment à la suite de plusieurs recommandations du Conseil de l'Europe destinées à accroître la protection des mineurs⁹⁵.

La disposition autorise, mais ne contraint pas, les personnes tenues par le secret professionnel à saisir l'autorité tutélaire pour l'informer d'actes de maltraitance dont seraient victimes des mineurs: «Lorsqu'il y va de l'intérêt des mineurs, les personnes astreintes au secret professionnel ou au secret de fonction peuvent aviser l'autorité tutélaire des infractions commises à l'encontre de ceux-ci.»

Malgré le texte de la disposition, il faut considérer que, dans certaines situations graves où l'intégrité physique voire la vie du mineur est en jeu, le professionnel de la santé est tenu d'intervenir, faute de quoi il s'exposerait aux sanctions prévues par les art. 127 ou 128 CPS⁹⁶.

Que faut-il penser des lois cantonales qui obligent de manière tout à fait générale à dénoncer des cas de maltraitance de mineurs⁹⁷? Dans la mesure où le droit fédéral ne prévoit qu'une faculté de dénoncer, on doit retenir que ces lois cantonales, contraires au droit fédéral, ne devraient pas être applicables aux personnes astreintes au secret professionnel, sous réserve des situations graves qui viennent d'être évoquées⁹⁸.

6.4.2 Les cas de maltraitance de personnes âgées

L'art. 358ter CPS n'est pas applicable aux personnes âgées et il n'existe pas d'autre disposition spécifique recouvrant de telles hypothèses. Pourtant, des cas de maltraitance sont signalés dans des homes pour personnes âgées⁹⁹. On comprend comment le soignant peut être partagé entre sa volonté de faire cesser les actes qu'il constate et la nécessité de maintenir secrètes des informations recueillies à l'occasion de l'exercice de son activité.

90 Par exemple art. 22 de la Verordnung zum Spitalgesetz du 4 mai 1982, à Bâle-Ville.

91 Art. 98 de la Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 («cas d'intoxications alimentaires» et «atteintes à la santé causées par des radiations ionisantes»).

92 Sur la question, voir Oldrich FRYC, Romano LA HARPE, *Certificat et constat de décès*, in: Dominique BERTRAND *et al.*, *op. cit.*, p. 217 ss.

93 Pour des détails, voir par exemple la Loi genevoise du 16 septembre 1988 concernant la constatation des décès et les interventions sur les cadavres humains.

94 Brigitte LEVASSEUR-RACINE, Monique GAUTHEY, Fabienne PROZ JEANNERET, *Incertitudes du pédiatre face aux capacités parentales et possibilités de signalement à l'autorité tutélaire*, in: Dominique BERTRAND *et al.*, *op. cit.*, p. 328; Daniel HALPÉRIN, Dominique BERTRAND, *Le praticien face à l'enfant maltraité*, in: Dominique BERTRAND *et al.*, *op. cit.*, p. 335.

95 Recommandation R(79)17 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la protection des enfants contre les mauvais traitements; Recommandation R(85)4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la violence au sein de la famille. On peut encore citer la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, adoptée à une époque où la Suisse n'était pas encore membre de l'organisation.

96 Voir plus haut, ch. 6.3.3.

97 Par exemple, l'art. 4 al. 2 de la Loi vaudoise sur la protection de la jeunesse du 29 novembre 1978 et 80a de la Loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique.

98 Olivier GUILLIOD, Jean MARTIN, *Secret médical. Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient?*, in: Bulletin de la FMH 37/2000, p. 2047.

99 Jean-François DUMOULIN, *Maltraitance et personnes âgées*, in: Dominique BERTRAND *et al.*, *op. cit.*, p. 277.

Devant une telle situation, le soignant devra procéder à une évaluation de la gravité de la situation: si elle ne présente pas de réel caractère d'urgence, il s'adressera à l'autorité de surveillance pour se faire délier de son secret avant de s'adresser aux autorités; si au contraire l'urgence dicte des mesures immédiates, le soignant peut, en se fondant sur l'état de nécessité, agir sans délai pour obtenir une protection des victimes.

6.4.3 L'incapacité de conduire avec sûreté un véhicule automobile

Selon l'art. 14 al. 4 de la Loi fédérale sur la circulation routière¹⁰⁰, «[t]out médecin peut signaler à l'autorité de surveillance des médecins ainsi qu'à l'autorité compétente pour délivrer ou retirer les permis de conduire les personnes qui ne sont pas capables de conduire avec sûreté un véhicule automobile en raison de maladies ou d'infirmités physiques ou mentales ou pour cause de toxicomanie»¹⁰¹.

Il s'agit d'une mesure visant évidemment à promouvoir la sécurité routière¹⁰². On peut se demander si un médecin qui resterait inactif face à un patient manifestement incapable de conduire et qui serait ensuite la cause d'un accident n'engagerait pas sa responsabilité, en dépit du texte de la disposition qui prévoit une faculté et non une obligation. Une telle situation pourrait-elle constituer un cas d'application de l'art. 128 CPS¹⁰³? A ce jour, aucune juridiction n'a semble-t-il été appelée à se prononcer sur ce point.

6.4.4 Les cas d'abus de stupéfiants

A teneur de l'art. 15 al. 1^{er} de la Loi fédérale sur les stupéfiants, [l]es services administratifs, les médecins et les pharmaciens sont autorisés à signaler à l'autorité protectrice compétente¹⁰⁴ ou à une institution de traitement ou d'assistance agréée les cas d'abus de stupéfiants qu'ils constatent dans l'exercice de leur activité officielle ou professionnelle, lorsqu'ils estiment que des mesures de protection sont indiquées dans l'intérêt du patient, de ses proches ou de la communauté».

Cette possibilité offerte aux médecins et aux pharmaciens n'a sans doute guère de portée pratique. Elle part en effet de la prémisse que la personne «dénoncée» ne cherche pas spontanément à s'intégrer dans un programme de lutte contre l'abus de stupéfiants, puisqu'il faut «signaler son cas». Or, selon l'expérience,

le succès d'une thérapie destinée à vaincre une dépendance repose en très grande partie sur la collaboration active du patient.

6.4.5 la recherche médicale et la recherche en santé publique

L'article 321bis CPS est une norme récente, destinée à donner un cadre juridique au traitement de données personnelles dans le domaine de la recherche médicale et de la recherche en santé publique¹⁰⁵. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993, en même temps que la législation fédérale sur la protection des données.

En substance, cet article rend punissable, selon les mêmes modalités que celles prévues par l'art. 321 CPS, la révélation dans le cadre de la recherche médicale ou de la recherche en santé publique de faits protégés par le secret professionnel¹⁰⁶.

En même temps, la disposition prévoit un régime de levée du secret à des fins de recherche, en créant une commission d'experts chargés d'examiner les requêtes¹⁰⁷. En règle générale, la recherche médicale ou en santé publique requiert le consentement des personnes qui y participent. Cette commission d'experts est cependant compétente pour octroyer des autorisations lorsque la recherche ne peut être effectuée avec des données anonymes, lorsqu'il est impossible ou particulièrement difficile d'obtenir le consentement des intéressés ou lorsque les intérêts de la recherche priment l'intérêt au maintien du secret (art. 321bis al. 3 CPS).

100 RS 741.01.

101 Romano LA HARPE, Giuliano PILIERO, *L'appréciation médicale de l'aptitude à conduire*, in: Dominique BERTRAND *et al.*, *op. cit.*, p. 288 ss.

102 Pour un cas d'application, voir cause CR 02/0203, du 20.9.2002, disponible sur le site du Tribunal administratif vaudois, www.ta.vd.ch.

103 Sur ce point, voir plus haut, ch. 6.3.3.

104 L'autorité tutélaire pour les personnes majeures, le service chargé de la protection de la jeunesse pour les adolescents.

105 Niklaus OBERHOLZER, *op. cit.*, p. 2063 ss; Jörg REHBERG, *op. cit.*, p. 439 ss; Bernard CORBOZ, *op. cit.*, p. 662 ss; Niklaus RUCKSTUHL, Art. 321bis StGB: *das Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung*, Bâle 1998; Thomas GEISER, *Rôle et fonctionnement de la Commission fédérale d'experts en matière de recherche médicale*, in Cahier IDS de la santé n° 4, Neuchâtel 1996, p. 41 ss; Karin KELLER, *op. cit.*, p. 240 ss.

106 Depuis que la norme est en vigueur, aucune sanction n'a été prononcée; source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel.

107 Pour deux cas d'application du système, JAAC 65.53 (du 17 décembre 1999) et JAAC 65.54 (du 10 juin 1999).

La commission peut délivrer des autorisations particulières, pour une recherche déterminée, ou des autorisations générales, aux cliniques et aux instituts médico-universitaires, pour permettre au personnel chargé de recherches internes ainsi qu'aux candidats au doctorat d'accéder à des données personnelles¹⁰⁸. Les autorisations, publiées dans la Feuille fédérale, sont assorties de charges souvent sévères, en particulier en matière de sécurité des données.

Ici aussi, les praticiens qui seraient sollicités pour transmettre des données à des chercheurs ou à des institutions titulaires d'une autorisation ont la faculté de leur communiquer ces informations, mais ils ne peuvent y être contraints (art. 11 al. 4 de l'Ordonnance).

6.4.6 L'état de nécessité

L'état de nécessité est un des faits justificatifs généraux prévus par le Code pénal, au même titre que le devoir de fonction et la légitime défense: «Lorsqu'un acte aura été commis pour préserver d'un danger immédiat et impossible à détourner autrement un bien appartenant à l'auteur de l'acte, notamment la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine, cet acte ne sera pas punissable si le danger n'était pas imputable à une faute de son auteur et si, dans les circonstances où l'acte a été commis, le sacrifice du bien menacé ne pouvait être raisonnablement exigé de l'auteur de l'acte»¹⁰⁹. Plus simplement, on peut retenir que l'état de nécessité existe dans une situation où un bien juridique tel que la vie ou l'intégrité corporelle, exposé à un danger actuel ou imminent¹¹⁰ et impossible à détourner autrement¹¹¹, ne peut être sauvé qu'au

prix d'une infraction, en l'occurrence la violation du secret professionnel¹¹².

Appliquée à un contexte médical, l'état de nécessité permettrait, par exemple, à un soignant d'attirer sans retard l'attention des autorités sur des cas de maltraitance grave d'un mineur ou d'une personne âgée¹¹³ ou encore de dévoiler la séropositivité d'un patient qui refuserait d'entretenir des relations sexuelles protégées avec son partenaire, à qui il refuserait de révéler son statut sérologique¹¹⁴.

L'état de nécessité autorise ainsi – mais ne les y oblige pas – les professionnels de la santé à communiquer des informations confidentielles, dans les circonstances décrites plus haut. Toutefois, cette marge de manœuvre se réduit à mesure que l'on s'approche d'une situation de «non-assistance à personne en danger»¹¹⁵: dans certains cas, il faut retenir que les soignants ont un devoir d'agir et d'informer et qu'ils s'exposent à des sanctions de nature pénale s'ils ne s'y plient pas.

7 Les sanctions en cas de violation

7.1 Les sanctions pénales

L'ouverture d'une procédure pénale pour violation du secret professionnel nécessite une plainte, qui doit être déposée par le lésé dans les trois mois qui suivent la découverte des faits, sous peine de péremption (art. 29 CPS). Dans ce contexte, on peut rappeler que le droit de porter plainte ne passe pas aux héritiers, de sorte que la divulgation d'informations couvertes par le secret et qui concerneraient un patient déjà décédé ne peuvent donner lieu à des poursuites pénales¹¹⁶.

La disposition, dans le système du Code pénal suisse, ne réprime que les infractions intentionnelles. Les infractions par négligence ne peuvent donc entraîner de sanction pénale. En revanche, elles peuvent exposer l'auteur à des sanctions civiles: il pourrait être condamné à réparer financièrement le préjudice subi par le lésé. En outre, elles pourraient l'exposer à des sanctions administratives: une négligence crasse pourrait être considérée comme un comportement professionnel incorrect.

Si l'auteur présumé est reconnu coupable au terme de la procédure, il encourt les sanctions prévues par l'art. 321 CPS. Elles décou-

108 Art. 2 et 3 de l'Ordonnance concernant les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale, RS 235.154.

109 Art. 34 chiffre 1 CPS.

110 ATF 109 IV 156.

111 ATF 122 IV 1.

112 Kurt SEELMANN, *Kommentar ad Art. 34 StGB*, in: Marcel NIGGLI, Hans WIPRÄCHTIGER, *op. cit.*, p. 417 ss; Philippe GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, 2^e éd., Berne 1995, p. 137.

113 Jean-François DUMOULIN, *La confidentialité et la maltraitance*, in: *Plädoyer* 3/99, p. 50 ss.

114 Bernard CORBOZ, *op. cit.*, n° 93, p. 659; Catherine RITTER, *Secret médical et maladies transmissibles*, in: D. BERTRAND *et al.*, *Médecin et droit médical*, Genève 2003, p. 156 ss.

115 Sur ce point, voir précédemment, ch. 6.3.3.

116 Karin KELLER, *op. cit.*, p. 79 s. Si le patient décède après le dépôt de la plainte, en revanche, l'action pénale se poursuit.

lent du texte de la disposition: l'emprisonnement ou l'amende. Figurant parmi les biens juridiquement protégés par le Code pénal et dès lors entraînant en principe des sanctions sévères en cas d'inobservation, la violation du secret professionnel n'est dans les faits que très rarement réprimée: 29 sanctions prononcées par les juridictions pénales suisses en 18 ans, entre 1984 et 2001¹¹⁷.

7.2 Les sanctions civiles

Ce sont celles qui découlent d'une action ouverte devant la juridiction civile compétente pour obtenir la réparation du préjudice subi par la victime de la violation du secret professionnel.

Elles nécessitent, classiquement, une faute; un acte illicite ou une violation du contrat – dans notre cas, la violation de l'obligation de confidentialité –; un dommage, qui peut n'être qu'un préjudice moral; enfin, un lien de causalité adéquate entre la faute et le dommage. Si ces conditions sont remplies, les sanctions de nature civile entraînent pour l'auteur de la faute l'obligation de verser une somme d'argent au(x) lésé(s), à titre de réparation.

7.3 Les sanctions administratives

Un professionnel de la santé qui se rendrait coupable d'une violation du secret professionnel est encore passible de sanctions administratives (qu'on appelle parfois disciplinaires), infligées par l'autorité sanitaire cantonale chargée de la surveillance des professions de la santé.

Il ne fait guère de doute qu'une violation du secret professionnel constitue un comportement professionnel incorrect; dans ce contexte, même une violation par négligence pourrait entraîner une sanction si elle correspond à un comportement jugé inacceptable.

En cas de faute avérée, l'auteur pourrait être condamné à l'une des sanctions prévues par la législation sanitaire cantonale, qui vont de l'avertissement jusqu'au retrait, temporaire ou définitif, de l'autorisation d'exercice. Dans le secteur public, la faute pourrait aussi entraîner la fin des rapports de service entre le soignant et l'établissement qui l'emploie.

8 En guise de conclusion

Le droit suisse prévoit pour tous les professionnels de la santé amenés à connaître des informations confidentielles dans l'exercice de leur profession une obligation de confidentialité qui les empêche de dévoiler ces informations, sous peine de sanctions pénales, civiles et administratives.

Comme toute règle, celle-ci connaît un certain nombre d'exceptions, au rang desquelles figure d'abord celle qui découle du consentement du patient. A défaut de consentement, les professionnels de la santé peuvent aussi saisir l'autorité compétente pour se faire délier de leur secret. Le droit fédéral et le droit cantonal prévoient ensuite diverses situations où les soignants sont tenus d'informer les autorités, par exemple les autorités sanitaires ou les autorités judiciaires, de faits qu'ils observent. Il existe encore certaines circonstances dans lesquels les professionnels de la santé sont autorisés, mais ne sont pas contraints, à communiquer des informations en principe confidentielles, par exemple des cas de maltraitance à l'encontre de mineurs.

On l'a dit en préambule, ce régime juridique est complexe. Les développements qui précèdent, qui ne peuvent au demeurant constituer qu'un survol des questions parfois délicates qui se posent, en sont la démonstration. Dans un souci de meilleure efficacité, il serait souhaitable que ce système, qui brasse pêle-mêle droit fédéral et droit cantonal, droit de fond et droit de procédure, obligations et autorisations, fasse l'objet de réflexions en vue d'une harmonisation et d'une simplification dans la mise en œuvre. Les droits qu'on cherche à garantir n'en seraient que mieux protégés.

117 Source: Office fédéral de la statistique, Neuchâtel. Au demeurant, les données statistiques ne permettent pas de distinguer entre les sanctions visant les professionnels de la santé et celles qui ont été prononcées contre les autres professionnels mentionnés par l'art. 321 CPS. Les décisions publiées dans les recueils de jurisprudence semblent concerner essentiellement les médecins et les avocats, dans une proportion à peu près égale.

Telemedizin und Arzthaftpflichtrecht im Lichte des schweizerischen und internationalen Privatrechts

Christoph Müller, Dr. iur., LL.M. (Columbia), Rechtsanwalt¹
Boine 49, 2000 Neuchâtel, Christoph.Mueller@wenger-plattner.ch

1 Telemedizin – ein Paradigmawechsel im Gesundheitswesen?

Am 7. September 2001 entfernte Professor Marescaux von New York aus einer in Strassburg hospitalisierten Patientin mit Hilfe eines chirurgischen Roboters die Gallenblase². Diese Weltpremiere einer roboterunterstützten Operation auf Distanz ist das wohl spektakulärste Beispiel für mögliche Anwendungen der Telemedizin. Andere Anwendungsmöglichkeiten sind die digitale Befundübertragung, das Patientenmonitoring, die elektronische Patientenkarte, die Abrechnung über Datenträger, die elektronische Vernetzung von Arztpraxen und Krankenhäusern und die digitale Archivierung³. «Telemedizin», «eHealth», «Tele-Healthcare» und «Medizintelematik» sind Schlagwörter für diesen Trend, wobei Uneinigkeit darüber herrscht, was genau mit diesen Bezeichnungen gemeint ist⁴. Obwohl die Telemedizin die meisten technischen Hürden bereits genommen hat, steht sie nach Ansicht der Medizin-Informatiker noch in den Kinderschuhen. Ihr vollständiger Durchbruch werde insbesondere durch folgende Umstände noch gehemmt: Unsicherheiten bezüglich der Durchsetzungschancen, fehlende Koordination der verschiedenen Projekte, mangelnde Standards, hohe Investitionskosten und Ängste der Ärzteschaft vor einer Revolution ihres Berufsverständnisses (*will an e-mail a day keep the doctor away?*). Diese Situation dürfte sich jedoch in nächster Zukunft ändern, denn die Weiterentwicklung der Telemedizin geniesst sowohl auf internationaler⁵ als auch auf nationaler⁶ Ebene hohe politische Priorität. Dies erklärt sich nicht nur mit der angestrebten Verbesserung

der medizinischen Versorgung der Bevölkerung, sondern auch mit dem enormen wirtschaftlichen Potential, das telemedizinischen Anwendungen zugeschrieben wird. In der medizinischen und juristischen Literatur zur künftigen Strukturierung des Gesundheitswesens herrscht jedenfalls Einigkeit darüber, dass die Möglichkeiten der neuen Informations- und Kommunikationstechnologien in diesem

- 1 Kritiken und Anregungen zu diesem Beitrag nehme ich dankbar unter der Adresse Christoph.Mueller@wenger-plattner.ch entgegen. Ich bedanke mich bei Herrn lic. iur. Oliver Wäspi, Assistent an der Universität Neuchâtel, für seine wertvolle Kritik am Entwurf dieses Beitrags.
- 2 Pierre Le Hir, *Un chirurgien français opère une patiente de 7500 km*, Le Monde vom 20. September 2001.
- 3 Für eine Typologie der verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten, siehe Christian DIERKS, *Rechtliche und praktische Probleme der Integration von Telemedizin – ein Problemaufriss*, in C. Dierks/H. Feussner/A. Wienke (Hrsg.), *Rechtsfragen der Telemedizin*, Berlin 2001, S. 6 ff. (DIERKS, *Problemaufriss*).
- 4 Die Definitionen des Begriffs «Telemedizin» lauten denn auch sehr unterschiedlich. Der Weltärztebund schlägt folgende Begriffsbestimmung vor: «*Telemedicine is the practice of medicine, from a distance, in which interventions, diagnostic and treatment decisions and recommendations are based on clinical data, documents and other information transmitted through telecommunication systems*» (Ziff. 1 des Statement on Accountability, Responsibilities and Ethical Guidelines of Telemedicine: <http://www.wma.net/e/policy/a7.htm>).
- 5 Das 1994 von den G7-Staaten ins Leben gerufenen «*Global Health Care Applications*» – Programm strebt unter anderem eine Harmonisierung der nationalen telemedizinischen Aktivitäten an. Der am EU-Ministerrat vom Juni 2002 vorgestellte Aktionsplan «Europa am Horizont 2005» befasst sich unter anderem auch mit dem Thema «eHealth».
- 6 Gemäss dem Bundesrat soll bereits in der laufenden zweiten KVG-Revision eine Versichertenkarte eingeführt werden, welche ab 2005 oder 2006 eingesetzt werden soll (siehe Medienmitteilung des BSV vom 21. August 2002). Für eine Standortbestimmung der Telemedizin in der Schweiz, siehe *Télémedecine/Telemedizin CH 2002*, herausgegeben von der Schweizerischen Akademie der Technischen Wissenschaften.

Bereich einen historischen Quantensprung, ja sogar einen regelrechten Paradigmawechsel auslösen werden, welcher die Beziehungen aller Beteiligten grundlegend verändern wird⁷.

Die Telemedizin bringt neue rechtliche und ethische⁸ Probleme mit sich, denen die Schweizer Juristinnen und Juristen bis anhin kaum Beachtung geschenkt haben. Einzig standes⁹ – und datenschutzrechtlichen¹⁰ Fragen wurden bisher vereinzelt Beiträge gewidmet. Auch das Bundesgericht hatte bisher erst einmal Gelegenheit, sich zur Sorgfaltspflicht eines «Telemediziners» zu äussern, und zwar im Zusammenhang mit der wohl ursprünglichsten Form von Telemedizin, der Behandlung per Telefon (BGE 116 II 519): Ein einjähriges Mädchen, das bei einem Kinderarzt in Behandlung war, litt über Nacht an starkem Durchfall und Erbrechen. Am Morgen danach bat die Mutter telefonisch um eine sofortige Untersuchung durch den Kinderarzt. Die Arztgehilfin lehnte dies ab und empfahl der Mutter, die Diätvorschriften strikte einzuhalten. Sie untersagte der Mutter im Übrigen, vor dem Ablauf von vier Tagen erneut anzurufen. Zwei Tage später fanden die Eltern das Kind am frühen Morgen bewusstlos in seinem Bett. Es litt an Fieber und Krampferscheinungen. Die Eltern sind mit dem Mädchen zum Kinderarzt gefahren, auf welchen sie in der Praxis drei Viertelstunden warten mussten. Das Kind konnte in letzter

Minute vor dem Tod gerettet werden. Die Dehydration hatte jedoch bereits zu schweren Hirnschäden und einer dauernden Pflegebedürftigkeit geführt. Zur ärztlichen Verantwortung bei telemedizinischem Handeln führte das Bundesgericht Folgendes aus: «An eine Telefondiagnose und eine Telefontherapie aber sind grundsätzlich dieselben Anforderungen zu stellen wie an die ärztliche Sorgfaltspflicht bei persönlicher Kontaktnahme [...]. Wird einem Arzt telefonisch ein Krankheitsbild vorgetragen, hat er bei objektiv gegebenem Verdacht auf eine bestimmte Krankheit nach angenommenem Auftrag nötigenfalls die gebotene Untersuchung durchzuführen und bei Unvermögen des Patienten, die Praxis aufzusuchen, einen Hausbesuch vorzunehmen oder andere geeignete Massnahmen (Spitaleinweisung usw.) zu veranlassen [...]. Mindestens aber ist er zur Aufklärung über die möglichen Risiken des ihm vorgetragenen Krankheitsbilds verpflichtet. Dieser Pflicht ist der Beklagte nicht nachgekommen. Angesichts des erheblichen Risikos und der allgemein bekannten Gefahr einer Dehydration wiegt dabei die Verletzung nicht leicht» (BGE 116 II 519, 523)¹¹.

2 Das Telekonsil als häufigste Anwendung der Telemedizin

Der vorliegende Beitrag konzentriert sich im Folgenden auf die vertragliche Arzthaftung im Zusammenhang mit der wohl häufigsten Anwendungsmöglichkeit der Telemedizin, des Telekonsils. Beim Telekonsil steht eine behandelnde Ärztin in unmittelbarem Kontakt mit dem Patienten und zieht eine weitere, in der Regel spezialisierte Kollegin zur vertieften Diagnose hinzu¹². Dabei entstehen somit Vertragsbeziehungen zwischen (mindestens) drei Parteien: dem Patienten, der Primärbehandlerin und der Konsiliarärztin. Die Primärbehandlerin ist die den Patienten vor Ort direkt behandelnde Ärztin. Unter dem Ausdruck «Konsiliarärztin» (oder «Konsiliaria») wird jede hinzugezogene Ärztin verstanden, die einen Beitrag zur Behandlung des Patienten leistet, ohne die Behandlung selbst zu übernehmen¹³. Diese Dreiecksbeziehung ist sowohl für das innerstaatliche als auch das internationale telemedizinische Behandlungsverhältnis unumgänglich, denn eine direkte Fernbehandlung des Patienten durch den Telemediziner entspricht

7 Hanika HEINRICH, *Telemedizin – Handlungs- und Weiterentwicklungsbedarf*, MedR 2001, Heft 3, S. 107; Susan E. VOLKERT, *Telemedicine: RX for the Future of Health Care*, 6 Michigan Telecommunications & Technology Law Review (2000) S. 147 ff.

8 Ranney V. WIESEMANN, *On-line or On-call? Legal and Ethical Challenges Emerging in Cybermedicine*, 43 Saint Louis University Law Journal (1999) S. 1119 ff.

9 Hans Werner IFF/Hanspeter KUHN, *Télémédecine et déontologie*, Schweizerische Ärztezeitung 1999, S. 2228 ff.

10 Matthias HORSCHIK, *Obne Datenschutz kein E-Health – Kritische Momentaufnahme der datenschutzrechtlichen Situation im Gesundheitswesen*, DIGMA 2002 S. 64 ff.; Thomas POLEDNA, *Rahmenbedingungen von E-Health – Erste Erfahrungen und künftige Anwendungsformen im elektronischen Gesundheitswesen*, DIGMA 2002 S. 56 ff.

11 Siehe auch BGE 124 I 310 bezüglich den Sorgfaltspflichten von Anwälten bei einer telefonischen Rechtsberatung.

12 DIERKS, *Problemaufriss*, S. 7.

13 Moritz KUHN, *Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient*, in H. Honsell (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts* (Zürich 1994), S. 115, FN 161 (KUHN, *Beziehung*); Klaus ULSENHEIMER/Rainer ERLINGER, *Die Haftung des Konsiliararztes*, in C. Dierks/H. Feussner/A. Wienke (Hrsg.), *Rechtsfragen der Telemedizin*, Berlin 2001, S. 69 (ULSENHEIMER/ERLINGER, *Konsiliararzt*).

nur in Ausnahmefällen der vom Weltärztebund geforderten Sorgfalt für telemedizinische Behandlungen¹⁴. Zu diesen drei Parteien kommen regelmässig weitere hinzu, deren Verantwortlichkeit unter Umständen ins Auge gefasst werden kann, insbesondere die Hersteller und Betreiber der für das Telekonsil verwendeten Informations- und Kommunikationstechnologien (Bildschirme, Datenträger, Übermittlungstechnologien, Computerprogramme, usw.)¹⁵.

Was die drei Hauptakteure anbelangt, so wird im Folgenden zuerst untersucht, welche rechtlichen Beziehungen und Verantwortlichkeiten bei reinen Inlandsfällen entstehen (Ziff. 3). Dabei werden vereinzelt Erfahrungen des deutschen Rechts vergleichend herangezogen. Anschliessend wird im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden Einsatz der Telemedizin aufgezeigt, welches Gericht aufgrund welchen Rechts die Verantwortlichkeit der involvierten Personen beurteilt (Ziff. 4).

Dabei dienen die folgenden zwei Varianten des ansonsten identischen Sachverhalts als Veranschaulichung: Eine Chirurgin (Primärbehandlerin) operiert in Neuenburg den Tumor im Gehirn eines Patienten. Sie benötigt dazu die Diagnose, ob das Karzinom gut- oder bösartig ist. Der Gewebeschnitt wird unter ein spezielles Mikroskop gelegt. Die online zugeschaltete Histologin (Konsiliarärztin) aus Genf (Variante 1)/aus New York (Variante 2) trifft dort die falsche Diagnose. Während der weitergeführten Operation wird der Patient dann aufgrund der Fehlleistung der Konsiliarärztin durch die Primärbehandlerin geschädigt.

3 Vertragliche Haftung in innerstaatlichen Fällen

In der Variante 1 gilt es somit die vertraglichen Beziehungen und die daraus resultierenden Verantwortlichkeiten zwischen folgenden Personen zu untersuchen: Patient (Neuenburg), Primärbehandlerin (Neuenburg) und Konsiliarärztin (Genf). Ausgangspunkt ist dabei die den Regeln des Auftrags (Art. 394 ff. OR) unterstellte Beziehung zwischen dem Patienten und seiner Primärbehandlerin.

3.1 Haftung der Primärbehandlerin

3.1.1 Für eigene Fehler

Grundsätzlich hat die Primärbehandlerin als Beauftragte die Behandlung des Patienten

persönlich zu besorgen (Art. 398 Abs. 3 OR). Deshalb bleibt sie auch für eigene Fehler in jenem Bereich der Behandlung, den sie nicht der Konsiliarärztin überträgt, gemäss den allgemeinen Grundsätzen der Arzthaftpflicht verantwortlich¹⁶. Verfügt die Primärbehandlerin jedoch nicht über die notwendigen Fachkenntnisse, so kann sie ein Übernahmeverschulden nur dadurch vermeiden, dass sie eine Spezialistin beizieht¹⁷.

3.1.2 Für Fehler der Konsiliarärztin: Substitutin oder Erfüllungsgehilfin?

Überträgt nun die Primärbehandlerin die Ausführung des Auftrags teilweise an die Konsiliarärztin, so stellt sich zuerst die Frage, ob eine (zulässige oder unzulässige) Substitution im Sinne von Artikel 398 Abs. 3 OR oder ein blosser Beizug einer Erfüllungsgehilfin gemäss Artikel 101 OR vorliegt. Diese Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil Artikel 399 Abs. 2 OR die Haftung der Primärbehandlerin im Falle einer befugten Substitution beschränkt (Ziff. 3.1.3). Ob die Konsiliarärztin gegenüber der Primärbehandlerin eine Erfüllungsgehilfin (Art. 101 OR) oder eine Substitutin (Art. 398 Abs. 2 OR) ist, entscheidet sich nach werten Kriterien, welche weder ausschliesslich auf die äusseren Umstände abstellen, noch einzig rechtliche Überlegungen über die Zulässigkeit der Substitution berücksichtigen. Was die äusseren Umstände anbelangt, so ist entscheidend, ob die Primärbehandlerin die Konsiliarärztin in ihre Erfüllungsorganisation integriert¹⁸ und damit die Konsiliarärztin bloss Hilfsarbeiten ausführen lässt¹⁹ oder aber der

14 «Ideally, all patients seeking medical advice should have a face-to-face consultation with a physician, and telemedicine should be restricted to situations in which a physician cannot be physically present within a safe and acceptable time period» (Ziff. 8 des Statement on Accountability, Responsibilities and Ethical Practice of Telemedicine: <http://www.wma.net/e/policy/a7.htm>).

15 Siehe dazu, im französischen Recht, Jean-François FORGERON/Nathalie BESLAY, *Les applications de télémédecine: des responsabilités médicales traditionnelles aux responsabilités techniques nouvelles*, Gazette du Palais 2001 – Technologies avancées, S. 1557 ff.

16 Siehe dazu auch die wohl zu undifferenzierte Regel in Ziffer 13 Satz 1 des Statement on Accountability, Responsibilities and Ethical Practice of Telemedicine des Weltärztebundes: «The physician asking for another physician's advice remains responsible for treatment and other decisions and recommendations given to the patient» (<http://www.wma.net/e/policy/a7.htm>).

17 KUHN, *Beziehung*, S. 28; Jost GROSS, *Haftung für medizinische Behandlung*, Bern 1987, S. 179 (GROSS, *Haftung*); BGE 113 II 429, 432.

18 BGE 112 II 347, 354.

19 BGE 92 II 234, 238 ff.

Konsiliarärztin eine Teilleistung überträgt und diese Teilleistung dadurch aus ihrem Pflichtenprogramm eliminiert²⁰. Konkrete, für eine Substitution sprechende Kriterien sind die wirtschaftliche Selbständigkeit der Konsiliarärztin²¹, ihre besonderen Sachkenntnisse, das Interesse des Patienten an ihrem Beizug, das jederzeitige Kündigungsrecht der Primärbehandlerin und der fehlende wirtschaftliche Nutzen beziehungsweise das fehlende Direktinteresse der Primärbehandlerin²². Die Konsiliarärztin, welche als Spezialistin selbständig und von ihren eigenen Räumlichkeiten in Genf aus bestimmte Diagnoseaufgaben im Auftrag einer in Neuenburg tätigen Primärbehandlerin erfüllt, ist aufgrund dieser Unterscheidungskriterien somit eine Substitutin und nicht eine Erfüllungsgehilfin der Primärbehandlerin²³.

Damit stellt sich jedoch die Frage nach der vertraglichen Beziehung zwischen dem Patienten und der Konsiliarärztin. Die Lehre geht allgemein davon aus, dass der Beizug der Substitutin durch die Erteilung eines Unterauftrags erfolgt²⁴. Es herrscht dagegen Uneinigkeit darüber, ob zwischen dem Patienten und der Konsiliarärztin überhaupt eine vertragliche Beziehung begründet wird²⁵, und falls dem so ist, ob

ein selbständiges Auftragsverhältnis oder nur ein Stellvertretungsverhältnis entsteht²⁶. Auch die Autoren, die sich gegen die Begründung von Vertragsbeziehungen aussprechen, sind jedoch der Meinung, dass der Patient gegenüber der Konsiliarärztin gestützt auf Artikel 399 Abs. 3 OR ein direktes Forderungsrecht hat²⁷.

Die rechtliche Qualifikation der Beziehung zwischen dem Patienten und der Konsiliarärztin hängt wohl auch von den konkreten Umständen ab: Wird beispielsweise der Patient bei der Konsiliarärztin (zum Beispiel einer Radiologin) persönlich vorstellig und von dieser nochmals selbständig untersucht, so entsteht zwischen ihnen ein selbständiges Auftragsverhältnis. Bei einer telemedizinischen Zuschaltung der Konsiliarärztin hat der Patient jedoch mit dieser gerade keinen direkten Kontakt. In diesem Fall ist es wohl angebrachter, die Beziehungen zwischen dem Patienten und der Konsiliarärztin dogmatisch mit Hilfe der Stellvertretung zu erklären²⁸.

Die Grenze ist jedoch dort zu ziehen, wo die Primärbehandlerin der Konsiliarärztin überhaupt keinen Teilauftrag erteilen wollte oder wo der Patient aufgrund der gegebenen Umstände nicht damit rechnen musste, eine Dritte würde konsultiert (was ja in der Regel auch Auswirkungen auf die Kosten der Behandlung hat). Dies kann der Fall sein, wenn sich die Primärbehandlerin nur intern von einer erfahrenen Kollegin der gleichen Fachrichtung beraten lässt. Denkbar ist auch, dass eine Primärbehandlerin eine Behandlung übernommen hat, für die sie nicht über das nötige Wissen verfügt, und damit gezwungen ist, eine Dritte zu Rate zu ziehen. In solchen Fällen will die Primärbehandlerin vielleicht gerade nicht, dass der Patient vom Telekonsil erfährt. Dies bedeutet jedoch, dass die Konsiliarärztin nicht Vertragspartnerin des Patienten werden kann und somit als Erfüllungsgehilfin der Primärbehandlerin im Sinne von Artikel 101 OR qualifiziert werden muss. Beim telemedizinischen Beizug einer Spezialistin ist daher auch entscheidend, ob die Tatsache der Zuschaltung der externen Spezialistin gegenüber dem Patienten offen dargelegt wird oder nicht. Dies sollte gemäss dem Weltärztebund regelmässig der Fall sein, denn die für die Einwilligung des Patienten entwickelten Grundsätze kommen auch in der Telemedizin uneingeschränkt zur Anwendung²⁹. Hat somit die Neuenburger Primärbehandlerin bei der Besprechung des bevorstehenden Eingriffs mit dem Patienten darauf hingewiesen, dass eine Histologin in

20 Peter GAUCH/Walter R. SCHLUEP/Jörg SCHMID/Heinz REY, *Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., Zürich 1998, N 2842 ff., 2849; Rolf H. WEBER, *Basler Kommentar*, Art. 398 OR N 3.

21 GROSS, *Haftung*, S. 63 f. Gemäss diesem Autor ist als Abgrenzungskriterium nur die wirtschaftliche, nicht jedoch die fachliche Selbständigkeit entscheidend. Dabei sei auf die interne Abmachung zwischen der Primärbehandlerin und der Konsiliarärztin abzustellen, soweit diese für den Patienten erkennbar nach aussen trete.

22 Rolf H. WEBER, *Basler Kommentar*, Art. 398 OR N 3; GROSS, *Haftung*, S. 63 f.

23 Rolf H. WEBER, *Basler Kommentar*, Art. 398 OR N 4; Theo GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9. Aufl., Zürich 2000, S. 551.

24 Rolf H. WEBER, *Basler Kommentar*, Art. 398 OR N 6; Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 398 OR N 592.

25 Für die Entstehung eines selbständigen Auftragsverhältnisses: Rolf H. WEBER, *Basler Kommentar*, Art. 398 OR N 4; gegen die Entstehung von Vertragsbeziehungen: Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 398 OR N 610 ff. Die deutsche Lehre geht ebenfalls davon aus, dass ein zusätzliches, gesondertes Vertragsverhältnis entsteht (ULSENHEIMER/ERLINGER, *Konsiliararzt*, S. 69; Adolf LAUFS, *Arztrecht*, 5. Aufl., München 1993, Rn. 97 (LAUFS, *Arztrecht*); Jürgen F. HOPPE, *Telemedizin und internationale Arzthaftung*, MedR 1998, Heft 10, S. 462 [HOPPE, *Internationale Arzthaftung*]).

26 Siehe dazu im deutschen Recht, Frank PFLÜGER, *Haftungsfragen der Telemedizin*, VersR 1999 S. 1072 ff.

27 Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 398 OR N 611.

28 So auch im deutschen Recht: LAUFS, *Arztrecht*, Rn. 97.

29 «Prevailing rules of patient consent and confidentiality also apply to telemedicine situations» (Ziff. 17 des Statement on Accountability, Responsibilities and Ethical Practice of Telemedicine: <http://www.wma.net/e/policy/a7.htm>).

Genf über telemedizinische Hilfsmittel die Probeexzision beurteilen und die entsprechende Diagnose stellen würde, so wird von einem eigenständigen Vertrag zwischen dem Patienten und der telemedizinischen Konsiliaria auszugehen sein. Stellt die Primärbehandlerin dagegen in der Regel selbst die Diagnose für die entfernten Gewebeschnitte und holt sich nur in Zweifelsfällen Rat bei der Genfer Zellspezialistin, dürfte kein eigener Vertrag des Patienten mit der zugeschalteten Histologin zustande kommen.

Die Frage nach der Unterscheidung zwischen Erfüllungsgehilfin und Substitutin ist eng verknüpft mit dem Problem der Zulässigkeit der Substitution und der Rechtfertigung des durch Artikel 399 Abs. 2 OR begründeten Haftungsprivilegs³⁰. Gemäss Artikel 398 Abs. 3 OR kann die Primärbehandlerin der Konsiliarärztin die Behandlung des Patienten ganz oder teilweise übertragen, wenn sie dazu ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird. Dabei ist entscheidend, dass das Verhältnis zwischen dem Patienten und der Primärbehandlerin in aller Regel durch ein persönliches Vertrauensverhältnis geprägt ist. Eine generelle übungsgemässe Zulässigkeit der Substitution nach Artikel 398 Abs. 3 OR scheidet damit aus³¹. Erteilt der Patient der Primärbehandlerin keine ausdrückliche Ermächtigung zur Substitution, so ist der Beizug einer selbständigen Konsiliarärztin somit nur zulässig, wenn die Primärbehandlerin durch die Umstände dazu genötigt ist.

Darüber hinaus führt jedoch die teilweise Übertragung des Auftrags an eine Konsiliarärztin nur dann zu einer Reduktion der Haftung im Sinne von Artikel 399 Abs. 2 OR, wenn die Substitution im Interesse des Patienten erfolgt³². Wenn nämlich die «Substitution» auch im Interesse der Primärbehandlerin erfolgt, zum Beispiel zur Vergrösserung des eigenen Umsatzes oder der eigenen geschäftlichen Kapazität, so hat die Primärbehandlerin auch für Fehler der Konsiliarärztin im Sinne von Artikel 101 Abs. 1 OR einzustehen³³. Davon kann jedoch beim Beizug einer Konsiliarärztin nicht die Rede sein, denn dieser geschieht in der Regel ausschliesslich im Interesse des Patienten³⁴. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, so müsste sich eine Beschränkung der Haftung gemäss Artikel 398 Abs. 3 OR zusätzlich aufgrund einer Abwägung der gegenseitigen

Interessen des Patienten und der Primärbehandlerin rechtfertigen³⁵.

3.1.3 Für Fehler der Konsiliarärztin: bei befugter Substitution

War die Primärbehandlerin zur teilweisen Übertragung des Auftrags an die Konsiliarärztin ermächtigt oder durch die Umstände dazu genötigt, so haftet sie gemäss Artikel 399 Abs. 2 OR ausschliesslich für die gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion der Konsiliarärztin. Die Primärbehandlerin haftet somit nur, wenn sie bei der Auswahl (Beizug einer unfähigen Konsiliarärztin) oder Instruktion (Erteilung ungenügender oder unrichtiger Anweisungen) der Konsiliarärztin eine Sorgfaltspflicht verletzt hat³⁶. Dafür trägt grundsätzlich der Patient die Beweislast. Steht fest, dass die Primärbehandlerin die Konsiliarärztin nicht genug sorgfältig ausgewählt und instruiert und damit ihre vertraglichen Pflichten verletzt hat, so wird gemäss Artikel 97 Abs. 1 OR vermutet, dass sie auch schuldhaft gehandelt hat. Die Primärbehandlerin kann sich jedoch dadurch der Verantwortung entziehen, dass sie beweist, dass ihr im Zusammenhang mit der (objektiv) unsorgfältigen Auswahl und/oder Instruktion der Konsiliarärztin kein Verschulden zur Last fällt³⁷.

3.1.4 Für Fehler der Konsiliarärztin: bei unbefugter Substitution

Liegt dagegen eine unbefugte Substitution vor, so haftet die Primärbehandlerin für die durch die Konsiliarärztin begangenen Fehler, wie wenn es ihre eigenen wären. Artikel 399

30 KUHN, *Beziehung*, S. 114 ff.; GROSS, *Haftung*, S. 63.

31 Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 398 OR N 582; Rolf H. WEBER, *Basler Kommentar*, Art. 398 OR N 5. Dies schliesst selbstverständlich nicht aus, dass die Primärbehandlerin für Hilfsarbeiten, die nicht von ihr erledigt werden müssen, grundsätzlich Erfüllungsgehilfen im Sinne von Art. 101 OR beiziehen kann.

32 Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 398 OR N 545; Rolf H. WEBER, *Basler Kommentar*, Art. 398 OR N 3 und 399 OR N 3; BGE 112 II 347, 353 f.; BGE 107 II 238, 245.

33 BGE 112 II 347, 353; BGE 107 II 238, 245.

34 Wenn jedoch zum Beispiel eine Konsiliarärztin trotz ihrer Spezialisierung lediglich zum Zweck einer Ferienvertretung hinzugezogen wurde, so haftet die Primärbehandlerin gegenüber dem Patienten für Fehler der Konsiliarärztin nach Art. 101 OR (nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichts vom 14. Dezember 1993, SJ 1994 p. 284; anderer, in der Literatur kritisierte Meinung, ZR 1953, Nr. 207, S. 352 ff.).

35 Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 398 OR N 542.

36 Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 399 OR N 52 ff.; Rolf H. WEBER, *Basler Kommentar*, Art. 399 OR N 2.

37 Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 399 OR N 53.

Abs. 1 OR begründet in diesem Zusammenhang eine milde Kausalhaftung³⁸. Da der unbefugte Beizug an sich schon eine Vertragsverletzung darstellt, kann sich die Primärbehandlerin nicht mit dem Nachweis entlasten, an der unbefugten Substitution treffe sie kein Verschulden, da sie beispielsweise irrtümlich angenommen habe, sie sei zur Substitution berechtigt³⁹. Nach dem Prinzip der hypothetischen Vorwerfbarkeit kann jedoch die Primärbehandlerin den Entlastungsbeweis antreten, dass man ihr keinen Vorwurf machen könnte, wenn sie gleich wie die Konsiliarärztin gehandelt hätte⁴⁰. Diese Einschränkung hat in der Praxis wenig Gewicht, denn die Primärbehandlerin kann sich in der Regel ihrer Verantwortung nicht mit dem Hin-

weis entziehen, sie persönlich hätte den Auftrag noch schlechter erfüllt als die beigezogene Konsiliarärztin⁴¹.

3.2 Haftung der Konsiliarärztin

3.2.1 Für eigene Fehler

Die Konsiliarärztin haftet – wie die Primärbehandler (Ziff. 3.1.1) – für eigene Fehler gemäss den allgemeinen Grundsätzen des Arzthaftpflichtrechts⁴². Stellt sie eine Fehldiagnose, erteilt sie eine falsche Auskunft oder gibt sie eine unrichtige Anweisung, so haftet sie demnach grundsätzlich dafür, wenn ihr Fehlverhalten schuldhaft gegen eine Sorgfaltspflicht verstösst und für den Schaden kausal ist⁴³.

Was den Sorgfaltspflichtverstoß anbelangt, so schuldet die Konsiliarärztin, ebenso wie jede andere Ärztin, eine fachgerechte Behandlung und die Beachtung der nach den Umständen gebotenen und zumutbaren Sorgfalt zum Schutze des Lebens und der Gesundheit des Patienten⁴⁴. Die Konsiliarärztin ist jedoch verpflichtet, ihre Spezialkenntnisse einzusetzen, denn dafür wird sie ja in der Regel gerade hinzugezogen⁴⁵. Dabei ist die Konsiliarärztin einerseits nicht streng an die von der Primärbehandlerin aufgeworfene Fragestellung gebunden, sondern muss als Spezialist unter Umständen einer weitergehenden Sorgfaltspflicht gerecht werden⁴⁶. Die Konsiliarärztin genießt aber andererseits aus standesrechtlichen und kosten-spezifischen Gründen keine völlige Freiheit im Hinblick auf den Umfang ihres Teilauftrags⁴⁷.

Hinsichtlich des Kausalzusammenhangs ist zu bedenken, dass nach dem Wesen der Konsiliartätigkeit die Primärbehandlerin regelmässig mit eigenen Entscheidungen in die Kausalkette zwischen dem Fehlverhalten der Konsiliarärztin und dem vom Patienten erlittenen Schaden eingreift⁴⁸. Dabei darf die Primärbehandlerin jedoch grundsätzlich auf das Fachwissen der Konsiliarärztin und deren besondere Erfahrung vertrauen⁴⁹. Anders verhält es sich nur dann, wenn die Primärbehandlerin einen offensichtlichen Fehler der Konsiliarärztin erkannt hat oder hätte erkennen müssen (siehe Ziff. 3.2.2)⁵⁰. Auch ein solches Fehlverhalten der Primärbehandlerin unterbricht jedoch die durch das unsorgfältige Verhalten der Konsiliarärztin ausgelöste Kausalkette nicht. Der ursprüngliche Fehler der Konsiliarärztin bleibt für den entstandenen Schaden natürlich und adäquat kausal. Die Primärbehandlerin und die

38 Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 399 OR N 31; Rolf H. WEBER, *Basler Kommentar*, Art. 399 OR N 5.

39 Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 399 OR N 12 und 30; Rolf H. WEBER, *Basler Kommentar*, Art. 399 OR N 5.

40 Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 399 OR N 21 ff. und N 31.

41 Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 399 OR N 22 f. Im Zusammenhang mit Art. 101 OR siehe auch Rolf H. WEBER, *Basler Kommentar*, Art. 101 OR N 139 ff.

42 Walter FELLMANN, *Die Haftung des Privatarztes und des Spitals*, in W. Fellmann/T. Poledna (Hrsg.), *Die Haftung des Arztes und des Spitals*, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 53 ff.

43 Siehe auch Ziffer 13 Satz 2 des Statement on Accountability, Responsibilities and Ethical Practice of Telemedicine des Weltärztebundes (<http://www.wma.net/e/policy/a7.htm>): «*However, the tele-expert is accountable to the attending physician for the quality of advice he or she provides, and should specify the conditions under which the advice is valid*».

44 BGE 120 Ib 411, 412 ff.; BGE 120 II 248, 249 f.; BGE 116 II 519, 521; BGE 115 Ib 175, 180.

45 Wolfgang WIEGAND, *Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes*, in *Berner Tage für die juristische Praxis* 1984, Arzt und Recht, Bern 1985, S. 101 ff.; Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 398 OR N 383 ff.; Heinz HAUSHEER, *Unsorgfältige ärztliche Behandlung*, in P. Münch/T. Geiser (Hrsg.), *Schaden – Haftung – Versicherung*, Bd. 5, Basel 1999, § 15, S. 719 ff., N 15.16. Siehe ebenso im deutschen Recht, BGH 10.2.1987, NJW 1987 S. 1479.

46 Folgende Entscheidung des Bundesgerichtshofs veranschaulicht dies im deutschen Recht: Ein Kind war von einem privaten Augenarzt zur Tränenwegspülung in eine Augenklinik überwiesen worden. Die Tränenwege wurden einwandfrei gespült und das Kind wurde zur weiteren Behandlung zurückverwiesen. In der Augenklinik hat man zwar den Verdacht auf ein kindliches Glaukom geschöpft, war dem aber nicht weiter nachgegangen und hatte den primär behandelnden Augenarzt auch nicht darüber informiert. Der Bundesgerichtshof bejahte eine Haftung der Augenklinik, da sie ihre, sich aus dem Behandlungsvertrag sowie aus § 823 Abs. 1 BGB ergebenden Pflichten verletzt habe (BGH 5.10.1993, VersR 1994 S. 102).

47 ULSENHEIMER/ERLINGER, *Konsiliararzt*, S. 73.

48 ULSENHEIMER/ERLINGER, *Konsiliararzt*, S. 72.

49 Siehe, für das deutsche Recht, OLG Hamm 6.5.1998, MedR 1999 S. 35.

50 Für das deutsche Recht, siehe BGH 19.11.1997, NJW 1998 S. 1803; BGH 8.11.1988, VersR 1989 S. 186; OLG Naumburg 24.4.1997, VersR 1998 S. 983.

Konsiliarärztin haften somit in einem solchen Fall gegenüber dem Patienten solidarisch (Art. 50 OR).

3.2.2 Für Fehler der Primärbehandlerin: Erfüllungsgehilfin?

Ist die schädigende Tätigkeit der Konsiliarärztin ausschliesslich auf eine Sorgfaltspflichtverletzung der Primärbehandlerin zurückzuführen, so entfällt eine Haftung der Konsiliarärztin. Erteilt die Konsiliarärztin beispielsweise einen Rat, der aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Informationen zwar richtig ist, in Wirklichkeit aber nur deshalb falsch ist, weil die Primärbehandlerin unvollständige Grundlagen übermittelt hat, so ist eine Haftung der Konsiliarärztin grundsätzlich auszuschliessen. Anders ist die Sachlage jedoch, wenn der Konsiliarärztin das Fehlverhalten der Primärbehandlerin zugerechnet werden kann oder wenn ihr trotz der vorgelegten falschen Ausgangsdaten ein eigenes Verschulden vorgeworfen werden kann.

Da zwischen dem Patienten und der telemedizinisch zugeschalteten Konsiliarärztin von der Primärbehandlerin unabhängige Vertragsbeziehungen entstehen können (Ziff. 3.1.2), stellt sich auch hier die Frage, ob die Primärbehandlerin als Erfüllungsgehilfin der Konsiliarärztin im Sinne von Artikel 101 OR qualifiziert werden kann. Die Konsiliarärztin würde demnach gegenüber dem Patienten grundsätzlich ohne Rücksicht auf ihr eigenes Verschulden für Schäden haften, welche die zur Erfüllung eingesetzte Primärbehandlerin verursacht⁵¹. Da die Konsiliarärztin gegenüber dem Patienten jedoch nur den konsiliarischen Rat oder Befund schuldet, kann die Primärbehandlerin grundsätzlich nicht als Erfüllungsgehilfin der Konsiliarärztin betrachtet werden⁵².

Die Konsiliarärztin kann jedoch (mit-)verantwortlich werden, wenn sie den Fehler der Primärbehandlerin erkannt hat oder hätte erkennen müssen (siehe auch Ziff. 3.2.1)⁵³. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn die Neuenburger Primärbehandlerin die Genfer Histologin um eine Diagnose betreffend eines Hirntumors bittet und der Bildschirm der Konsiliarärztin Zelltypen wiedergibt, die im Gehirn überhaupt nicht vorkommen. Die Konsiliarärztin haftet jedoch in diesem Fall nicht für das Fehlverhalten der Primärbehandlerin, sondern für ihre eigene unabhängige Pflichtwidrigkeit. Sie muss nämlich die ihr übermittelte Probeexzision einer gewissen Plausibilitätskontrolle unterziehen⁵⁴.

3.3 Exkurs: Organisationshaftung

Die ausservertragliche Organisationshaftung als mangelnde Sorgfalt in der Organisation der Arbeit und des Betriebs hat in jüngerer Zeit an Bedeutung gewonnen⁵⁵. Die Rechtsprechung hat diesen neuen Haftungstyp im Zusammenhang mit den drei herkömmlichen Entlastungsbeweisen des Geschäftsherrn bei der Verantwortlichkeit für das Verhalten von Hilfspersonen (Art. 55 Abs. 1 OR) entwickelt⁵⁶. Das Bundesgericht hat die Organisationshaftung im Bereich des Gesundheitswesens erst einmal, gestützt auf ein kantonales Verantwortlichkeitsgesetz, zur Anwendung gebracht: Eine psychiatrische Klinik wurde dabei für den Selbstmord eines akut suizidgefährdeten Patienten verantwortlich gemacht, weil die mangelhafte Organisation keine genügende Überwachung dieses Insassen durch das Personal sicherstellte⁵⁷.

51 Wolfgang WIEGAND, *Basler Kommentar*, Art. 101 OR N 1.

52 ULSSENHEIMER/ERLINGER, *Konsiliararzt*, S. 75. Der deutsche Bundesgerichtshof hat sich in diesem Zusammenhang zur Frage geäußert, ob der primär behandelnde Arzt Erfüllungsgehilfe des Laborarztes sei, dem er die Probe zur Untersuchung übersandt hat (BGH 20.6.1989, NJW 1989 S. 2943). Im zu beurteilenden Fall war die Blutprobe der Patientin entweder beim Gynäkologen oder beim Facharzt für Laboratoriumsmedizin verwechselt worden, ohne dass sich nachweisen liess, in welcher Praxis dies geschah. Der Bundesgerichtshof hat die Haftung des ins Recht gefassten Laborarztes verneint, da diesem einerseits kein Verschulden nachgewiesen werden konnte und da andererseits der Gynäkologe nicht als sein Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfe betrachtet werden könne. Dieses Ergebnis erscheint folgerichtig, denn zwischen Patient und Laborarzt kommt ein eigenständiges Behandlungsverhältnis zustande, in welchem der Labormediziner jedoch nur die Untersuchung der ihm übergebenen Blutprobe schuldet. Dafür bedient er sich nicht der Hilfe des Gynäkologen. Er schuldet nicht die Blutabnahme, der Gynäkologe nimmt diese also nicht für ihn vor. Eine Einstufung des Gynäkologen als Verrichtungsgehilfe scheidet deshalb wegen der fehlenden Weisungsgebundenheit aus.

53 Siehe dazu auch Ziffer 13 Satz 3 des Statement on Accountability, Responsibilities and Ethical Practice of Telemedicine des Weltärztebundes: «He or she [the tele-expert] is obligated to decline participation if he or she lacks the knowledge, competence or sufficient patient information or data to provide a well-formed opinion» (<http://www.wma.net/e/policy/a7.htm>); ULSSENHEIMER/ERLINGER, *Konsiliararzt*, S. 75.

54 Die deutschen Gerichte anerkennen denn auch in diesem Sinne eine Haftung des Weiterbehandlers bei Sorgfaltspflichtverstößen des Erstbehandlers: BGH 19.11.1997, NJW 1998 S. 1802; BGH 8.11.1988, VersR 1989 S. 186, NJW 1989 S. 1536; OLG Naumburg 24.4.1997, VersR 1998 S. 983; OLG Köln 14.7.1993, VersR 1993 S. 1157.

55 Da es sich bei der Organisationshaftung um eine ausservertragliche Haftung handelt, kann der Patient diese aufgrund der Anspruchskonkurrenz parallel zu einer vertraglichen Haftung geltend machen.

56 KARL OFTINGER/Emil Wilhelm STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Allgemeiner Teil, Band II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, S. 324; ANTON K. SCHNYDER, *Basler Kommentar*, Art. 55 OR N 16-20.

57 BGE 112 Ib 322.

Im Vorentwurf (VE) eines Bundesgesetzes zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts wird der Organisationshaftung, das heisst der Haftung für Hilfspersonen in Unternehmungen, eine eigene Bestimmung gewidmet (Art. 49a VE)⁵⁸. Diese Norm sieht vor, dass die Person, die sich zum Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, für den Schaden haftet, der im Rahmen dieser Tätigkeit verursacht wird, es sei denn, sie beweise, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten. Obwohl auch diese Organisationshaftung somit einen Entlastungsbeweis vorsieht, ist sie strenger als die Haftung für Hilfspersonen nach der Generalklausel von Artikel 49 VE (heutiger Art. 55 Abs. 1 OR)⁵⁹.

Eine Arztpraxis gilt als Unternehmung im Sinne von Artikel 49a VE⁶⁰, wobei der Organisationsfehler auch den technischen Fehler einer Anlage betreffen kann, die auf irgendeine Weise mit der Organisation der Unternehmung verbunden ist⁶¹. Der Patient wird beweisen müssen, dass sein Schaden im Rahmen einer Tätigkeit der belangten Unternehmung verursacht wurde. Nicht verlangt wird dagegen der Beweis eines Organisationsmangels, also des objektiven Fehlverhaltens einer Person, die in irgendeiner Weise mit der Unternehmung – sei es als Organ, sei es als Hilfsperson – verbunden ist, oder des technischen Mangels einer Anlage⁶².

In Deutschland hat der Bundesgerichtshof jedenfalls entschieden, dass die verschiedenen bei horizontaler Arbeitsteilung zusammenarbeitenden Ärzte die Pflicht hätten, durch hinreichende gegenseitige Information und Abstimmung

vermeidbare, durch ihre technische Zusammenarbeit geschaffenen Risiken für den Patienten auszuschliessen⁶³. Im deutschen Recht haften somit bei Fehlern in der technischen Zusammenarbeit alle Beteiligten, die Konsiliaria ebenso wie die Primärbehandlerin und gegebenenfalls auch die Herstellerin und/oder die Betreiberin der für die Telemedizin eingesetzten Anlage, gemeinsam⁶⁴.

Es ist durchaus denkbar, dass eine solche Organisationshaftung in der Telemedizin auch in der Schweiz in Zukunft eine wichtige Rolle spielen wird. Ist beispielsweise die falsche Diagnose der Genfer Konsiliarärztin darauf zurückzuführen, dass die Bildübertragung, wegen zu geringer optischer Auflösung oder verfälschten Farben, von mangelnder Qualität war, so wären sämtliche Voraussetzungen dieses neueren Haftungstyps erfüllt.

4 Grundlagen der vertraglichen Haftung in internationalen Fällen

Die Variante 2 des Eingangsbeispiels (Ziff. 2) sieht vor, dass die Konsiliarärztin den Newburger Patienten von New York aus telemedizinisch mitbehandelt. Bei einem solchen grenzüberschreitenden Beizug einer Telemedizinerin stehen für den geschädigten Patienten zwei Fragen im Vordergrund: (1) Welches Gericht im In- oder Ausland ist für die Beurteilung der Schadenersatzansprüche zuständig? (2) Aufgrund welchen Rechts entscheidet dieses Gericht die Streitigkeit? Daneben sind insbesondere auch Fragen im Zusammenhang mit der Zulassung von ausländischen Ärztinnen interessant⁶⁵. In der Schweiz sind die Antworten auf die Fragen der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts in erster Linie im Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) zu suchen.

4.1 Zuständiges Gericht

4.1.1 Objektive Anknüpfung

Regelmässig wird der Patient die vom Ausland her intervenierende Konsiliarärztin an deren Niederlassung, welche in der Regel mit dem Ort der Behandlung identisch ist, belangen können⁶⁶. Das dortige ausländische Gericht wird – wenn es seine internationale Zuständigkeit bejaht hat – mittels des internationalen Privatrechts der *lex fori* (das heisst des am Gerichtsstand geltenden Kollisionsrechts) das

58 Der Vorentwurf, ein erläuternder Bericht, sowie ein Kurzkomentar können unter folgender Adresse konsultiert werden: <http://www.ofj.admin.ch/d/index.html>.

59 Erläuternder Bericht, S. 129 ff.

60 Erläuternder Bericht, S. 130.

61 Erläuternder Bericht, S. 131.

62 Erläuternder Bericht, S. 132.

63 BGH 26.1.1999, VersR 1999 S. 579.

64 ULSENHEIMER/ERLINGER, *Konsiliararzt*, S. 77.

65 Siehe dazu beispielsweise, Dean R. BATSON, *Pennsylvania's Abortion Attempts to Regulate Telemedicine through Restrictive Licensure Requirements: Protecting the Patient or Protecting the Profession?* 106 Dickinson Law Review (2002) S. 591 ff.

66 Thomas BOHLE, *Telemedizin und internationale Arzthaftung – eine Skizze*, in C. Dierks/H. Feussner/A. Wienke (Hrsg.), *Rechtsfragen der Telemedizin*, Berlin 2001, S. 87 (BOHLE, *Internationale Arzthaftung*); HOPPE, *Internationale Arzthaftung*, S. 467.

auf den Fall anzuwendende Recht ermitteln. Der Patient wird nur dann im Ausland Klage einreichen, wenn dieser verfahrenstechnisch beschwerliche Schritt mit materiellen Vorteilen verbunden sein kann. Der Neuenburger Patient muss deshalb beispielsweise im amerikanischen Recht vorgängig folgende Frage klären: Verurteilt ein New Yorker Gericht die von dort aus agierende Konsiliarärztin auch dann zu den in den USA üblicherweise deutlich höheren Schadenersatzsummen, wenn die Spezialistin einen Patienten in der Schweiz mitbehandelt⁶⁷.

Der Neuenburger Patient wird jedoch nach Möglichkeit versuchen, die New Yorker Konsiliarärztin vor einem Schweizer Gericht zu belangen. Eine solche internationale Zuständigkeit Schweizer Gerichte könnte sich zunächst aus Staatsverträgen ergeben (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Der wichtigste Staatsvertrag ist in diesem Zusammenhang das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (LugÜ; SR 0.275.11)⁶⁸. Nach Artikel 2 Abs. 1 LugÜ sind Personen, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatszugehörigkeit vor den Gerichten dieses Staates zu verklagen. Artikel 5 Ziff. 1 LugÜ begründet die internationale Zuständigkeit am Erfüllungsort des Vertrages. Das wäre im Falle der online zugeschalteten Konsiliarärztin der Ort, an dem sie ihre ärztliche Tätigkeit erbringt⁶⁹. Da die USA jedoch nicht Vertragsstaat des LugÜ sind, findet dieser von zahlreichen EU- und EFTA-Ländern unterzeichnete Staatsvertrag auf das Eingangsbeispiel keine Anwendung. Auch nach dem IPRG lässt sich jedoch im Eingangsbeispiel mit einer von New York aus tätigen Konsiliarärztin für vertragliche Ansprüche kein Gerichtsstand in der Schweiz begründen (Art. 2, 3, 112 und 113 IPRG)⁷⁰. Der Neuenburger Patient hat damit aufgrund einer objektiven Bestimmung des zuständigen Gerichts seine Verantwortlichkeitsklage grundsätzlich in New York anhängig zu machen.

4.1.1 Subjektive Anknüpfung (Gerichtsstandsvereinbarung)

Will der Patient nicht vor den New Yorker Gerichten klagen müssen, so hat er sich bereits vor der geplanten ärztlichen Behandlung entsprechend abzusichern. Er kann dafür in einer Gerichtsstandsvereinbarung in einem schriftli-

chen Behandlungsvertrag mit der Konsiliarärztin die Zuständigkeit eines Schweizer Gerichts festlegen (Art. 17 LugÜ und Art. 5 IPRG).

4.2 Anwendbares Recht

Das Gericht, welches für die Klage des fehlerhaft behandelten Patienten international zuständig ist, hat vorab die Frage nach dem anzuwendenden Recht zu entscheiden⁷¹. Für ein Schweizer Gericht sind für die vertragliche Haftung die Artikel 116-126 IPRG massgebend, wobei jedoch gemäss Artikel 1 Abs. 2 IPRG völkerrechtliche Verträge den Bestimmungen des IPRG wiederum vorgehen. Solche völkerrechtlichen Regelungen sind jedoch hinsichtlich der Anknüpfung des ärztlichen Behandlungsvertrags für die Schweiz nicht ersichtlich.

4.2.1 Objektive Anknüpfung

Häufig wird sich die Frage des anwendbaren Rechts erst im Zusammenhang mit einem konkreten Schadenersatzverfahren stellen. Für alle nicht besonders anzuknüpfenden Verträge, welche in den Artikeln 118-122 IPRG genannt sind, bestimmt Artikel 117 IPRG das objektive Vertragsstatut. Gemäss Absatz 1 dieser Bestimmung untersteht der Vertrag bei Fehlen einer Rechtswahl dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt. In Absatz 2 wird vermutet, der engste Zusammenhang bestehe mit dem Staat, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder, wenn sie den Vertrag aufgrund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen hat, in dem sich ihre Niederlassung befindet. Absatz 3 lit. c bestimmt im Besonderen, dass bei Auftrag, Werkvertrag und ähnlichen Dienstleistungsverträgen die Dienstleistung als charakteristische Leistung gilt. Wie bei anderen Vertragstypen (Art. 117 Abs. 3 lit. a, b, d und e IPRG) ist somit auch beim Auftrag diejenige

67 BOHLE, *Arzthaftung*, S. 87.

68 Dieses stimmt inhaltlich weitgehend überein mit dem in der EU geltenden Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) vom 27. September 1968.

69 Bei roboterunterstützten chirurgischen Eingriffen auf Distanz (siehe Ziff. 1) wäre der Erfüllungsort dagegen wohl eher am Ort, an dem sich der operierte Patient befindet.

70 Bei deliktischen Ansprüchen wären die Schweizer Gerichte dagegen gemäss Art. 5 Ziff. 3 LugÜ bzw. Art. 129 Abs. 2 IPRG zuständig.

71 Erwin DEUTSCH, *Das Internationale Privatrecht der Arzthaftung*, in: Festschrift Ferid, München 1978, S. 118 ff.; HOPPE, *Internationale Arzthaftung*, S. 464.

Leistung kennzeichnend, welche nicht in Geld erbracht wird⁷². Die Schweizer Gerichte haben ebenfalls in konstanter Praxis entschieden, dass bei einem Auftragsverhältnis die Leistung des Beauftragten die charakteristische ist⁷³. Beim telemedizinischen Behandlungsvertrag erbringt somit die ausländische Konsiliarärztin die vertragscharakteristische Leistung⁷⁴. In diesem Fall ist also das am Ort der Niederlassung der dort behandelnden Ärztin geltende Recht auf den Behandlungsvertrag anwendbar⁷⁵.

Was den Anwendungsbereich des Vertragsstatuts anbelangt, so unterstehen alle Fragen des Vertragsrechts, sofern sie nicht gesondert angeknüpft werden (zur Form, siehe Art. 124 IPRG; zur Stellvertretung, siehe Art. 126 IPRG), dem Vertragsstatut. Dies soll Widersprüche und Lücken vermeiden, die durch die gleichzeitige Anwendung unterschiedlicher Rechtssysteme entstehen könnten⁷⁶. Das Vertragsstatut bestimmt somit auch, ob zwischen den Parteien überhaupt ein Vertrag gültig abgeschlossen wurde, welche Rechte und Pflichten sich aus dem Vertrag ergeben, welche Folgen Leistungsstörungen (Nicht-, Schlecht- oder Späterfüllung) haben und unter welchen Voraussetzungen Verpflichtungen erlöschen oder verjähren (siehe dazu auch Art. 148 Abs. 1 IPRG)⁷⁷.

4.2.2 Subjektive Anknüpfung (Rechtswahl)

Der Neuenburger Patient und die New Yorker Konsiliarärztin haben jedoch die Möglich-

keit, das auf ihren Behandlungsvertrag anwendbare Recht zu wählen (Art. 116 Abs. 1 IPRG)⁷⁸. Die Einigung zwischen den Parteien über die Rechtswahl (sog. Verweisungsvertrag) muss sich eindeutig aus dem Hauptvertrag oder aus den Umständen ergeben. Die Wahl eines Gerichts kann zum Beispiel bei zusätzlichen Indizien für die Wahl der *lex fori* (das heisst die Rechtsordnung des Landes, in welchem sich das von den Parteien für zuständig erklärte Gericht befindet) sprechen. Auch das Verhalten der Parteien während dem Prozess (beide Parteien berufen sich auf dasselbe Recht) kann eine nachträgliche Rechtswahl bedeuten. Eine Rechtswahl durch Stillschweigen ist möglich, wenn sie sich aus den Umständen ergibt, ein Schweigen auf eine Offerte zur Rechtswahl genügt dagegen dem Erfordernis der Klarheit der Einigung gemäss Artikel 116 Abs. 1 Satz 1 IPRG nicht. Ausgeschlossen ist ebenfalls eine hypothetische Rechtswahl in dem Sinne, dass als Recht gewählt gilt, was die New Yorker Konsiliarärztin und ihr Neuenburger Patient vereinbart hätten, wenn sie an eine Rechtswahl gedacht hätten. Hierbei handelt es sich nämlich um eine fiktive Rechtswahl auf Grund objektiver Gesichtspunkte, welche ausschliesslich durch Artikel 117 IPRG geregelt ist⁷⁹.

Die materielle Gültigkeit der Rechtswahl richtet sich gemäss Artikel 116 Abs. 2 Satz 2 IPRG nach dem «gewählten Recht». Die Fragen, ob der Verweisungsvertrag zustande gekommen ist, ob Willensmängel vorliegen und wie die Rechtswahlvereinbarung auszulegen ist, sind somit nach der *lex causae* des Rechtswahlvertrags zu beurteilen⁸⁰.

Artikel 116 IPRG fordert keine spezielle Form für die Rechtswahl der Parteien⁸¹. Absatz 2 dieser Bestimmung präzisiert jedoch, dass die Rechtswahl ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben muss. Es gilt somit die allgemeine Vorschrift des Artikel 124 Abs. 1 und 2 IPRG.

Bezüglich des Zeitpunkts der Rechtswahl ist es ratsam, dass der Schweizer Patient und seine ausländische Konsiliarärztin das anzuwendende Recht im Moment des Vertragsschlusses festlegen, denn nur so können sie von Anfang an wissen, welches ihre Verhaltens- und Unterlassungspflichten sind. Die Parteien dürfen diese Wahl jedoch auch später treffen, insbesondere noch im Prozess.

72 IVO SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht*, 2. Band: Besonderer Teil, St. Gallen/Lachen SZ 1997, N 520 (SCHWANDER, *Einführung*).

73 BGE 112 II 450, 452; SJ 1985 S. 246, 247 f.; BGE 87 II 270, 273 f.; Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung 1990 S. 149, 150 f.

74 BOHLE, *Internationale Arztbaftung*, S. 85; HOPPE, *Internationale Arztbaftung*, S. 465; Angela KÖNNING-FEIL, *Das Internationale Arztbaftungsrecht – Eine kollisionsrechtliche Darstellung auf sachrechtsvergleichender Grundlage*, Frankfurt am Main 1992, S. 206 (KÖNNING-FEIL, *Internationales Arztbaftungsrecht*).

75 Hierzu eingehend KÖNNING-FEIL, *Internationales Arztbaftungsrecht*, S. 109 ff.

76 Kurt SIEHR, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich 2002, S. 253 (SIEHR, *Internationales Privatrecht*).

77 Was die Frage des vorvertraglichen Verschuldens anbelangt, so ist – wie im materiellen schweizerischen Recht – umstritten, ob die *culpa in contrahendo* eine vertragliche oder eine deliktische Haftung auslöst.

78 Siehe dazu im deutschen Recht, Christoph A. STUMPF, *Die Möglichkeit der Rechtswahl im Internationalen Arztbaftungsrecht*, MedR 1998 S. 546 ff.

79 Marc AMSTUTZ/Nedim PETER VOGT/Markus WANG, *Basler Kommentar*, Art. 116 IPRG N 39.

80 SCHWANDER, *Einführung*, N 479.

81 SIEHR, *Internationales Privatrecht*, S. 234.

Was die Grenzen der Parteiautonomie anbelangt, so ist die Rechtswahl nach Artikel 116 IPRG nur bei Verträgen «im internationalen Verhältnis» (Art. 1 Abs. 1 IPRG) gestattet. Für den in Variante 1 zwischen dem Neuenburger Patienten und der Genfer Konsiliarärztin abgeschlossenen Behandlungsvertrag, der keinen Auslandsbezug hat, wäre somit eine Rechtswahl ausgeschlossen. Ist jedoch eine im Ausland tätige Telemedizinerin an einer Inlandsbehandlung beteiligt, so weist der Vertrag mit der Konsiliaria regelmässig eine genügende Auslandsberührung auf⁸². Artikel 120 Abs. 2 IPRG sieht eine gesetzliche Grenze vor, indem eine Rechtswahl bei gewissen Verbraucherverträgen gänzlich ausgeschlossen ist. Das zunehmende Konsumverhalten der Patienten im Gesundheitswesen könnte zwar dazu verleiten, den Kranken als Konsumenten und seine Ärztin als Anbieterin im Sinne von Artikel 120 IPRG zu betrachten. Das Bundesgericht hat jedoch entschieden, dass Rechtsgeschäfte, bei welchen nicht der kommerzielle Charakter, sondern die persönlichen Beziehungen, insbesondere das Treueverhältnis zwischen den Parteien im Vordergrund stehen, wie zum Beispiel beim Auftrag, vom Begriff des Konsumentenvertrags ausgenommen werden⁸³. Der *Ordre public* (Art. 17 und 18 IPRG) setzt der Rechtswahl an sich ebenfalls keine Grenzen, denn seine Funktion besteht lediglich darin, unannehmbare Ergebnisse, zu denen die Anwendung des gewählten ausländischen Rechts führen könnte, zu beseitigen⁸⁴.

5 Schlussfolgerungen

Die Telemedizin wird das Gesundheitswesen grundlegend verändern. Sie stellt auch das Recht vor neue Herausforderungen im Bereich der Arzthaftung, des Datenschutzes, der Standesordnungen und der Zulassung von ausländischen Ärztinnen.

Was die arzthaftungsrechtlichen Fragen anbelangt, so genügen die herkömmlichen Mittel des Schweizer Rechts, um für die neuen Fallkonstellationen sachgerechte Lösungen zu finden. Die haftpflichtrechtlichen Regelungen der Substitution (Art. 398 Abs. 3 OR) erlauben, die Dreiecksbeziehung Patient – Primärbehandlerin – Konsiliarärztin rechtlich lückenlos zu erfassen. Im ausservertraglichen Bereich stellt die Organisationshaftung zusätzliche Mittel zur Verfügung, um Ersatz des aus einer unsorgfältigen telemedizinischen Behandlung resultierenden Schadens zu verlangen.

Bei internationalen Fällen sind das zuständige Gericht und das anwendbare Recht entweder objektiv aufgrund von Kollisionsnormen zu bestimmen oder subjektiv durch eine Gerichtsstandsvereinbarung beziehungsweise eine Rechtswahl zu vereinbaren.

82 HOPPE, *Internationale Arzthaftung*, S. 464.

83 BGE 121 III 336, 341 f. betreffend Artikel 13 f. LugÜ; Adrian STAHELIN, *Die bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften über konsumentenrechtliche Streitigkeiten – ein Überblick*, in *Recht und Rechtsdurchsetzung*, Festschrift Walder, Zürich 1994, S. 130 f.

84 SIEHR, *Internationales Privatrecht*, S. 235.

Le grand secret de l'industrie pharmaceutique

Pignarre Philippe
Paris, La Découverte, 2003
ISBN 2-70713-998
178 pages

L'industrie pharmaceutique occupe régulièrement la une des médias pour deux raisons parfaitement symétriques. D'une part, la population des pays *pauvres* souffre de pénurie de médicaments, respectivement de sous-appvisionnement, et, d'autre part, dans les pays *riches*, la surconsommation ainsi que l'augmentation des coûts de la santé sont devenus de véritables fléaux. Cette branche de production industrielle, jadis adulée pour les effets bénéfiques de ses activités, a perdu son capital de sympathie auprès du grand public. Aujourd'hui, on s'interroge sur la manière de l'obliger à « commercialiser les médicaments dans des conditions qui les rendent disponibles pour tous ceux qui en ont besoin ».

Dans son dernier ouvrage, Philippe Pignarre qui a publié *Comment la dépression est devenue une épidémie* (2001) et *Puissance des psychotropes, pouvoirs des patients* (1999) pose le diagnostic de l'industrie pharmaceutique. Il dévoile ce qu'il nomme « le grand secret », qui devrait permettre aux pharmas de résister aux menaces qui planent sur elles. En deux parties, l'auteur – qui a par ailleurs travaillé pendant 17 ans dans ce milieu – analyse la situation et révèle les stratégies actuelles de l'industrie pharmaceutique en matière de recherche, de développement, de commerce et de marketing.

Trois raisons principales expliquent les soucis de l'industrie pharmaceutique. Tout d'abord, les coûts de conception et de recherche consacrés au lancement d'un nouveau produit sont particulièrement lourds. Ils s'élèvent à plus de 800 millions de dollars USD. A cela s'ajoute l'extrême difficulté de découvrir des médicaments comportant des améliorations perceptibles. La brièveté de la protection que les brevets confèrent, une fois que le produit thérapeutique est

commercialisé, est également une cause importante de préoccupation. Comme le mentionne Philippe Pignarre, « l'industrie pharmaceutique est [ainsi] l'un des rares secteurs économiques où les coûts de la recherche et du développement sont très élevés, alors que les coûts de fabrication sont extrêmement bas. [...] D'où la nécessité d'inventer en permanence et, quand le rythme de l'invention se ralentit, de garder le monopole des anciennes innovations le plus longtemps et d'augmenter les quantités vendues ».

Selon l'auteur, les efforts de l'industrie, afin de rester attractive pour les investisseurs, se concentrent en particulier sur la prolongation de la durée de validité des brevets, la production minimale de génériques, la création d'une gamme de cosmétiques autour d'un médicament notoire – appelé *blockbuster* –. D'autres solutions – toutefois illégales – existent : truquer les résultats des essais cliniques, payer des chercheurs pour qu'ils se livrent à l'apologie des produits pour influencer les prescripteurs. Ceux-ci peuvent être des intermédiaires idéaux. En effet, il leur est par exemple facile de modifier le seuil à partir duquel on fabrique un patient potentiel en lui prescrivant un médicament plutôt que de lui conseiller un changement de régime alimentaire. Ainsi, non seulement le nombre de patients augmente, mais aussi et surtout celui des pilules vendues.

Philippe Pignarre termine son ouvrage sur une note d'espoir, en insistant sur l'influence que peut avoir chaque participant du système de santé sur les décisions à prendre dans le domaine thérapeutique.

En conclusion, il relève que, « en fonction des besoins des citoyens, ce qui peut être juste un jour ne l'est pas le lendemain, que la manière de fixer des règles pour une industrie dans une phase inventive ne peut pas être la même dans une phase de stagnation ».

Séverine Boillat
 Collaboratrice scientifique
 Institut de droit de la santé

Médecin et droit médical

Genève, Médecine & Hygiène, 2003.

ISBN 2-88049-179-7

475 pages

La deuxième édition de ce manuel de droit à l'usage du médecin vient d'être publiée dans une édition augmentée et mise à jour. Il contient des contributions de spécialistes du droit, mais également de médecins de différentes spécialités, psychologues, biologistes et éthiciens.

Chaque contribution de ce manuel débute par un cas pratique qui permet de fixer dans la réalité les notions de droit développées et expliquées par la suite. Un résumé sous forme de notes de lecture rapide clôt le texte et permet une synthèse rapide du sujet abordé.

L'ouvrage rappelle les droits fondamentaux qui sont les bases de notre législation et précise des notions comme le droit à l'information, le droit d'accès au dossier, les droits des proches, le consentement à l'acte médical, le refus de traitement, le secret professionnel et le certificat médical. Il se penche également sur des problématiques comme le décès, le testament, les directives anticipées, la transplantation d'organes, les progrès de la biomédecine, le *managed care* et les hospitalisations psychiatriques. Les personnes âgées, les enfants et les victimes de violences font aussi l'objet de contributions fouillées.

Ce manuel consacre enfin toute une deuxième partie aux questions de médecine judiciaire, par exemple l'aptitude à conduire, l'identification médico-légale par l'ADN, les différents types d'addictions (toxicomanie, alcoolisme) et la prise en charge de victimes d'agressions sexuelles.

Un index très complet termine cet ouvrage et offre, par une autre porte, d'entrer dans le domaine du droit de la santé.

Pourquoi éditer un manuel de droit pour les médecins ?

Les préfaciers font pertinemment remarquer la double loyauté qui lie le médecin et le personnel soignant : leur fidélité à l'éthique professionnelle et le respect des règles complexes du droit. Cette double loyauté est la conséquence de l'évolution des rapports – parfois conflictuels – qui ont rapproché le droit et la médecine. L'introduction générale de *Médecin et droit médical* souligne que la nature du droit contemporain a modifié ces rapports. Le droit actuel est en effet placé dans une dynamique quasi permanente qui lui permet de prévenir et d'anticiper les conflits, pas seulement de les résoudre. Le droit et la médecine sont désormais appelés à « prospérer ensemble sur des registres différents, mais complémentaires afin de construire au quotidien un humanisme moderne ». L'un des objectifs de l'ouvrage est bien de favoriser cet humanisme moderne en « dédiant » la relation entre le corps médical et le monde juridique.

Le droit et la médecine sont aussi confrontés à de nouveaux défis comme de trouver des réponses cohérentes et efficaces à de graves questions telles que celles posées par les erreurs médicales qui sont la source de nombreux décès et d'effets secondaires non négligeables. Le droit pénal traditionnel se montre en effet largement insuffisant à les sanctionner. L'approche moderne de l'identification des erreurs et de leur reportage est peut-être une nouvelle piste pour les prévenir et occasionne des conséquences importantes pour les procédures juridiques qui doivent alors être plutôt recentrées sur les questions d'information au patient et d'obtention de son consentement libre et éclairé.

L'abord agréable de *Médecin et droit médical* et le souci constant de vulgarisation de ses auteurs permettent à tout un chacun de s'ouvrir facilement à de nouvelles problématiques de droit de la santé ou de consulter des articles qui apportent des réponses précises à des questions d'ordre pratique.

Jean Perrenoud
Collaborateur scientifique
Institut de droit de la santé

Cette rubrique présente les références des dernières parutions juridiques en matière de droit de la santé. Elle est établie en recensant près d'une centaine de revues juridiques et médicales, en Suisse et à l'étranger. Ce numéro couvre en principe la période entre **le 15 juin et le 31 octobre 2003**.

Diese Rubrik gibt Hinweise auf Neuerscheinungen im Gesundheitsrecht. Sie wird auf Grund von nahezu Hundert juristische und medizinische Zeitschriften aus der Schweiz und dem Ausland zusammengestellt. Diese Nummer umfasst grundsätzlich die Periode **vom 15. Juni bis zum 31. Oktober 2003**.

Ont collaboré à cette rubrique/An dieser Rubrik haben mitgewirkt:

Séverine BOILLAT, Nathalie BRUNNER, Thierry CLÉMENT, Béatrice DESPLAND, Olivier GUILLOD, Christian HÄNNI, Audrey LEUBA, Jean PERRENOUD, Martine REHM FUCHS, Guillaume RODUIT, Aline SCHMIDT, Dominique SPRUMONT, Vincent STAUFFER, Gabrielle STEFFEN, Céline TRITTEN, Marinette UMMEL, Christian VAN GESSEL.

Législation/ Gesetzgebung

I. Droit international (sélection)/ Internationales Recht (Auswahl)

Conseil de l'Europe: <http://www.coe.int>

- Conseil de l'Europe. Recommandation Rec (2003)10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la xénotransplantation adoptée par le Comité des Ministres le 19 juin 2003.
- Conseil de l'Europe. Recommandation Rec (2003)11 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la mise en place de procédures d'inactivation des agents pathogènes pour les composants sanguins adoptée par le Comité des Ministres, le 19 juin 2003, lors de la 844^e réunion des Délégués des Ministres.
- Conseil de l'Europe. Recommandation Rec (2003)12 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux registres des donneurs d'organes adoptée par le Comité des Ministres, le 19 juin 2003, lors de la 844^e réunion des Délégués des Ministres.
- Conseil de l'Europe. Résolution 1352 (2003) de l'Assemblée parlementaire relative à la recherche sur les cellules souches humaines.
- Conseil de l'Europe. Recommandation 1626 (2003) de l'Assemblée parlementaire relative à

la réforme des systèmes de santé en Europe: concilier équité, qualité et efficacité.

- Conseil de l'Europe. Résolution 1347 (2003) de l'Assemblée parlementaire relative aux incidences de la «politique de Mexico» sur le libre choix d'une contraception en Europe.
- Conseil de l'Europe. Recommandation 1611 (2003) de l'Assemblée parlementaire relative au trafic d'organes en Europe.

II. Droit communautaire/ Europarecht (JOCE L 149 à L 284 du 31 octobre 2003 et JOCE C 141 à C 262 du 31 octobre 2003)

Droit édicté/ Erlassenes Recht

- Règlement (CE) n° 1084/2003 de la Commission, du 3 juin 2003, concernant l'examen des modifications des termes d'une autorisation de mise sur le marché délivrée par l'autorité compétente d'un Etat membre pour des médicaments à usage humain et des médicaments vétérinaires, JO L 159 du 27 juin 2003.
- Règlement (CE) n° 1085/2003 de la Commission, du 3 juin 2003, concernant l'examen des modifications des termes d'une autorisation de mise sur le marché de médicaments à usage humain et de médicaments vétérinaires relevant du champ d'application du règlement (CEE) n° 2309/93 du Conseil, JO L 159 du 27 juin 2003.

- Règlement (CE) n° 1567/2003 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003 concernant les aides destinées aux politiques et aux actions relatives à la santé génésique et sexuelle et aux droits connexes dans les pays en développement, JO L 224 du 6 septembre 2003.
 - Règlement (CE) n° 1568/2003 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003 relatif à l'aide en faveur de la lutte contre les maladies dues à la pauvreté (VIH/sida, tuberculose et paludisme) dans les pays en développement, JO L 224 du 6 septembre 2003.
 - Directive 2003/63/CE de la Commission, du 25 juin 2003, modifiant la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, JO L 159 du 27 juin 2003.
 - Directive 2003/94/CE de la Commission du 8 octobre 2003 établissant les principes et lignes directrices de bonnes pratiques de fabrication concernant les médicaments à usage humain et les médicaments expérimentaux à usage humain, JO L 262 du 14 octobre 2003.
 - Recommandation du Conseil du 18 juin 2003 relative à la prévention et à la réduction des dommages pour la santé liés à la toxicomanie, JO L 165 du 3 juillet 2003.
 - Décision n° 1209/2003/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 juin 2003 relative à la participation de la Communauté à un programme de recherche et développement visant à développer de nouvelles interventions cliniques afin de lutter contre le VIH/sida, le paludisme et la tuberculose grâce à un partenariat à long terme entre l'Europe et les pays en développement, entrepris par plusieurs Etats membres, JO L 169 du 8 juillet 2003.
 - Décision de la Commission du 17 juillet 2003 modifiant la décision n° 2119/98/CE du Parlement européen et du Conseil et la décision 2000/96/CE en ce qui concerne les maladies transmissibles énumérées dans ces décisions et modifiant la décision 2002/253/CE en ce qui concerne les définitions de cas pour les maladies transmissibles [notifiée sous le numéro C(2003) 2301], JO L 184 du 23 juillet 2003.
 - Décision n° 2/2003 du Comité mixte UE-Suisse du 15 juillet 2003 portant modification de l'annexe II (sécurité sociale) de l'accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres et la Confédération suisse sur la libre circulation des personnes, JO L 187 du 26 juillet 2003.
 - Décision n° 189 du 18 juin 2003 visant à remplacer par la carte européenne d'assurance maladie les formulaires nécessaires à l'application des règlements du Conseil (CEE) n° 1408/71 et (CEE) n° 574/72 en ce qui concerne l'accès aux soins pendant un séjour temporaire dans un Etat membre autre que l'Etat compétent ou de résidence, JO L 276 du 27 octobre 2003.
 - Décision n° 190 du 18 juin 2003 concernant les caractéristiques techniques de la carte européenne d'assurance maladie, JO L 276 du 27 octobre 2003.
 - Décision n° 191 du 18 juin 2003 relative au remplacement des formulaires E 111 et E 111 B par la carte européenne d'assurance maladie, JO L 276 du 27 octobre 2003.
- Rapports, Recommandations, Déclarations, Propositions, etc./
Berichte, Empfehlungen, Erklärungen, Vorschläge, usw.**
- Conclusions du Conseil du 2 juin 2003 sur la lutte contre la stigmatisation et la discrimination liées à la maladie mentale, JO C 141 du 17 juin 2003.
 - Conclusions du Conseil du 22 septembre 2003 relatives au renforcement de la compétitivité de l'industrie pharmaceutique européenne, JO C 250 du 18 octobre 2003.
 - Relevés des décisions communautaires en matière d'autorisations de mise sur le marché des médicaments du 15 mai 2003 au 15 juin 2003, JO C 153 du 1^{er} juillet 2003; du 15 juin 2003 au 15 juillet 2003, JO C 176 du 25 juillet 2003; du 15 juillet 2003 au 15 août 2003, JO C 204 du 29 août 2003; du 15 août 2003 au 15 septembre 2003, JO C 230 du 26 septembre 2003; du 15 septembre 2003 au 15 octobre 2003, JO C 262 du 31 octobre 2003.
 - Résolution du Conseil du 15 juillet 2003 relative à la promotion de l'emploi et de l'intégration sociale des personnes handicapées, JO C 175 du 24 juillet 2003.
 - Communication de la Commission relative au règlement (CE) n° 141/2000 du Parlement euro-

péen et du Conseil concernant les médicaments orphelins, JO C 178 du 29 juillet.

- Conclusion de protocoles d'accords avec: la Bulgarie, Chypre, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, Malte, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie, la Turquie relatifs à la participation de ses pays respectifs au programme d'action communautaire dans le domaine de la santé publique (2003-2008), JO C 205 du 30 août 2003.
- Déclaration de la République fédérale d'Allemagne conformément à l'article 5 du règlement (CEE) n° 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 C 210 du 5 septembre 2003.
- Avis du Comité économique et social européen sur la «Communication de la Commission relative à l'introduction de la carte européenne d'assurance maladie» (COM(2003) 73 final), JO C 220 du 16 septembre 2003.
- Avis du Comité économique et social européen sur la «Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, et au Comité économique et social européen – Sciences du vivant et biotechnologie: une stratégie pour l'Europe. Rapport d'avancement et orientations pour l'avenir» (COM(2003) 96 final), JO C 234 du 30 septembre 2003.
- Avis du Comité économique et social européen sur les «Soins de santé», JO C 234 du 30 septembre 2003.
- Recommandation de la Commission du 19 septembre 2003 concernant la liste européenne des maladies professionnelles [notifiée sous le numéro C(2003) 3297], JO L 238 du 25 septembre 2003.
- Position commune (CE) n° 50/2003 du 22 juin 2003 arrêtée par le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne, en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains, JO C 240 du 7 octobre 2003.
- Résolution législative du Parlement européen sur la position commune du Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain et des composants sanguins, et modifiant la directive 2001/83/CE (14402/2/2001 – C5-0069/2002 – 2000/0323(COD)), JO C 261 E du 30 octobre 2003.
- Position du Parlement européen arrêtée en deuxième lecture le 12 juin 2002 en vue de l'adoption de la directive 2002/.../CE du Parlement européen et du Conseil établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain et des composants sanguins, et modifiant la directive 2001/83/CE, JO C 261 E du 30 octobre 2003.

III. Droit étranger (sélection)/ Ausländisches Recht (Auswahl)

Les textes législatifs mentionnés ici représentent notamment une sélection subjective parmi la pléthore de documents recensés par l'OMS, avec l'indication des références aux recueils de lois nationaux en langue originale, sur son site Internet (continuation électronique du Recueil international de législation sanitaire), à l'adresse : <http://www.who.int/idhl>.

Afrique du Sud

- Loi N° 56 de 1974 relative aux professions de santé. Règlement relatif à la suspension de praticiens. Avis gouvernemental N° R. 1356. Texte du 1^{er} novembre 2002. (*Government Gazette*, 1^{er} novembre 2002, vol. 449, N° 23998, p. 3 à 16).

Belgique

- Loi du 24 février 2003 concernant la modernisation de la gestion de la sécurité sociale. (*Moniteur belge*, 2 avril 2003, N° 113, p. 16646 à 16648).

Brésil

- Loi N° 9294 du 17 juillet 1996 [portant restriction à la consommation de produits à fumer, de boissons alcooliques, de médicaments, de produits thérapeutiques et de produits de protection à usage agricole et à la publicité en leur

faveur, conformément au paragraphe 4 de l'article 220 de la Constitution fédérale].

Djibouti

- Loi N° 48/AN/99/4^e L du 3 juillet 1999 portant orientation de la politique de santé. (*Journal officiel de la République de Djibouti*, 15 juillet 1999, numéro spécial 6).

Etats-Unis

- Loi (Loi publique N° 107-172) du 14 mai 2002 relative à la recherche, à l'information et à l'éducation en rapport avec le cancer du sang (Loi de 2002 relative aux investissements et à l'information en rapport avec la recherche sur le cancer du sang).

Finlande

- Loi N° 879 du 1^{er} novembre 2002 relative à l'établissement d'un rapport sur les soins de santé et l'assistance sociale. (*Finlands Författningssamling*, 6 novembre 2002, N°s 875 à 886, p. 4041).

France

- Loi N° 2003-715 du 31 juillet 2003 visant à restreindre la consommation de tabac chez les jeunes. (*Journal officiel de la République française, Lois et Décrets*, 3 août 2003, N° 178, p. 13398 et 13399, NOR: SANX0306354L).

Pays-Bas

- Loi du 6 février 2003 (Stb. 90) portant sur les règles relative à la sécurité et à la qualité des tissus humains pouvant être utilisés à des fins thérapeutiques (Loi relative à la sécurité et à la qualité des tissus humains).

Pologne

- Loi du 30 octobre 2002 relative aux prestations de sécurité sociale en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle (texte N° 1673). (*Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej*, 28 novembre 2002, N° 199, p. 12513 à 12526).

IV. Droit fédéral/ Bundesrecht

Droit édicté/

Erlassenes Recht

[RO/AS 2003 n° 25-43 (4 novembre 2003)]

Accessible sur le site: <http://www.admin.ch/ch/f/as/index.html>

- Loi fédérale sur l'assurance-invalidité, du 19 juin 1959. Modification du 21 mars 2003, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2004, RO 2003 3837.
- Règlement sur l'assurance-invalidité, du 17 janvier 1961. Modification du 21 mai 2003, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2004, RO 2003 3859.
- Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, du 18 décembre 1998. Modification du 3 octobre 2003 (*art. 42 al. 2: conservation des embryons surnuméraires au-delà du 31 décembre 2003*), en vigueur dès le 4 octobre 2003 et jusqu'au 31 décembre 2008 (loi urgente), RO 2003 3681.
- Ordonnance sur l'assurance-maladie, du 27 juin 1995. Modification du 6 juin 2003, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2004 (dès le 1^{er} octobre 2003 pour la modification des art. 94, 97 et 100), RO 2003 3249.
- Ordonnance concernant les mesures de l'Office fédéral de la santé publique sur la prévention du Syndrome Respiratoire Aigu Sévère (SRAS). Prolongation du 25 juin 2003 (jusqu'au 31 décembre 2003), en vigueur dès le 1^{er} juillet 2003, RO 2003 1882.
- Ordonnance du DFI sur l'expérimentation d'un modèle spécial d'enseignement et d'examens à la Faculté de médecine de l'Université de Zurich, du 3 septembre 2003, en vigueur dès le 1^{er} octobre 2003, RO 2003 3388.
- Ordonnance du DFI sur l'expérimentation d'un modèle spécial d'enseignement et d'examens en première année d'études aux Facultés de médecine vétérinaire des Universités de Berne et de Zurich, du 3 septembre 2003, en vigueur dès le 1^{er} octobre 2003, RO 2003 3393.
- Ordonnance du DFI sur l'expérimentation d'un modèle spécial d'enseignement et d'examens applicable au premier cycle du cursus en sciences pharmaceutiques de la Faculté de biologie et médecine de l'Université de Lausanne, du 3 septembre 2003, en vigueur dès le 1^{er} octobre 2003, RO 2003 3398.
- Ordonnance du DFI sur l'expérimentation d'un modèle spécial d'enseignement et d'examens applicable au cursus en sciences pharmaceutiques de la Section de pharmacie de l'Université de Genève et au diplôme fédéral de pharmacien, du 3 septembre 2003, en vigueur dès le 1^{er} octobre 2003, RO 2003 3403.

- Ordonnance du DFI sur l'expérimentation d'un modèle spécial d'enseignement et d'exams applicable au premier cycle du cursus en sciences pharmaceutiques de l'Université de Neuchâtel, du 3 septembre 2003, en vigueur dès le 1^{er} octobre 2003, RO 2003 3413.

**Messages, Rapports et Décisions Officiels/
Botschaften, Amtliche Berichte und Beschlüsse
[FF/BBI 2003 n° 25-43 (4 novembre 2003)]**

Les interventions parlementaires sont publiées intégralement sur <http://www.parlement.ch/>. En outre, la Feuille fédérale est disponible à l'adresse suivante: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/index.html>.

- Message concernant l'arrêté fédéral sur les subsides fédéraux dans l'assurance-maladie, du 28 mai 2003, FF 2003 3541.
- Arrêté fédéral sur les subsides fédéraux dans l'assurance-maladie, du 17 septembre 2003 (*subsides pour la période 2004-2007*), FF 2003 6297.
- Loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues (Loi sur les profils d'ADN), du 20 juin 2003. Délai référendaire: 9 octobre 2003, FF 2003 3981.
- Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (Droit pénal des mineurs, DPMIn), du 20 juin 2003 (*cf. art. 14 et 15 sur le traitement ambulatoire et le placement*). Délai référendaire: 9 octobre 2003, FF 2003 3990.
- Loi fédérale sur la prorogation de l'arrêté fédéral sur la prescription d'héroïne, du 20 juin 2003 (prorogation jusqu'à l'entrée en vigueur de la révision de la loi sur les stupéfiants, mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 2009). Délai référendaire: 9 octobre 2003, FF 2003 4031.
- Loi fédérale urgente: Loi sur la procréation médicalement assistée, du 3 octobre 2003 (délai référendaire: 22 janvier 2004, FF 2003 6243), RO 2003 3681.
- Arrêté fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 18 mai 2003, du 10 juillet 2003 (*notamment: initiative-santé et initiative «Droits égaux pour les personnes handicapées»*), FF 2003 4668.
- Ordonnance sur les dispositifs médicaux (Odim). Normes techniques pour les dispositifs médicaux. Décision de *Swissmedic* du 29 juillet 2003, FF 2003 4802.
- Initiative parlementaire. Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes (von Felten). Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national, du 23 juin 2003, FF 2003 5753; Avis du Conseil fédéral, du 3 septembre 2003, FF 2003 5797.
- Initiative populaire fédérale « Pour une maîtrise des primes de l'assurance-maladie ». Expiration du délai de récolte des signatures. Décision de la Chancellerie fédérale du 6 août 2003, FF 2003 5411.
- Initiative populaire fédérale « Pour des aliments produits sans manipulations génétiques ». Aboutissement. Décision de la Chancellerie fédérale du 13 octobre 2003, FF 2003 6327.
- Autorisation particulière de lever le secret professionnel à des fins de recherche dans les domaines de la médecine et de la santé publique, du 1^{er} juillet 2003, pour la recherche *Risk factors associated with mortality from hepatocellular cancer in Switzerland. A descriptive study using death certificates and patients historical data*, FF 2003 4129.
- Autorisation générale de lever le secret professionnel à des fins de recherche dans les domaines de la médecine et de la santé publique, du 1^{er} juillet 2003, octroyée à la *Schweizerische Arbeitsgemeinschaft für klinische Krebsforschung*, FF 2003 4145.
- Autorisation générale de lever le secret professionnel à des fins de recherche dans les domaines de la médecine et de la santé publique, du 1^{er} juillet 2003, octroyée à la *Lukas Klinik, Onkologische Spezialklinik*, FF 2003 4150.
- Communication de la Commission de la concurrence, du 9 septembre 2003 (ouverture d'une enquête contre les membres de l'association des cliniques privées de Genève), FF 2003 5548.
- Approbation de projets d'institutions d'assurance privée concernant l'utilisation des contributions cantonales aux traitements hospitaliers intracantonaux de patients privés et semi-privés pour l'année 2001, Office fédéral des assurances

privées, 15 juillet 2003, FF 2003 4599, 4826, 4865, 5542, 5643, 5823, 6477.

- Notifications et demandes d'autorisation pour des activités impliquant des organismes génétiquement modifiés ou pathogènes en milieu confiné, reçues du 23 avril 2001 au 16 juin 2003, FF 2003 4141; reçues du 19 mars 2001 au 4 septembre 2003, FF 2003 5715; reçues du 20 novembre 2002 au 3 octobre 2003, FF 2003 6262.
- Décision de la Commission de la concurrence du 16 décembre 2002 de clôturer l'enquête selon l'article 27 LCart concernant les recommandations tarifaires de l'Association des Médecins du Canton de Genève dans le domaine de l'assurance complémentaire, Droit et politique de la concurrence, 2003/2, p. 265.
- Examen préalable de la Commission de la concurrence selon les art. 4 al. 3, art. 10 et 32 al. 1 LCart, Pfizer Inc./Pharmacia corp., Droit et politique de la concurrence, 2003/2, p. 314.

V. Droit cantonal (sélection)/ Kantonales Recht (Auswahl) (extrait du « Bulletin de Législation/ Gesetzgebungsbulletin », n° 4/2003 avec l'autorisation de l'Institut du Fédéralisme, à Fribourg)

Basel Landschaft

- Spitalgesetz vom 24.06.1976 (Änderung: §15a, Trägerschaft; 15c Kinderspitalrat) vom 11.12.2002, in Kraft ab 01.07.2003, Amtsblatt 2002, Nr. 51, S. 3746.

Genève

- Règlement fixant le tarif des traitements ambulatoires et des interventions de chirurgie ambulatoire pratiqués dans les cliniques privées à charge de l'assurance obligatoire des soins (cessera de déployer ses effets le jour de l'entrée en vigueur du nouveau tarif médical et hospitalier TarMed) du 26.07.2000, entrée en vigueur rétroactive 01.01.2000, FAO 2000, n° 88, p. 1193.
- Loi d'application de la LF sur l'assurance-maladie (LAMal) du 29.05. 1997 (Modification: Art. 39 I; introduite par l'art. 37 IV de la Loi relative à l'Office cantonal des assurances sociales) du 20.9.2002, entrée en vigueur le 01.08.2003, FAO 2002, n° 112, p. 1532.

- Loi d'application de la LF sur l'assurance-maladie (LAMal) du 29.05. 1997, Modifications du 14.11.2002, entrées en vigueur le 01.08.2003, FAO 2002, n° 136, p. 1849.

Luzern

- Gesetz über das Gesundheitswesen (Änderung: § 1 I, 15, 16, 16a neu, 21, 22, 23 Marginalie & III) vom 20.01.2003 in Kraft ab 01.01.2003, G 2003 37.

Obwald

- EG zum Krankenversicherungsgesetz vom 28.01.1999 (Änderung: Art. 2II, Anspruch auf Prämienverbilligung) vom 21.02.2003, in Kraft ab 01.01.2003, Amtsblatt 2003, Nr. 12, S. 465.

Zürich

- Gesetz über das Gesundheitswesen (Gesundheitsgesetz) vom 04.11.1962 (Änderung: mehreren Paragraphen) (Tritt zusammen mit dem bilateralen Abkommen vom 21.06.1999 über die Freizügigkeit in Kraft) vom 10.03.2003, OS 58 157.
- Verordnung über die Aufsichtskommission der kantonalen Krankenhäuser vom 10.12.1980 (Änderung: § 1, 2 II, III, 3 II, III neu, 4, 5 I, III & IV, 6 II & III, 8 IV & 9 II; § 2 IV aufgehoben), vom 09.07.2003, in Kraft ab 01.07.2003, OS 58 168.

Tous ces textes sont en vigueur/Alle Texte in Kraft.

VI. Déclarations et directives éthiques et professionnelles/ Ethische und berufliche Erklärungen und Richtlinien

International et Etranger / International und Ausländisch

- COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Développement d'une méthodologie dans l'élaboration de lignes directrices pour de meilleures pratiques médicales, *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 39, p. 2045 (paru en allemand in *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 39, p. 2042).

Suisse/Schweiz

- ASSM, Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance. Directives médico-éthiques et recommandations de

l'Académie Suisse des Sciences Médicales, in *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 24, p. 1292 (paru en allemand in *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 24, p. 1281).

- OFFICE FÉD. DE LA SANTÉ PUBL., La déclaration annuelle de manipulations de transplants au sens de l'article 18 alinéa 1 de l'arrêté fédéral sur le contrôle des transplants désormais en ligne, *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 28, p. 1522 (paru en allemand in *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 28, p. 1518).

Jurisprudence/ Rechtsprechung

I. Jurisprudence CEDH (sélection)/ Rechtsprechung EMRK (Auswahl) (<http://www.echr.coe.int>)

- ARCILA HENAO C. PAYS-BAS, décision du 24 juin 2003.

Expulsion vers son pays d'origine d'un délinquant séropositif condamné pour une infraction à la législation sur les stupéfiants. Art. 3 (traitements inhumains) – Même si la situation en Colombie serait moins favorable au requérant, son état de santé ne semble pas avoir atteint un stade avancé ou terminal, et un traitement est en principe disponible en Colombie. Les circonstances de l'espèce ne sont pas exceptionnelles au point qu'une expulsion s'analyserait en un traitement prohibé par l'article 3 – Irrecevable.

- HATTON ET AUTRES C. ROYAUME-UNI, Arrêt de la Grande Chambre du 8 juillet 2003.

Troubles du sommeil des riverains de l'aéroport de Heathrow. Art 8 (respect de la vie privée et familiale, de son domicile) – La Convention ne reconnaît pas expressément le droit à un environnement sain et calme, mais lorsqu'une personne pâtit directement et gravement du bruit ou d'autres formes de pollution, une question peut se poser sous l'angle de l'art. 8. En l'espèce, les autorités n'ont pas dépassé leur marge d'appréciation dans la recherche d'un juste équilibre entre, d'une part, le droit des riverains au respect de leur vie privée et leur domicile, et, d'autre part, les intérêts concurrents d'autrui et de la société. La Cour n'aperçoit par ailleurs aucun vice fondamental dans la procédure ayant abouti à l'adoption de la réglementation sur les vols de nuit – Non violation.

- VAN KÜCK C. ALLEMAGNE, Arrêt de la Cour du 12 juin 2003.

Refus d'une compagnie d'assurance privée de rembourser les frais d'une opération de ré-assignation du genre – Art. 6 § 1 (volet civil, procès équitable – administration et appréciation arbitraires des preuves – Violation – Art. 8 (respect de la vie privée) – Au regard de cette garantie, ce n'est pas le droit au remboursement des frais qui est en cause, mais les conséquences des décisions judiciaires sur le droit de la requérante au respect de l'identité

sexuelle qu'elle s'est choisie. En l'espèce, il apparaît disproportionné d'exiger d'une personne qu'elle prouve la nécessité médicale d'un traitement dans un domaine concernant l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée - Violation.

- Y.F. c. TURQUIE, arrêt de la Cour du 22 juillet 2003.

Examen gynécologique forcé de l'épouse du requérant durant sa détention préventive. Art. 8 (respect de la vie privée). Une intervention médicale forcée, même insignifiante, constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée. Si l'examen médical de détenus peut constituer une importante garantie contre de fausses accusations de violences sexuelles, toute atteinte à l'intégrité physique doit être prévue par la loi et requiert le consentement de l'intéressé. En l'espèce, l'ingérence n'était pas prévue par la loi - Violation.

II. Jurisprudence des juridictions communautaires (sélection)/ Rechtsprechung der Gerichte der EG (Auswahl) (<http://curia.eu.int/fr/index.htm>)

- ASTRAZENECA, aff. C-223/01 - Arrêt de la Cour du 16 octobre 2003.

Médicaments - Autorisation de mise sur le marché d'un médicament générique - Retrait de l'autorisation de mise sur le marché du médicament de référence - Procédure abrégée.

- COMMISSION C. ARTEGODAN et autres, aff. C-39/03 - Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003.

Pourvoi - Directives 65/65/CEE et 75/319/CEE - Médicaments à usage humain - Anorexigènes: amfépramone, clobenzorex, fenproporex, norpseudoéphédrine, phentermine - Retrait d'une autorisation de mise sur le marché - Compétence de la Commission - Conditions de retrait.

- COMMISSION C. FRANCE, aff. C-496/01 - Conclusions de l'Avocat général du 26 juin 2003.

Manquement d'Etat - Libre prestation de services - Droit d'établissement - Régime des laboratoires d'analyses de biologie médicale - Conditions de délivrance des autorisations administratives de fonctionnement - Siège d'exploitation sur le territoire français.

- COMMISSION C. DANEMARK, aff. C-192/01 - Arrêt de la Cour du 23 septembre 2003.

Manquement d'Etat - Articles 28 CE et 30 CE - Interdiction de commercialisation de denrées alimentaires auxquelles des vitamines et des minéraux ont été ajoutés - Justification - Santé publique - Besoin nutritionnel.

- INIZAN, aff. C-56/01 - Arrêt de la Cour du 23 octobre 2003.

Sécurité sociale - Libre prestation des services - Frais d'hospitalisation à engager dans un autre Etat membre - Conditions de prise en charge - Autorisation préalable - Article 22 du règlement (CEE) n° 1408/71 - Validité.

- KOHLPHARMA, aff. C-112/02 - Conclusions de l'Avocat général du 11 septembre 2003.

Articles 28 CE et 30 CE - Médicaments - Autorisation de mise sur le marché - Importation parallèle.

- LEICHTLE C. BUNDESANSTALT FÜR ARBEIT, aff. C-8/02 - Conclusions de l'Avocat général du 10 juillet 2003.

Libre prestation des services - Articles 49 CE et 50 CE - Régime d'assurance maladie des fonctionnaires - Système de remboursement - Cure thermique effectuée dans un autre Etat membre - Autorisation préalable - Critères - Justification.

- TENNAH-DUREZ, aff. C-110/01 - Arrêt de la Cour du 19 juin 2003.

Directive 93/16/CEE - Libre circulation des médecins et reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, certificats et autres titres - Article 23, paragraphe 2 - Conditions de formation requises - Durée de la formation - Prise en compte des périodes de formation reçues dans un pays tiers - Article 9, paragraphe 5 - Certificat attestant que le diplôme sanctionne une formation répondant aux conditions requises - Réexamen des conditions de formation par l'Etat membre d'accueil en vue de la reconnaissance du diplôme.

- VAN DER DUIN, aff. C-156/01 - Arrêt de la Cour du 3 juillet 2003.

Sécurité sociale - Titulaires de pension ou de rente et membres de leur famille résidant dans un Etat membre autre que l'Etat débiteur de la pension ou de la rente - Frais médicaux engagés dans l'Etat membre débiteur de la pension ou de la rente - Conditions de prise

en charge - Etat membre et institution compétents - Articles 21, 22, 28 et 31 du règlement (CEE) n° 1408/71.

- VOGEL, aff. C-35/02 - Ordonnance de la Cour du 17 octobre 2003.

Article 104, paragraphe 3, du règlement de procédure - Liberté d'établissement - Libre prestation des services - Directives 78/686/CEE et 78/687/CEE - Exercice de l'activité de praticien de l'art dentaire par un médecin.

III. Jurisprudence étrangère (sélection)/ Ausländische Rechtsprechung (Auswahl)

Allemagne

- Neue Juristische Wochenschrift, 2003, Heft 28, p. 2012, BGH, Urt. v. 25.3.2003 - VI ZR 131/02 (Koblenz).

Rechtzeitige Aufklärung über Risiken einer Bandscheibenoperation

- Medizinrecht, Heft 8, 2003, p. 457, BGH, Urt. v. 14.3.2003 - 2 StR 239/02 (LG Aachen).

Körperverletzung durch Übertragung von Hepatitis B-Viren bei Operationen StGB §§ 13, 229.

- Medizinrecht, Heft 8, 2003, p. 469, LSG Nordrhein. - Westf., Urt. v. 31.1.2001 - L 10 VS 28/00 (SG Aachen) (nicht rechtskräftig).

Zulässigkeitsvoraussetzungen der Lebensorganspende.

Belgique

- Revue de droit de la santé 2003-2004, n° 1, p. 24, Cour de cassation, 1ère chambre, 3 janvier 2002.

Un infirmier administre un traitement sans faire venir le médecin. Responsabilité de l'hôpital et des médecins.

Etats-Unis

- American Journal of Law & Medicine, 29 (2003), n° 2 & 3, p. 424, Cicio v. Does, 321 F.3d 83 (2d Cir.2003).

Erisa Preemption: Second Circuit Ruling Delivers Potential Blow to HMOs.

- American Journal of Law & Medicine, 29 (2003), n° 2 & 3, p. 427, Scheidler v. National Organization for Women, Inc., 123 S. Ct. 1057 (2003).

Supreme Court: Abortion Protesters Not in Violation of RICO.

France

- Arrêt de la Cour de cassation civile du 1^{er} avril 2003, commenté par P. Jourdain in: Revue trimestrielle de droit civil 2003, p. 506.

Personnes contaminées par le virus de l'hépatite C à l'occasion de transfusions. Reconnaissance d'un préjudice spécifique de contamination.

- Le Dalloz, 2003 n° 33, p. 2265, Cour de Cassation, 1^{re} civ. du 14 janvier 2003.

Le recours de l'établissement de soins contre les débiteurs d'aliments.

- La Semaine Juridique, Edition générale, n° 28 p. 1307, Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2003, SA Polyclinique Le Languedoc c/ Ponrouch et a.; (Juris-Data n° 2003-018900).

Le droit du malade au libre choix de son praticien est un principe fondamental de la législation sanitaire et, aux termes de l'article 11 du décret du 7 août 1995, le médecin qualifié en pédiatrie, dont doit disposer tout établissement ou section d'accouchement, est chargé de l'examen médical du nouveau-né et de l'établissement du certificat de santé obligatoire «sauf recours de la femme à un autre praticien».

IV. Jurisprudence fédérale/ Bundesrechtsprechung

La jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC) est accessible en texte intégral sur internet à l'adresse suivante: <http://www.jaac.admin.ch>. La jurisprudence du Tribunal fédéral est accessible à l'adresse suivante: <http://www.bger.ch/>.

- ATF 129 I 173 - Arrêt du Tribunal fédéral du 12 février 2003, 1^{re} Cour de droit public.

Droit des parents du défunt de déterminer le lieu de sépulture. Protection, après le décès, des droits de la personnalité du défunt. Pesée des intérêts en jeu, protégés par les droits fondamentaux (art. 10, 36 Cst.).

- ATF 129 II 353 - Arrêt du Tribunal fédéral du 26 mai 2003, 2^e Cour de droit public.

Responsabilité subsidiaire du canton pour les lésions post-vaccinales. Sens et portée de l'art. 23 al. 3 LEp. (voir le commentaire de cet arrêt par Christophe Müller dans le présent numéro de la Revue suisse de droit de la santé).

- ATF 129 IV 161 – Arrêt du Tribunal fédéral du 27 février 2003, Cour de cassation pénale.
Conditions de la suspension de l'exécution de la peine au profit d'un traitement ambulatoire. Des chances de succès du traitement qui n'existent qu'à long terme et dans une faible mesure ne suffisent pas.
- ATF 129 IV 172 – Arrêt du Tribunal fédéral du 12 mars 2003, Cour de cassation pénale.
Ablation post mortem d'un stimulateur cardiaque par un employé des pompes funèbres. Atteinte à la paix des morts (art. 262 ch. 1 al. 3 CP).
- ATF 129 V 77 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 24 décembre 2002; RAMA 2-3/2003, p. 57.
Obligation d'assurance des ressortissants étrangers ne bénéficiant pas d'une autorisation de séjour (art. 3 LAMal, 1 OAMal).
- ATF 129 V 80 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 9 décembre 2002.
Prise en charge des traitements dentaires consécutifs à une infirmité congénitale (prognathie inférieure congénitale) admise au regard de l'art. 31 LAMal.
- ATF 129 V 90 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 18 octobre 2002.
Responsabilité d'un époux pour les dettes de cotisations de l'autre époux à sa caisse-maladie (art. 166 CC, 61 LAMal). Modification de l'ATF 119 V 16.
- ATF 129 V 95 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 24 décembre 2002.
Droit aux prestations en cas de suicide ou de tentative de suicide en cas d'incapacité totale de l'assuré (art. 37 LAA, 48 OLAA).
- ATF 129 V 159 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 18 février 2003; RAMA 2-3/2003, p. 79.
Le canton n'est pas habilité à affilier d'office une personne qui l'est déjà ni à affilier avec effet rétroactif celle qui s'affilie tardivement. Seul l'assureur-maladie, à l'exclusion des cantons peut statuer sur la perception d'un supplément de prime en cas d'affiliation tardive. L'enfant domicilié en Suisse de l'employé d'une organisation internationale domicilié à l'étranger ne peut pas être exempté de l'obligation de s'assurer.
- ATF 129 V 167 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 10 janvier 2003; RAMA 2-3/2003, p. 64.
Conditions auxquelles le skin resurfing (traitement au laser de cicatrices défigurantes résultant d'une prolifération acnéique massive) constitue une prestation à charge de l'assurance obligatoire des soins. Portée des listes négatives et positives dans l'assurance-maladie.
- ATF 129 V 177 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 19 décembre 2002.
Examen de la causalité adéquate en cas d'atteinte psychique consécutive à un choc émotionnel (événement traumatisant lié à des actes délictueux) selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie (art. 6 LAA, 9 OLAA).
- ATF 129 V 200 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 18 mars 2003.
Le remboursement des soins à domicile (art. 4 RAI) est lié à la mise en œuvre d'une mesure médicale. Pas de droit à des soins à domicile indépendants de mesures médicales.
- ATF 129 V 207 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 9 avril 2003.
Effets secondaires d'infirmités congénitales dont la prise en charge par l'assurance-invalidité est limitée dans le temps.
- ATF 129 V 267 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 25 février 2003; RAMA 2-3/2003, p. 95.
Surprime en cas de retard d'affiliation perçue sous forme de supplément aux primes mensuelles (art. 5 al. 2 LAMal, 8 al. 1 OAMal). Application par analogie de l'art. 95 LAA (5 ans) pour la durée de la surprime quand une période équivalant au double du retard d'affiliation serait disproportionnée.
- ATF 129 V 275 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 19 février 2003; RAMA 2-3/2003, p. 87.
L'obligation de prise en charge des dysgnathies, à titre de maladies du système de la mastication (art. 31 LAMal), n'existe que si elles sont inévitables. L'art. 17 let. f OPAS contient une liste limitative.
- Arrêt du Tribunal fédéral du 14 octobre 2003, n° 1P561/2002.
Non conformité des Lignes directrices de la Direction de la santé du canton de Zurich

en matière d'interruption volontaire de grossesse avec le Code pénal suisse.

- Arrêt du Tribunal fédéral du 17 mai 2002 (n° 2P.306/2001), in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, n°6/2003, p. 322ss.

Wirtschaftsfreiheit – Gesundheitswesen. Graubünden. Berufsausübungsbewilligung für selbständig praktizierende, nichtärztliche Akupunkteure.

- Arrêt du Tribunal fédéral du 2 novembre 2001 (ATF 128 I 92), in: Journal des Tribunaux n° 5/2003, p. 168ss.

Liberté économique, primauté du droit fédéral, marché intérieur. Modification de la loi zurichoise sur la santé avec l'exigence d'études complètes de psychologie pour exercer à titre indépendant la profession de psychothérapeute sans formation médicale; recours de droit public formé par des organisations professionnelles tendant au contrôle abstrait de la constitutionnalité de cette exigence; recours rejeté par le TF.

- SJ 2003 I 307, du 23 décembre 2002 – ATF 129 IV 119.

Art. 125 CP violation du devoir de diligence. Lésions corporelles par négligence. Devoir de prudence. Distinction entre commission et omission. Fourniture de renseignements inexacts.

- SJ 2003 I 317 – ATF non publié du 08.11.2002 I 431/0.

Renonciation à la garantie du droit d'être entendu. Garantie de la double instance en droit administratif. Formalisme excessif dans le domaine des assurances sociales.

- SJ 2003 I 374 – ATF 129 III 209.

Art. 27 al. 2 CC et 19 et 20 CO protection de la personnalité contre des engagements excessifs.

- RAMA 2-3/2003, p. 62 – Arrêt du TFA du 31 décembre 2002 (K 138/01).

Les frais d'interprète liés à une psychothérapie ne font pas partie des prestations obligatoires de l'assurance-maladie.

- RAMA 2-3/2003, p. 74 – Arrêt du TFA du 6 février 2003 (K 58/02).

Lorsque le médecin scolaire recommande un médecin tiers pour le traitement, la personne assurée soumise au modèle du méde-

cin de famille doit consulter ce dernier avant le début du traitement.

- RAMA 4/2003, p. 175 – Décision du Conseil fédéral du 16 avril 2003.

Recevabilité d'un recours interjeté auprès du Département fédéral de l'intérieur contre les décisions de l'Office fédéral des assurances sociales en matière de liste des spécialités.

- RAMA 5/2003, p. 213 – Arrêt du TFA du 17 avril 2003 (K 121/02).

La fixation, par le Conseil fédéral, des limites maximales pour les franchises à option (art. 95, al. 2, let. d OAMal) est conforme à la loi.

- RAMA 5/2003, p. 227 – Arrêt du TFA du 23 juin 2003 (K 99/02).

En matière de procédure administrative, de simples relevés des participations aux coûts ou des décomptes de prestations ne sont pas propres à fournir une preuve recevable de l'existence et de l'étendue des créances faisant l'objet de la poursuite, pour pouvoir en obtenir la mainlevée définitive.

- RAMA 5/2003, p. 229 – Arrêt du TFA du 23 juin 2003 (K 102/02).

L'assureur-maladie n'est pas tenu de rembourser un traitement effectué à l'étranger (dans le cas d'espèce en Allemagne) lorsqu'un traitement efficace et approprié est garanti en Suisse.

- RAMA 5/2003, p. 234 – Arrêt du TFA du 24 juin 2003 (K 77/01).

Lorsque plusieurs lieux de traitement situés hors du canton de résidence entrent en ligne de compte du point de vue de l'adéquation, il faut choisir en principe celui qui se trouve sur la liste des hôpitaux du canton de résidence de la personne assurée.

- RAMA 5/2003, p. 240 – Arrêt du TFA du 18 juin 2003 (K 141/01 et K 146/01).

La définition de la notion de traitement psychothérapeutique délégué exige qu'il existe un rapport de subordination essentiel de droit ou de fait pour qu'il puisse être reconnu comme étant une prestation obligatoire.

- Revue jurassienne de jurisprudence 2002, p. 312 – Arrêt du Tribunal fédéral du 15 mai 2001, II^e Cour de droit public (2P.238/2000).

Médecin porteur d'un diplôme étranger autorisé à pratiquer la médecine sur une partie limitée du canton.

- Die Praxis, Heft 8/2003, Nr. 151 p. 815 (= BGE 128 V 102) – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 29 avril 2002.

Art. 19 al. 2 let. c et al. 3 LAI; art. 8ter al. 2 RAI: Liste des mesures de nature pédagogique, conforme à la loi et à la Constitution.

- Die Praxis, Heft 8/2003, Nr. 152 p. 821 (= BGE 129 V 217) – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 11 juin 2002.

Art. 19 et 51 LAI; art. 9 et 9bis RAI: Droit aux indemnités particulières pour les transports liés à des mesures pédagogiques permettant la fréquentation de l'école publique.

- sic! 6/2003, p. 500 «Rivitol/Rimostil» – Eidgenössische Rekurskommission für geistiges Eigentum vom 4. April 2003.

Beurteilung der Verwechselungsgefahr bei Pharmamarken nach allgemeingültigen Grundsätzen.

V. Jurisprudence cantonale/ Kantonale Rechtsprechung

Aarau

- AGVE 2002 Nr 35 S. 111 – Entscheid des Versicherungsgerichts, 4. Kammer, vom 15. Oktober 2002.

Im Beschwerdeverfahren betreffend Prämienvorbilligung hat die Sozialversicherungsanstalt als unterliegende Partei keine Verfahrenskosten zu tragen (§ 31 Abs. 4 EG KVG, § 33 Abs. 2 und § 35 Abs. 1 VRPG).

- AGVE 2002 Nr 37 S. 115 – Entscheid des Versicherungsgerichts, 4. Kammer, vom 26. November 2002.

Möglichkeit der Nachvergütung von Prämienvorbilligungsbeiträgen bei wesentlicher Reduktion des Erwerbseinkommens über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten; zu beachtende Fristen (§§ 17 Abs. 4 und 5 EG KVG).

- AGVE 2002 Nr 58 S. 191 – Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 12. März 2002.

Probeweise Entlassung; Nichteinhalten von Weisungen.

- AGVE 2002 Nr. 59 – Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 9. Juli 2002.

Anstaltseinweisung eines Unmündigen; Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts; Beschwerdelegitimation.

- AGVE 2002 Nr 60 S. 196 – Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 24. September 2002.

Zwangsmassnahme, Abgrenzung freiwillig Medikation/Zwangsmedikation.

- AGVE 2002 Nr 61 S. 200 – Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 6. Februar 2002.

Einweisung zur Untersuchung; Abklärungsauftrag; Zwangsmassnahmen grundsätzlich nicht zulässig.

- AGVE 2002 Nr. 62 S. 201 – Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 12. März 2002.

Anstalt; ambulante Behandlung.

- AGVE 2002 Nr 158 S. 687 – Entscheid des Regierungsrates vom 20. November 2002.

Herausgabe der Krankengeschichte.

Graubünden

- PVG-GR 2002, Nr 6/8 – Urteil des Verwaltungsgerichts vom 3. Mai 2002, Nr S 02 69 (eine Beschwerde vor dem EVG ist hängig).

Taggelder der Krankenversicherung: der Versicherer darf auch bei Vorliegen eines Arztzeugnisses weitere Abklärungen über die Dauer und den Grad der Arbeitsunfähigkeit anstellen.

- PVG-GR 2002, Nr 6/9 – Urteil des Verwaltungsgerichts vom 3. Mai 2002, Nr S 01 260.

Verlangt eine versicherte Person, der die Einstellung von Leistungen in Aussicht gestellt worden ist, eine anfechtbare Verfügung und kommt die Versicherung ohne besondere Gründe dem Begehren nur mit grosser Verzögerung nach, so kann die Einstellung frühestens im Zeitpunkt wirksam werden, zu dem die Verfügung ergeht.

- PVG-GR 2002, Nr 6/10 – Urteil des Verwaltungsgerichts vom 16. April 2002, Nr S 02 23.

Assicurazione malattia. Costi della degenza ospedaliera a carico dell'assicurato giusta l'art. 64 cpv. 5 LAMal e l'art. 104 OAMal. Interpretazione delle nozioni di «famiglia» et di «oneri di famiglia».

- PVG-GR 2002, Nr 7/19 – Urteil des Verwaltungsgerichts vom 16. April 2002, Nr U 01 132.

Grundrecht auf Existenzsicherung. Ambulante Drogenentziehungskur. Die tatsächlich anfallenden Kostenbeteiligungen für die gesetzlich gewährleisteten Leistungen der Krankenkassen müssen zum Existenzbedarf angerechnet werden. Dafür zu erbringende Kostenbeteiligungen sind vom unterstützungspflichtigen Gemeinwesen zu tragen.

Jura

- RJJ 2002, p. 317 – Arrêt de la Cour pénale du 20 juin 2002 en la cause Jean-Pierre P. c/ Nicolas D.
Adjudication en principe de l'action civile et renvoi au juge civil. Refus du juge pénal de faire application du privilège de l'article 44 al. 2 LAA. Notion de l'accident professionnel. Recevabilité de l'appel.

Luzern

- LU LGVE 2002 III Nr.15 – (30. April 2002, Nr. 262).
Befreiung vom ärztlichen Berufsgeheimnis. Artikel 321 StGB; § 22 GesG. Für die Entscheidung über die Frage der Entbindung vom ärztlichen Berufsgeheimnis hat eine Interessenabwägung stattzufinden, wobei das Interesse des Patienten oder der Patientin an der Wahrung des Geheimnisses dem persönlichen Interesse des Arztes oder der Ärztin an dessen Offenbarung gegenüberzustellen ist. Dabei rechtfertigt nur ein deutlich höheres öffentliches oder privates Interesse die Befreiung.

Neuchâtel

- RJN 2002, p. 307 – Décision du Département de la justice, de la santé et de la sécurité du 27 août 2002 en la cause C. c./ Service de la Santé publique et de la sécurité.
Prise en charge des frais d'hospitalisation hors cantons – conditions; notion de convenance personnelle.
- RJN 2002, p. 312 – Arrêt du Tribunal administratif du 21 mai 2002 en la cause R. c. X. Assurances.
Réduction des prestations de l'assurance-accidents pour cause d'ivresse au volant.

Schwyz

- EGV-SZ 2002, Nr B.3.1 – Urteil des Verwaltungsgerichts vom 17. April 2002, Nr VGE 473/01 (bestätigt durch Urteil U 178/02 des EVG vom 7. Februar 2003).
Vorliegen eines Unfalles verneint bei Kompressionschäden (Muskelnekrose) herbeigeführt durch zwei- bis dreitägiges Liegen auf Unterarm nach der Einnahme von verschiedenen Drogen.

- EGV-SZ 2002, Nr B.14.1 – Urteil des Verwaltungsgerichts vom 9. August 2002, Nr VGE 827/02.
Staatshaftung nach Art. 429a ZGB (fürsorgerische Freiheitsentziehung, FFE): Haftungs Voraussetzungen; Verjährung; Zulässigkeit einer FFE-Einweisung zum Zweck einer medizinischen Abklärung; keine Diagnose zur FFE-Einweisung erforderlich; Beurteilung der Notwendigkeit einer FFE-Einweisung nach Massgabe eines besonnenen Menschen.

Thurgau

- TVR-TG 2002, Nr 43 – Entscheid vom 27. November 2002.
KVG Art. 31, KLV Art. 17. Zahnärztliche Behandlung zu Lasten der Grundversicherung. Aufgrund des Vertrages der Santé Suisse mit den beiden Kantonen Appenzell, können (auch) kantonale approbierte Zahnärzte, in Notfällen, den Krankenversicherern Rechnung stellen. Eine Notfallbehandlung liegt nicht vor, wenn der Zahnarzt erst am Folgetag der Schmerzen aufgesucht wird. Die Behandlung eines externen Granuloms fällt nicht unter den Leistungskatalog gemäss Art. 17 KLV.
- TVR-TG 2002, Nr 44 – Entscheid vom 20. November 2002.
UVG Art. 37 Abs. 3, UVV Art. 49 Abs 2 lit. A. Leistungsverweigerung bei Beteiligung an einem Bandenkrieg.

Zürich

- RBVG-ZH 2002, Nr 59 – Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 21. März 2002, Nr VB.2002.00040.
Die nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 1998 (RBVG-ZH 1998, Nr 80) bei der Gesundheitsdirektion eingereichten und noch nicht behandelten, mit Verfügung vom 17. September 1999 sistierten Gesuche um Erteilung einer Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke dürfen bis spätestens zum Abschluss des laufenden Gesetzgebungsverfahrens betreffend die Neuregelung der Selbstdispensation weiterhin sistiert bleiben.
- RBVG-ZH 2002, Nr 60 – Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 20. Juni 2002, Nr VB.2002.00068.
Wird ein Gesuch um Bewilligung einer selbständigen Berufstätigkeit nur wenige Tage vor Inkrafttreten einer Gesetzesrevision eingereicht, so sind die neuen Bestimmungen anwendbar.

Doctrines/ Lehre

I. Doctrine internationale et étrangère (sélection)/ Internationale und ausländische Lehre (Auswahl)

(cette liste est établie à partir de sources diverses; les modes de citation peuvent dès lors varier)

Articles/ Aufsätze

Agents thérapeutiques, dispositifs médicaux

- ALTAVILLA A., GIOCANTI D., La responsabilité des produits défectueux dans l'Union européenne: conséquences pour le secteur de la santé après l'arrêt du 10 mai 2001 de la Cour de justice des Communautés européennes, *Médecine & droit*, 2003, n° 61, p. 123.
- BAUMEVILLE M., MAURAIN C., L'évaluation de la pharmacodépendance: sécurité sanitaire et processus décisionnel, *Revue de droit sanitaire et social*, 2003, n° 3, p. 400.
- DEGROTE D., BENAICHE I., Responsabilité civile du fait d'un produit de santé défectueux: nouvelles perspectives au regard des arrêts du 25 avril 2002 de la Cour de justice des communautés européennes, *Médecine & droit*, 2003, n° 60, p. 73.
- MEGERLIN F., Pharmacie et Internet: retour sur les nouvelles frontières de l'exercice illégal, *Revue de droit sanitaire et social*, 2003, n° 2, p. 231.
- NEYRET L., Vaccination contre l'hépatite B.: fin du débat judiciaire?, *Le Dalloz*, 2003, n° 38, p. 2579.
- ZARDI M., Les certificats complémentaires de protection: l'exception du Liechtenstein, *sic!*, 6/2003, p. 546.
- FEIN R., Universal health insurance - let the debate resume, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 818.
- GRAISELY B., HAERTIG A., Convention du 19 septembre 2001 visant à améliorer l'accès à l'assurance des personnes présentant un risque de santé aggravé: commentaires et perspectives, *Médecine & droit*, 2003, n° 61, p. 105.
- LAGRAVE M., Etat et assurance maladie, *Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine*, 2003, Tome 187, n° 3, p. 569.
- MCWILLIAMS J. M., ZASLAVSKY A. M., MEARA E. and al., Impact of Medicare coverage on basic clinical services for previously uninsured adults, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 757.
- THE PHYSICIANS' WORKING GROUP FOR SINGLE-PAYER NATIONAL HEALTH INSURANCE, Proposal of the working group for single-payer national health insurance, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 798.

Droits des patients, droit de la personnalité

- AUKTOR C., Der Chipkartenboykott - ein legitimes Mittel der Ärzte im Streit mit Krankenkassen? *Medizinrecht*, Heft 9, 2003, p. 503.
- BONNEAU J., L'accès au dossier médical, *Gazette du Palais*, mai-juin 2003, p. 1365.
- BONNEAU J., La raison proportionnée en droit médical ou l'empirisme logique, le refus de soins et ses limites, *Gazette du Palais*, mai-juin 2003, p. 1470.
- CASE P., Confidential matters: The rise and fall of informational autonomy in medical law, *Medical Law Review*, vol. 11 n° 2, Summer 2003, p. 208.
- FALLBERG L., Consequences of the Amsterdam Declaration - A rights revolution in Europe?, *European Journal of Health Law*, 2003, vol. 10, n° 1, p. 5.
- LECA A., Les droits des personnes soignées en fin de vie, *Revue de la recherche juridique*, 3003-2 (vol. 1), p. 825.
- MAND E., Datenschutz in Medizinnetzen, *Medizinrecht*, Heft 7, 2003, p. 393.

Assurances sociales

- BOUMEDIENE M., L'évolution de la protection des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles: de la logique assurantielle à la logique solidaire, *Revue de droit sanitaire et social*, 2003, n° 2, p. 283.

- MASUDA Y., FETTERS M.D., HATTARI A. and al., Physician's reports on the impact of living wills at the end of life in Japan, *Journal of Medical Ethics*, 29 (2003), p. 248.
- MAZUR D.J., Influence of the law on risk and informed consent, *British Medical Journal*, 327 (2003), p. 731.
- PELLERIN D., Rapport sur la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des maladies et à la qualité du système de santé, *Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine*, 2003, Tome 187, n° 5, p. 997.
- PHILIPPE C., La viabilité... encore (à propos d'un projet de loi tendant à assurer la protection de l'enfant à naître), *Revue de droit sanitaire et social*, 2003, n° 2, p. 316.
- ROGERS W.A., DRAPER H., Confidentiality and the ethics of medical ethics, *Journal of Medical Ethics*, 29 (2003), p. 220.
- SCHMIDT-RECLA A., Rechtliche Probleme bei der ärztlichen Versorgung obdachloser Patienten?, *Medizinrecht*, Heft 8, 2003, p. 438.
- STACKMANN N., Rechtliche Probleme der Behandlung Schwerkranken und Sterbender, *Medizinrecht*, Heft 9, 2003, p. 490.
- STRÄTLING M., SEDEMUND-ADIB B., SCHARF V.E., SCHMUCKER P., Gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen von Patientenverfügungen, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n° 8, août 2003, p. 289.
- SUGARMAN J., Informed consent, shared decision-making, and complementary and alternative medicine, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2003, p. 247.
- SZASZ T., Psychiatry and the control of dangerousness on the apotropaic function of the term «mental illness», *Journal of Medical Ethics*, 29 (2003), p. 227.
- WEITZ M., DRUMMOND N., PRINGLE D. and al., In whose interest? Current issues in communicating personal health information: A Canadian perspective, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2003, p. 292.
- YACOB O., L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique à l'épreuve du référé-liberté (ou le refus de soins, liberté fondamentale), *Gazette du Palais*, mars-avril 2003, p. 772.

Ethique biomédicale

- DELMAS-MARTY M., Faut-il interdire le clonage humain?, *Le Dalloz*, 2003, n° 37, p. 2517.
 - Festschrift edition of the *Journal of Medical Ethics* in honour of Raanan Gillon, *Journal of Medical Ethics*, 29 (2003), p. 265-312; notamment: SOMMERVILLE A., Juggling law, ethics, and intuition: practical answers to awkward questions, p. 281.
 - MIETH D., Biomedizinische Ethik und Recht im Islam in Christlich-ethischer Sicht, in: *Mieth D., Pabud de Mortganges R., Recht-Ethik-Religion, Der Spannungsbogen für aktuelle Fragen, historische Vorgaben und bleibende Probleme*, Luzern 2002, p. 196.
 - MISTRETTA P., Le projet de loi relatif à la bioéthique, *La Semaine Juridique*, n° 25, 18 juin 2003, p. 1125.
 - SEELMANN K., Menschenwürde und Embryonen, in: *Maio G., Just H. (Hrsg.), Die Forschung an embryonalen Stammzellen in ethischer und rechtlicher Perspektiv*, Baden-Baden 2003, p. 156.
 - TURNER L., Bioethics in a multicultural world: Medicine and morality in pluralistic settings, *Health Care Analysis*, 2003, vol. 11, n° 2, p. 99.
- ## Euthanasie
- COOK D., ROCKER G., MARSHALL J. and al., Withdrawal of mechanical ventilation in anticipation of death in the intensive care unit, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 1123.
 - DRAZEN J. M., Decisions at the end of life, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 1009.
 - GANZINI L., GOY E. R., MILLER L. L. and al., Nurses' experiences with hospice patients who refuse food and fluids to hasten death, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 359-365.
 - JACOBS S., Death by voluntary deshydration - What the caregivers say, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 325.
 - KNOPP L., Aktive Sterbehilfe - Europäische Entwicklungen und Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus verfassungsrechtlicher Sicht, *Medizinrecht*, Heft 7, 2003, p. 379.

- KUNIN J. Withholding artificial feeding from the severely demented merciful or immoral? Contrasts between secular and Jewish perspectives, *Journal of Medical Ethics*, 29 (2003), p. 208.
 - NARAYAN-FOURMENT H., L'euthanasie active: la position prudente de la Cour européenne des droits de l'homme, *Médecine & droit*, 2003, n° 60, p. 98.
 - ONWUTEAKA-PHILIPSEN B.D., VAN DER HEIDE A., KOPER D. and al., Euthanasia and other end-of-life decisions in the Netherlands in 1990, 1995, and 2001, *Lancet* 362 (2003), p. 395.
 - ROCKER G. M., CURTIS J. R., Caring for the dying in the intensive care unit, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 820.
 - SELWYN P.A., FORSTEIN M., Overcoming the false dichotomy of curative vs palliative care for later-stage HIV/AIDS, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 806.
 - SOMMACCO V., Euthanasie: peut-on reconnaître un «droit à la mort»? *Revue générale de droit médical*, 2003, n° 9, p. 167.
 - SPRUNG C. L., COHEN S. L., SJOKVIST P. and al., End-of-life practices in European intensive care units. The Ethicus study, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 790.
 - STRÄTLING M., LIPP V., MAY A.T., KUTZER K., GLOGNER P., SCHLAUDRAFF U., Passive und indirekte Sterbehilfe – Eine praxisorientierte Analyse des Regelungsbedarfs gesetzlicher Rahmenbedingungen in Deutschland. Empfehlungen einer interdisziplinären Arbeitsgruppe in der Akademie für Ethik in der Medizin, *Medizinrecht*, Heft 9, 2003, p. 483.
 - VAN DER HEIDE A. S., DELIENS L., FAISST K. and al., End-of-life decision-making in six European countries: descriptive study, *Lancet* 362 (2001), p. 345.
- Exercice des professions de la santé, politique professionnelle**
- ALEXANDER G. C., CASALINO L. P., MELZER D. O., Patient-physician communication about out-of-pocket costs, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 953.
 - GEBHARDT D.O.E., MRSA in the Netherlands: preventive measure raises a moral issue, *Journal of Medical Ethics*, 29 (2003), p. 212.
 - PÉRIER M., Le secret médical à l'épreuve de la loyauté contractuelle en assurances de personne: un tournant décisif?, *Gazette du Palais*, juillet-août 2003, p. 2138.
 - TSAI A.C., Policies to regulate gifts to physicians from industry, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 1776.
 - WILLIAMS M., State ballot initiatives for health care reform, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 1775.
- Famille et santé**
- MONEGER E., L'accouchement sous X devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire Odièvre c/France, *Revue de droit sanitaire et social*, 2003, n° 2, p. 219.
- Génétique humaine et biotechnologies**
- BECKAM L., Human dignity and legal reactions to reproductive cloning: is the principle too vague?, *Human Reproduction and Genetic Ethics*, Vol. 9, n° 2, (2003), p. 24.
 - DALEY J. Q., Cloning and stem cells – handicapping the political and scientific debates, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 211.
 - DRAZEN J. M., Legislative myopia on stem cells, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 300.
 - HENRY M., CHO M., WEAVER M., MERZ J., A pilot study on the licensing of DNA inventions, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2003, p. 442.
 - HOLM S., Regulating stem cell research in Europe by the back door, *Journal of Medical Ethics*, 29 (2003), p.203.
 - KLUGE E.-H. W., Patenting human genes: When economic interests trump logic and ethics, *Health Care Analysis*, 2003, vol. 11, n° 2, p. 119.
 - ROSENTHAL N., Prometheus's vulture and the stem-cell promise, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 267.

- SCHULZ S. F., Klonen an den Grenzen strafrechtlicher Wissenschaftsordnung, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n° 10, octobre 2003, p. 362.
- SPRANGER T.M., Internationalisierung im Recht der Bio- und Gentechnologie – kreativ oder kontraproduktiv?, in: *Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen*, Hamburg 2002, p. 199.
- WINIKOFF D.E., WINIKOFF R.N., The charitable trust as a model for genomic biobank, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 1180.
- WOLF S., KAHN J., WAGNER J., Using preimplantation genetic diagnosis to create a stem cell donor: Issues, guidelines & limits, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2003, p. 327.
- WRIGHT CLAYTON E., Ethical, legal, and social implications of genomic medicine, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 562.

Médecine légale

- CHIDIAC A., Contentieux liés à l'hépatite C : faut-il adapter la mission de l'expert judiciaire?, *Gazette du Palais*, juillet-août 2003, p. 2203.
- DEUTSCH E., Die Spätabtreibung als juristisches Problem, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n° 9, septembre 2003, p. 332.
- STOVER E., HAGLUND W., SAMUELS M., Exhumation of mass graves in Iraq. Considerations for forensic investigations, humanitarian needs, and the demands of Justice, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 663.

Mesures médicales spéciales

- FOSTER A. M., VAN DIS J., STEINAUER J., Educational and legislative initiatives affecting residency training in abortion, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 1777.
- MENDELSON D., STOFZFUS J., A comparative study of the law of palliative care and end-of-life treatment, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2003, p. 130.

Nouvelles techniques de l'information et santé

- BATES D.W., GAWANDE A.A., Improving safety with information technology, *New England Journal of Medicine*, 348 (2003), p. 2526.

Personnes âgées et santé

- RIEHM-COGNÉE A., KESSLER F., Une nouvelle réforme pour rien de l'aide aux personnes âgées dépendantes, *Revue de droit sanitaire et social*, 2003, n° 3, p. 514.

Procréation médicalement assistée

- BRAUDE P., MUHAMMED S., ABC of subfertility, assisted conception and the law in the United Kingdom, *British Medical Journal*, 327 (2003), p. 978.
- EIBACH U., Präimplantationsdiagnostik (PID) – Grundsätzliche ethische und rechtliche Probleme, *Medizinrecht*, Heft 8, 2003, p. 441.
- LÜBBE W., Das Problem der Behindertenselektion bei der pränatalen Diagnostik und der Präimplantationsdiagnostik, *Ethik in der Medizin*, Bd. 15 n° 3, 2003, p. 203.

- SCHREIBER H.L., Die Würde des Menschen – eine rechtliche Fiktion? Bemerkungen zur Reichweite des Menschenwürdeprinzips in der Diskussion über Embryonenforschung, Klonen und Präimplantationsdiagnostik, *Medizinrecht*, Heft 7, 2003, p. 367.

Recherche biomédicale

- CASABONA C.M.R., La recherche et la thérapie avec des cellules souches embryonnaires. Quel est le cadre juridique pour l'Europe, *Revue générale de droit médical*, 2003, n° 9, p. 151.
- DICKERSIN K., RENNIE D., Registering clinical trials, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 516.
- FYLKESNES K., KNAG FYLKESNES T., Informed consent as part and parcel of the scientific inquiry, *Lancet* 361 (2003), p. 2171.
- KASS N., NATOWICZ M., HULL S. and al., The use of medical records in research: What do patients want?, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2003, p. 429.
- PUIGELIER C., Droit, réalité et science, *Revue générale de droit médical*, 2003, n° 9, p. 133.
- ROUËSSÉ J., Rapport sur l'encadrement législatif des recherches biomédicales chez l'homme à

l'occasion de la transposition dans le droit français de la directive européenne, *Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine*, 2003, Tome 187, n° 5, p. 1001.

- SCOTT L., Research-related injury: problems and solutions, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2003, 419.
- SEELMANN K., Paternalismus und Solidarität bei der Forschung am Menschen, in: *Strafrecht - Biorecht - Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2003, p. 853.
- SPICKER S., La résurgence de l'éthique de recherche biomédicale, *Revue générale de droit médical*, 2003, n° 9, p. 183.
- STAESSEN J. A., BIANCHI G., Registration of trials and protocols, *Lancet* 362 (2003), p. 1009.
- STEINBROOK R., Trial design and patient safety - The debate continues, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 629.
- TUNIS S. B., STRYER D.B., CLANCY C.M., Practical clinical trials increasing the value of clinical research for decision making in clinical and health policy, *Journal of American Medical Association*, 290 (2003), p. 1624.
- VORBRODT STELZER S., Hat die Stammzellenforschung in Österreich eine Chance?, in: *Selbstbestimmung und Recht, Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag*, 2003, p. 245.
- COELHO J., La nouvelle configuration de l'indemnisation des conséquences des risques sanitaires: distinction entre responsabilité et solidarité, *Revue générale de droit médical*, 2003, n° 9, p. 31.
- DORSNER-DOLIVET A., L'indemnisation des dommages médicaux après la loi Kouchner, *Revue générale de droit médical*, 2003, n° 9, p. 47.
- DUBOIS L., Assurance privée et responsabilité médicale, *Revue de droit sanitaire et social*, 2003, n° 3, p. 353.
- GARAY A., La responsabilité des médecins urgentistes dans la prise en charge des enfants, *Gazette du Palais*, mai-juin 2003, p. 1355.
- GRIMALDI J., Réparation du dommage corporel: obsolescence des barèmes de capitalisation et liberté du juge, *Gazette du Palais*, mai-juin 2003, p. 1580.
- LAUFS A., Der mündige, aber leichtsinnige Patient, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, Heft 32, p. 2288.
- MARAIS A., Maladies génétiques: apparition d'une nouvelle responsabilité civile familiale?, *Le Dalloz*, 2003, n° 34, p. 2315.
- MARCOS A., La double dimension de la faute en responsabilité médicale (commentaire de l'arrêt C.A. Amiens, 1^{re} ch., 11 octobre 2001, Gomez c. Vuillieme et autres), *Médecine & droit*, 2003, n° 59, p. 49.
- MARCOS A., La maladresse, essai de qualification en droit d'une notion a-juridique, *Revue générale de droit médical*, 2003, n° 9, p. 83.
- MATHIEU B., De la difficulté de choisir entre la liberté et la vie, *Revue générale de droit médical*, 2003, n° 9, p. 97.
- MISTRETTA P., L'indemnisation des victimes du vaccin contre l'hépatite B: conditions de la responsabilité du fabricant, *La Semaine Juridique*, n° 43-44, 22 octobre 2003, p. 1873.
- MOQUET-ANGER M.L., Chronique de responsabilité médicale à l'hôpital, *Médecine & droit*, 2003, n° 61, p. 115.
- MORRIS A., SAINTIER S., To be or not to be: Is that the question? Wrongful life and misconcep-

Responsabilité médicale

- AYLIN P., BEST N., BOTTLE A. and al., Following Shipman. A pilot system for monitoring mortality rates in primary care, *Lancet* 362 (2003), p. 485.
- BERWICK D.M., Errors today and errors tomorrow, *New England Journal of Medicine*, 348 (2003), p. 2570.
- BOU C., Les apports de la loi du 4 mars 2002 concernant l'indemnisation des accidents médicaux, *Gazette du Palais*, mai-juin 2003, p. 1537.
- CAREGHI J.-C., Une responsabilité civile médicale a-t-elle existé dans l'ancien droit français (XVI^e-XVIII^e siècles)?, *Revue de la recherche juridique*, 2003-2 (vol. 1), p. 835.

tions, *Medical Law Review*, vol. 11 n° 2, Summer 2003, p. 167.

- MUELLER Ch., La perte d'une chance médicale en droits comparé et suisse, *Revue générale de droit médical*, 2003, n° 9, p. 105.
- PETITAT V., De erkenning van feiten en van fouten door een arts-verzekerde na een schadegeval: when sorry seems to be the hardest word?, *Revue de droit de la santé*, 2002-2003, n° 5, p. 306.

HIV/SIDA, lutte contre les épidémies

- AYLWARD R. B., ACHARYA A., ENGLAND S. and al., Global health goals: lessons from the worldwide effort to eradicate poliomyelitis, *Lancet* 362 (2003), p. 909.
- BERKLEY S., Thorny issues in the ethics of AIDS vaccine trials, *Lancet* 362 (2003), p. 992.
- CAYLA J.-S., Déclaration aux autorités sanitaires des malades atteints de certaines maladies transmissibles, *Revue de droit sanitaire et social*, 2003, n° 3, p. 391.
- JAGGY C., VON OVERBECK J., LEDERGERBER B. and al., Mortality in the Swiss HIV Cohort Study (SHCS) and the Swiss general population, *Lancet* 362 (2003), p. 877.

Système de santé, politique de la santé

- BOBINSKI M.A., Health disparities and the law: Wrongs in search of a right, *American Journal of Law & Medicine*, 29 (2003), n° 2 & 3, p. 363.
- CUTLER D.M., Disability and the future of Medicare, *New England Journal of Medicine*, 348 (2003), p. 1084.
- DETSKY A.S., NAYLOR D., Canada's health care system - reform delayed, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 804.
- GRELIER-LENAIN C., La nouvelle recommandation du BVP - Allégations santé, *Gazette du Palais*, mai-juin 2003, p. 1441.
- JACOBI J.V., Parity and difference: The value of parity legislation for the seriously mentally ill, *American Journal of Law & Medicine*, 29 (2003), n° 2 & 3, p. 185.

- JOS P., PERLMUTTER M., MARSHALL M., Substance abuse during pregnancy: clinical and public health approaches, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2003, p. 340.

- LISS P.-E., The significance of the goal of health care for the setting of priorities, *Health Care Analysis*, 2003, vol. 11, n° 2, p. 161.

- MACKENBACH J. P., BAKKER M.J., For the European network on interventions and policies to reduce inequalities in health, tackling socioeconomic inequalities in health: analysis of European experiences, *Lancet* 362 (2003), p. 1409.

- MERRICK J.C., Spiritual healing, sick kids and the law: Inequities in the American healthcare system, *American Journal of Law & Medicine*, 29 (2003), n° 2 & 3, p. 269.

- TEITELBAUM J., ROSENBAUM S., Medical care as a public accommodation: Moving the discussion to race, *American Journal of Law & Medicine*, 29 (2003), n° 2 & 3, p. 381.

- TRUBEK L. G., DAS M., Achieving equality: Healthcare governance in transition, *American Journal of Law & Medicine*, 29 (2003), n° 2 & 3, p. 395.

- VILLENEUVE P., Présentation de l'ordonnance portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé. Ord. N° 2003-580, 4 septembre 2003, *La Semaine Juridique*, n° 42, 15 octobre 2003, p. 1809.

- WOOLHANDLER S., CAMPBELL T., HIMMELSTEIN D.U., Costs of health care administration in the United States and Canada, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 768.

Transplantations

- GALEA G., PEGG D., The ethics of donation: changes are necessary and soon, *Lancet* 362 (2003), p. 932.

- LANGONE A.J., HELDERMAN J.H., Disparity between solid-organ supply and donation, *New England Journal of Medicine*, 349 (2003), p. 704-706.

- SURMAN O. S., HERTL M., Liver donation: donor safety comes first, *Lancet* 362 (2003), p. 674.

- UMESHITA K., FUJIWARA K., KIYOSAWA K. and al., Operative mortality of living donors in Japan, *Lancet* 362 (2003), p. 687.

Ouvrages et Monographies/ Bücher und Monographien

- AIGNER G. et al. (éd.), *Handbuch Medizinrecht für die Praxis*, Wien 2003.
- BARTLETT P., SANDLAND R., *Mental health law, policy and practice*, 2nd ed, New York 2003.
- BEYLEVELD D., BROWNWORD R., *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford 2001.
- CALLENS S. (ed.), *E-Health and the law*, The Hague 2003.
- COULTER A., MAGEE H. (ed.), *The European patient of the future*, Maidenhead, Philadelphia 2003.
- DAWSON J., PEART N. (ed.), *The law of research, a guide*, Dunedin 2003.
- DREIFUSS-NETTER F., *Le clonage humain*, La documentation française, Paris 2003.
- GRAPHOS-CNRS, *Les modalités de définition des objectifs et stratégies de santé*, tomes I et II, Lyon 2003.
- GUILLAUME-HOFNUNG M., *Droits des malades: vers une démocratie sanitaire?*, La Documentation française, Paris 2003.
- *La responsabilité. Aspects nouveaux*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome L/1999, Paris, 2003 (contient une quinzaine de rapports nationaux et un rapport général sur la responsabilité médicale).
- SEELMANN K., KAWAGUCHI H. (éd.), *Rechtliche und ethische Fragen der Transplantations-technologie in einem interkulturellen Vergleich, Beiheft 86 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie*, Wiesbaden 2003.
- COULLERY P., Der Leistungskatalog der sozialen Krankenversicherung und seine verfassungsrechtliche Vernetzung, *SZS*, 5 (2003), p. 375.
- DUC J.-L., Commentaire de jurisprudence: Statut des assurés séjournant dans un établissement médico-social ne figurant pas dans les listes de l'article 39 alinéa 1 lettres d et e, applicable par analogie dans le cadre de l'article 39 alinéa 3 LAMal (TFA, arrêt du 30.07.03, M. P., K 67/02), *AJP/PJA*, 10/2003, p. 1243.
- EUGSTER G., ATSG und Krankenversicherung: Streifzug durch Art. 1-55 ATSG, *SZS*, 3 (2003), p. 213.
- GONSETH D., Les lésions assimilées selon l'article 9.2 OLAA, Un problème médico-juridique évolutif, *Courrier du Médecin Vaudois*, 4/2003, p. 6.
- KIESER U., Die Bedeutung des krankenversicherungsrechtlichen Tarifschutzes im stationären Bereich, *SZS*, 5 (2003), p. 419.
- KNÜSEL R., Assurance-maladie: les enjeux autour de la concurrence, *Aspects de la sécurité sociale*, 2003, n° 3, p. 12.
- KOTTMANN H., Tarif des analyses et communautés de laboratoire, *Sécurité sociale*, 2003, n° 5, p. 296.
- ROCHAT C.-L., Révision LAMal. Nouveau rôle pour les cliniques privées, nouveau rôle pour l'Etat, *Courrier du Médecin Vaudois*, 5/2003, p. 10.

Droits des patients, droit de la personnalité

- ABRECHT B., Les conditions du placement à des fins d'assistance, *Revue du droit de tutelle*, 2003, p. 338.
- BIEDERMANN D., La LHand mettra-t-elle fin à la discrimination des personnes handicapées?, *Sécurité sociale* 2003, n° 1, p. 12.
- BREITSCHMID P., Vorsorgevollmachten, *Revue du droit de tutelle*, 2003, p. 269.
- ETZENSBERGER M., Die «Fürsorgerische Unterbringung» und «Behandlung einer psychischen Störung» aus der Sicht eines praktischen Psychiaters (Art. 416-430 VE), *RDS*, n° 3/2003, p. 361.
- GASSMANN J., Vorsorgen mit einer PatientInnenverfügung, *Pro Mente Sana*, 3/2003, p. 15.

II. Doctrine suisse/ Schweizerische Lehre

(cette liste est établie à partir de sources diverses; les modes de citation peuvent dès lors varier)

Articles/Aufsätze

Assurances sociales

- BUENZLI D., La violence, c'est aussi... La clause du besoin, *Courrier du Médecin Vaudois*, 6/2003, p. 10.

- GEISER T., Demenz und Recht, *Revue du droit de tutelle*, 2003, p. 97.
- GUILLOD O., Le droit médical: quelques (r)évolutions récentes, *Médecin et droit médical*, D. Bertrand et al. (éds), 2^e édition, Genève 2003, p. 25.
- GUILLOD O., HELLE N., Traitement forcé: des dispositions schizophrènes?, *Revue du droit de tutelle*, 2003, p. 347.
- GUILLOD O., HELLE N., Mandat d'incapacité, directives anticipées et représentation de la personne incapable: porte ouverte à la confusion?, *Revue de droit suisse*, 2003 I p. 291.
- HAUG S., 2003: Année européenne des personnes Handicapées, *Sécurité sociale*, 2003, n° 1, p. 15.
- KLEIN C., Différentes formes d'inégalités subies par les personnes handicapées: la situation des personnes handicapées en Suisse, *Sécurité sociale*, 2003, n° 1, p. 8.
- LEUBA A., TRITTEN C., La protection de la personne incapable de discernement séjournant en institution, *Revue du droit de tutelle*, 2003, p. 284.
- SANDOZ S., Directives anticipées et représentant thérapeutique: droit fédéral et droit vaudois, *Revue du droit de tutelle*, 2003, p. 280
- SPRUMONT D., PERRENOUD J., REHM-FUCHS M., Les directives anticipées: un nouvel outil pour appréhender le futur, in: *EURO COS, La valeur du temps en Santé. Du temps gagné au temps à vivre, X^e séminaire de réflexion*, Strasbourg, 2003, p. 121.

Ethique biomédicale

- AMSTAD H., HESS M., REHMANN-SUTTER C., Die Schweizer Ethikkommissionen reden miteinander... z.B. über unterschiedliche Rekursmöglichkeiten, *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 34, p. 1733.
- SALATHÉ M., LEUTHOLD M., AMSTAD H., VALLOTTON M., Klinische Ethikkommissionen in der Schweiz – eine Bestandesaufnahme, *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 43, p. 2264.
- SEELMANN K., Haben Embryonen Anspruch auf Menschenwürde?, in: *Holderegger A., Pabud de Mortanges R. (Hrsg.), Embryonenforschung. Embryonenverbrauch und Stammzellenforschung – Ethische und rechtliche Aspekte*

te, Symposium zum 60. Geburtstag von Giuseppe Nay, Bundesrichter, Fribourg 2003, p. 27.

- SEELMANN K., Attitudes of Swiss mothers towards unrelated umbilical cord blood banking 6 months after donation, *Transfusion*, 2003, p. 604.

Euthanasie

- FAISST K., FISCHER S., ZELLWEGER U., BOSSHARD G., BÄR W., GUTZWILLER F., Medizinische Entscheidungen am Lebensende in sechs europäischen Ländern: Erste Ergebnisse. EU-Projekt «Medical End-of-Life Decisions: Attitudes and Practices in 6 European Countries», *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 32-33, p. 1676 (paru en français in: *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 34, p. 1730).
- SEELMANN K., Sterbehilfe: Die Rechtslage in der Schweiz, in: *Brudermüller, Marx, Schüttauf, Suizid und Sterbehilfe*, Würzburg 2003, p. 135.

Exercice des professions de la santé, politique professionnelle

- BAUER W., Charte du professionnalisme médical, *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 45, p. 2350 (paru en allemand in: *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 45, p. 2347).
- SCHNEIDER S., WINISTÖRFER M., GLAUSER R., Diminution du temps de travail: tout un travail!, *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 42, p. 2191 (paru en allemand in: *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 42, p. 2189).
- WALDIS N., Eingabe an die Kantonsregierungen betreffend Ausführungsbestimmungen der Fristenlösung, *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 29-30, p. 1570.
- RICHLI P., Über die Zuständigkeit des Bundes zur Regelung der wissenschaftlichen Berufe, insbesondere der Medizinal- und Psychologieberufe, in: *Mensch und Staat, L'homme et l'Etat, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag*, Fribourg 2003, p. 161.
- SEELMANN K., Die Bedeutung von Freiheits-, Leistungs- und Teilhaberechten in der Medizin. Vorschläge zur Neuorientierung aus medizin- und rechtsethischer Sicht, in: *Zukunft Medizin Schweiz, hrsg. Von Werner Stauffacher und Johannes Bircher*, Basel 2002, p. 120.

Personnes âgées et santé

- FUHRER B., BRUNNER-PATTHEY O., JOST A., BANDI T., EBERHARD P., Besoins de soins et financement: quelle évolution future?, *Sécurité sociale*, 2003, n° 5, p. 292.
- LANDOLT H., Stand und Entwicklung des Pflegeversicherungsrechts, *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle*, 2003, p. 84.

Procréation médicalement assistée

- PELET O., Pourquoi interdire le don d'ovule?, *Plaidoyer*, n° 5/2003, p. 70.

Recherche biomédicale

- CALAME T., Zur Patentierbarkeit von Erfindungen im Bereich der Stammzellenforschung, in: *Selbstbestimmung und Recht, Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag*, 2003, p. 61.
- SEELMANN K., Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, in: *Strafrecht, Strafrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, hrsg. von Andreas Donatsch, Marc Forster und Christian Schwarzenegger*, Zürich 2002.

Responsabilité médicale

- GUILLOD O., RAPIN C., La responsabilité médicale. Rapport suisse, *La responsabilité. Aspects nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome L/1999, Paris, 2003, p. 375.
- MUELLER Ch., La perte d'une chance médicale en droits comparé et suisse, *Revue générale de droit médical*, 2003, n° 9, p. 105.

Système de santé, politique de la santé

- BACHMAN J., Le Guide Santé destiné aux patients et aux assurés ne peut être réalisé pour l'instant, *Sécurité sociale*, 2003, n° 3, p. 149.
- BREITENMOSER S., Sectoral agreements between the EC and Switzerland: Contents and context, *Common Market Law Review*, octobre 2003, vol. 40, n° 5, p. 1137.
- FAVRE D., L'OMC à Cancun: La santé pour tous tenue en échec, *Plaidoyer*, n° 4/2003, p. 50.
- JUNOD V., Concurrence dans le secteur de la santé: commentaire à l'ATF 127 II 91, in:

Concurrence dans le secteur de la santé, Zürich 2002, p. 81.

- MATTI L., Mieux coordonner la prévention, *Sécurité sociale*, 2003, n° 4, p. 227.
- ROSSI I., Réseaux de soins, réseaux de santé, *Médecine & Hygiène*, n° 2454 du 15 octobre 2003, p. 1994.
- STIEGER L., Les médicaments sont-ils vraiment plus chers en Suisse qu'ailleurs?, *Sécurité sociale*, 2003, n° 2, p. 85.

Transplantations

- SEELMANN K., Stammzellen aus Nabelschnurblut – Rechtliche und rechtsethische Fragen von Transplantation und Banking, *Therapeutische Rundschau* 59 (2002), p. 583.
- SPRUMONT D., SPRUMONT P., MOSIMANN F., Le prélèvement d'organes sur des personnes vivantes: panacée ou boîte de Pandore?, *Bulletin des Médecins Suisses*, 2003, 84, n° 36, p. 1852.

Ouvrages et Monographies/ Bücher und Monographien

- AYER A., CLÉMENT T., HÄNNI C., *La relation patient-médecin: état des lieux*, Neuchâtel 2003.
- BERTRAND D. et al., *Médecin et droit médical: présentation et résolution de situations médico-légales*, Médecine & Hygiène, Genève 2003.
- GUILLOD O. et al., *Droit, santé mentale et handicap, Actes de la 9^e journée de droit de la santé*, Neuchâtel 2003.
- JEANRENAUD C. et al., *Le coût social de l'abus d'alcool en Suisse*, Neuchâtel 2003.
- LOCHER T., *Grundriss des Sozialversicherungsrechts*, 3. Auflage, Bern 2003.
- ROGGO A., *Aufklärung des Patienten*, Bern, 2003.
- SITTER-LIVER B., *Gerechte Organallokation*, Bern 2003.
- SPRUMONT D., TRUTMANN M. (éd.), *La recherche avec les cellules souches: un défi! Mais pour qui?*, Neuchâtel 2003.
- STEFFEN G., *Introduction d'une carte santé: réflexions juridiques*, Neuchâtel 2003.

Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht

Revue suisse de droit de la santé

Paraît trois fois par année

Redaktionskomitee/Comité de rédaction:

Président: Dominique Sprumont, Prof. associé aux Universités de Neuchâtel et Fribourg, Directeur adjoint de l'Institut de droit de la santé

Béatrice Despland, Chargée de cours à l'Université de Neuchâtel, Directrice adjointe de l'Institut de droit de la santé

Jost Gross, Rechtsanwalt, Privatdozent, Lehrbeauftragter öffentliches Recht, Universität St Gallen

Olivier Guillod, Prof. à l'Université de Neuchâtel, Directeur de l'Institut de droit de la santé

Audrey Leuba, Prof. associée à l'Université de Neuchâtel, Directrice adjointe de l'Institut de droit de la santé

Dominique Mani, Prof. au Département de droit civil, Université de Genève

Jean Perrenoud, Collaborateur scientifique, Institut de droit de la santé

Denis Piotet, Prof. et directeur du Centre de droit privé, Université de Lausanne

Nicolas Queloz, Prof. de droit pénal et de criminologie, Université de Fribourg

Rainer J. Schweizer, Prof. für Öffentliches Recht einschliesslich Europarecht und Völkerrecht, Universität St Gallen

Kurt Seelmann, Prof. Ordinariat für Strafrecht und Rechtsphilosophie, Universität Basel

Vincent Stauffer, Collaborateur scientifique, Institut de droit de la santé

Christoph Zenger, Dozent, Lehrbeauftragter, Universität Bern

Verlag/Édition: Médecine & Hygiène, société coopérative, Genève

Grafische Gestaltung/Graphisme: Jennifer Freuler (Médecine & Hygiène)

Druckerei/Impression: SRO Kundig, Genève

Angebote/Soumissions:

Le comité de rédaction accueille des soumissions en français, allemand ou anglais, qui ont trait au droit de la santé, sous forme d'articles, de commentaires de jurisprudence, ou de recensions de livre. Pour plus d'information, s'adresser à: Revue suisse de droit de la santé, Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel, Av. du 1^{er}-Mars 26, 2000 Neuchâtel, e-mail: messagerie.ids@unine.ch.

Les livres destinés à être recensés peuvent être adressés à la même adresse.

Abonnement/Abonnement:

Les demandes d'abonnement doivent être adressées à: éditions Médecine & Hygiène; abonnement Revue suisse de droit de la santé; 78, av. de la Roseraie; CH-1211 Genève 4, ou par e-mail: Abonnements@medhyg.ch. Abonnements (en CHF): Suisse. Individuel: 60.-, institutionnel: 80.-, prix au numéro: 30.-

Les auteurs et auteures s'expriment à titre personnel. Elles et ils accomplissent leur travail à titre bénévole et en sont très vivement remerciés.

© by IDS, Neuchâtel, Switzerland. All rights reserved for all countries.

Rapports IDS déjà parus:

■ **La relation patient-médecin: état des lieux**

Ariane Ayer, Thierry Clément et Christian Hänni sous la direction de Dominique Sprumont
Rapport N° 1 • 136 pages • 2003 • Fr. 40.-

■ **Droit, santé mentale et handicap**

Actes de la 9^e journée de droit de la santé
Rapport N° 2 • 68 pages • 2003 • Fr. 38.-

■ **La recherche avec les cellules souches: un défi! Mais pour qui?**

Dominique Sprumont, Markus Trutmann
Rapport N° 3 • 64 pages • 2003 • Fr. 18.-

■ **Introduction d'une carte santé: réflexions juridiques**

Gabrielle Steffen
Rapport N° 4 • 56 pages • 2003 • Fr. 28.-

■ **L'organisation administrative des transplantations d'organes en Suisse**

Jean-François Dumoulin, Olivier Guilloid
Rapport N° 5 • 56 pages • 2004 • Fr. 28.-

En tant qu'abonné à la Revue suisse de droit de la santé, une remise de 10% vous sera consentie.

Tél. +41 22 702 93 11

Fax +41 22 702 93 55

E-mail: abonnements@medhyg.ch