

N° 7 – September/Septembre 2005

Schweizerische  
Zeitschrift für  
Gesundheitsrecht

Revue suisse  
de droit  
de la santé

1	<b>Inhaltsverzeichnis/Sommaire</b>
3	<b>Editorial/Éditorial</b>
5	<b>Aktualität, Veranstaltungen/Actualité, manifestations</b>
	<b>Entscheidungen/Commentaires de jurisprudence</b>
7	Prise en charge des médicaments « hors étiquette » : un espoir pour le traitement des maladies orphelines. Présentation de l'ATF 130 V 532. <i>Ariane Ayer</i>
	<b>Aufsätze/Articles</b>
11	Verwendungsverbot von Keimzellen und imprägnierten Eizellen Verstorbener. <i>Thomas Gächter, Myriam Schwendener</i>
21	Organisation des services de garde dans le canton de Genève : de lege lata, de lege ferenda. <i>Dominique Sprumont, Jean Perrenoud</i>
33	<b>Buchbesprechungen/Recensions de livres</b>
	<b>Dokumentation/Documentation</b>
37	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
43	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
	Doctrine/Lehre
50	I. Doctrine internationale et étrangère (sélection)/Internationale und ausländische Lehre (Auswahl)
	II. Doctrine suisse/Schweizerische Lehre
61	<b>Impressum</b>



## Lutter contre la pauvreté, lutter contre la maladie

---

**Daniel Kraus, Docteur en droit, avocat, LL.M**

Institut de droit de la santé, av. du 1<sup>er</sup>-Mars 33, 2000 Neuchâtel  
daniel.kraus@unine.ch

---

A l'heure où le groupe des huit pays les plus industrialisés du monde ont promis de doubler leur aide au développement destinée au continent africain d'ici à 2010, il nous a été rappelé que l'un des aspects les plus visibles et dramatiques de la pauvreté, c'est la maladie. Lutter contre la pauvreté implique ainsi de s'attaquer sérieusement aux problèmes de santé qui touchent les pays les plus pauvres.

Les membres du G8 ne s'y sont pas trompés. En se mettant d'accord d'augmenter massivement les investissements dans la santé et de combattre les fléaux du VIH/SIDA, de la malaria, de la tuberculose et d'autres maladies mortelles, ils ont montré qu'ils étaient prêts à prendre au sérieux les problèmes de santé publique des pays en développement, et en particulier des plus pauvres parmi eux. A condition que ces promesses ne demeurent pas lettre morte et que les fonds soient utilisés à bon escient, on ne peut que s'en féliciter.

Beaucoup d'énergie a été dépensée dans de nombreuses négociations internationales pour trouver des solutions permettant aux pays en développement de faire face aux problèmes de santé publique auxquels ils sont confrontés: l'Assemblée mondiale de la santé, l'organe suprême de l'Organisation mondiale de la santé, adopte chaque année des résolutions dans le but de faciliter l'accès aux médicaments dans ces pays. La Commission des droits de l'homme de l'ONU a pris la question en main sous l'angle des droits de l'homme et appelle annuellement les membres de l'organisation à respecter le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre, tel qu'il ressort de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. L'Organisation mondiale du commerce (OMC) a fait

passablement de chemin en adoptant en 2001 la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, puis, en 2003, la Décision sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique. Cette dernière doit encore être incorporée formellement dans le droit de l'OMC, mais est déjà susceptible d'être appliquée. Seulement susceptible, car les bénéficiaires n'en ont pas encore fait usage.

Mais cette armada juridique et les tapes dans le dos à la sortie des salles de conférences ne suffisent pas. Il faut du concret sur le terrain. Certes, l'OMS, l'ONUSIDA et de nombreuses organisations non gouvernementales y font un excellent travail. Force est de constater toutefois que le standard de santé en Afrique n'arrive pas à la cheville de celui dont nous avons la chance de bénéficier dans nos régions. Le terrain africain n'est pas le terrain allemand, luxembourgeois ou suisse. Car nos terrains sont propices à y établir des marchés, les leurs ne le sont pas (encore). C'est là que réside un problème auquel il faut répondre: si dans nos pays, nos maladies sont financièrement intéressantes pour l'industrie pharmaceutique, comment faire pour rendre attrayante la recherche et le développement de médicaments destinés à ceux qui, à l'instar de l'immense majorité des Africaines et des Africains, ne peuvent se les payer? Comment financer la recherche et le développement de médicaments, de vaccins ou de kits de diagnostics pour les maladies négligées, puisque c'est de cela qu'il s'agit?

Le nerf de la guerre, c'est l'argent. Les pays riches font leur possible, au travers du Fonds mondial de lutte contre le SIDA, le paludisme et la tuberculose, et maintenant par les promesses de financement du G8. Les donateurs privés, à l'instar de la Fondation Bill et Melinda

Gates, sont très généreux, finançant à l'heure actuelle une vingtaine de partenariats publics-privés actifs dans le développement de produits pharmaceutiques contre les maladies négligées. Mais ce n'est pas encore suffisant. On ne peut compter uniquement sur la bonne volonté de généreux donateurs. Il faut remplacer l'absence de marché par une stimulation équivalente à celle existant dans les pays industrialisés. Si les citoyens-contribuables de pays tels que la Suisse, qui avaient refusé d'attribuer un 0,8% du produit intérieur brut à l'aide au développement, ne sont pas prêts à investir dans la santé publique internationale, d'autres solutions doivent être trouvées.

La Suisse, pays pharmaceutique, pays innovateur dont les idées constituent les principales ressources, a un rôle important à jouer dans la lutte contre les maladies négligées. Elle a une obligation plus que morale à prendre la question en mains: les maladies négligées ne nous touchent à l'heure actuelle pas dans nos vies quotidiennes ; mais cela peut vite changer, comme nous l'ont montré les épisodes (à suivre) du SARS ou de la grippe aviaire. C'est le moment d'en prendre conscience.

## In Memoriam

Peu après nous avoir transmis son article publié dans le n° 6 de notre Revue, M. JOST GROSS mourrait subitement le 6 mai 2005. Nous déplorons d'autant plus sa disparition qu'il faisait partie du Comité de rédaction de la Revue et était entre autre un grand défenseur des droits des patients. Nous exprimons ici nos plus sincères pensées à sa famille et à ses proches dans le deuil.

## Revue suisse de droit de la santé

La revue est désormais en ligne pour les abonnés, sur simple inscription:

<http://www.rsds.ch>

## Assurance-maladie: introduction d'une carte à puce en 2008

Dès 2008, chaque assuré recevra de sa caisse-maladie une carte à puce au format d'une carte de crédit. Les données de l'assuré seront enregistrées sur la carte, mais également accessibles via une banque de données. Les médecins, hôpitaux ou pharmacies pourront enregistrer électroniquement les données lors de la facturation. Les dispositions d'exécution pour la carte d'assuré devraient entrer en vigueur d'ici à la fin de l'année prochaine. La base légale (art. 42a LAMal) avait été approuvée par le Parlement en automne 2004.

## Assurance militaire transférée à la CNA (SUVA)

Le Conseil fédéral a décidé de transférer au 1<sup>er</sup> juillet 2005 la gestion de l'assurance militaire à la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA/SUVA). L'assurance militaire continuera à être gérée comme une assurance sociale à part entière. L'existence de l'Office fédéral de l'assurance militaire (OFAM) prendra fin au moment du transfert. Il s'agit d'une mesure essentiellement organisationnelle.

## Professions médicales

La commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a adopté le 29 avril 2005, avec quelques modifications, la loi fédérale sur les professions médicales (LPMéd). Cette loi institue de nouvelles bases légales concernant la formation universitaire et la formation postgrade ainsi que l'exercice de ces professions (médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens et vétérinaires). Parmi les modifications, la Commission a décidé que les cantons ne pourraient pas désigner d'autres professions médicales universitaires que celles définies dans la LPMéd (art. 2, al. 3), et que les examens fédéraux ne pourraient pas être remplacés par des examens finaux des hautes écoles universitaires (art. 14, al. 3). Elle a aussi complété la liste des connaissances, aptitudes et capacités que doivent posséder les étudiants à la fin de leur formation universitaire (art. 6), en y ajoutant les compétences sociales dans le cadre du traitement du patient et de l'accueil de ses proches, le respect du droit à l'autodétermination du patient et la connaissance du système de sécurité social suisse. La liste des devoirs professionnels que doivent observer les personnes exerçant une profession médicale universitaire à titre indépendant (art. 40) a aussi été complétée par la garantie des droits du patient, et en ajoutant certaines dispositions visant à ce que les personnes impliquées s'interdisent tout accord en vue de s'octroyer mutuellement des avantages matériels de manière déloyale. Le registre de la Commission des professions médicales devrait également servir à l'établissement de la démographie médicale, et contenir les informations nécessaires aux cantons dans le cadre de l'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie. Lors du vote sur l'ensemble, la commission a adopté la LPMéd à l'unanimité.

## Recherche médicale

La Commission d'experts du secret professionnel en matière de recherche médicale avait mentionné, dans ses précédents rapports, que les milieux médicaux ne tenaient pas suffisamment compte de l'art. 321bis du Code pénal dans la pratique. La situation s'est améliorée depuis, comme l'indique son dernier rapport. Un nombre toujours plus important d'hôpitaux travaillent aujourd'hui avec une autorisation de

la Commission d'experts. En outre, le Préposé fédéral à la protection des données, a commencé à effectuer des contrôles relatifs au respect des charges des autorisations, tel que cela ressort de sa compétence. Ces contrôles, conjugués au travail d'information de la Commission d'experts, devraient permettre une poursuite de l'amélioration amorcée en matière d'utilisation des données personnelles dans la recherche médicale.

## Stupéfiants (ou substances psychoactives)

La commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a lancé le 27 mai une nouvelle révision de la loi sur les stupéfiants. Par ailleurs, le Rapport de la Commission fédérale pour les questions liées aux drogues (CFLD), qui vient d'être publié sous l'égide de l'Office fédéral de la santé publique, invite à passer d'une politique des drogues illégales à une politique des substances psychoactives.

# Veranstaltungen/Manifestations

## Septembre

Le **15 septembre 2005**, l'Institut de droit de la santé organise sa traditionnelle Journée de droit de la santé à Neuchâtel. Elle sera consacrée cette année à la *Protection de la santé, sécurité des patients et nouvelles responsabilités professionnelles* et intéressera tout particulièrement les praticiens du droit et le personnel de la santé dans leur ensemble.

Renseignements: Secrétariat de l'Institut de droit de la santé 032 718 12 80, messagerie. ids@unine.ch; www.unine.ch/ids

Le **30 septembre 2005** aura lieu à Zurich, Université, SOC, Rämistrasse 69, une Conférence intitulée *Essais cliniques: quelle compensation des dommages pour les sujets de recherche?* Cette conférence est destinée aux chercheurs, organismes publics, industries pharmaceutiques, responsables d'hôpitaux et centres de recherches, assureurs, commissions d'éthique et représentants des autorités.

Renseignements: Secrétariat de l'Institut de droit de la santé 032 718 12 80, messagerie. ids@unine.ch; www.unine.ch/ids; Forum Gesundheitsrecht www.gesundheitsrecht.ch.

## Novembre

Le **18 novembre 2005**, l'Institut de droit de la santé de Neuchâtel (IDS), en collaboration avec le World Trade Institute de Berne (WTI) et l'Institut de droit européen de Fribourg met sur pied depuis plusieurs années des journées BENEFRY en droit. Cette année, l'une de ces journées est consacrée à *l'accès aux médicaments dans les pays en développement* (access to pharmaceuticals in developing countries). Cette journée aura lieu au World Trade Institute, Hallestr. 6, 3012 Bern.

Pour d'autres informations, contacter rachel.liechti@iew.unibe.ch, tél. 031 631 34 87 et le Secrétariat du WTI 031 631 32.70 ou daniel.kraus@unine.ch, tél. 032 718 12 52 et le Secrétariat de l'IDS 032 718 12 80.

# Prise en charge des médicaments « hors étiquette » : un espoir pour le traitement des maladies orphelines

## Présentation de l'ATF 130 V 532

---

Ariane Ayer, Dr en droit, avocate au Barreau de Genève, Genève et Fribourg

Rue de Locarno 1, CH-1700 Fribourg

ariane.ayer@bluewin.ch

---

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral des assurances précise les critères qui président au remboursement des médicaments dans la LAMal, notamment la portée et les effets de la liste des spécialités. Pour les médicaments « hors étiquette », le chemin pour parvenir au remboursement est étroit et semé d'embûches.

L'arrêt consacre finalement l'obligation de remboursement de médicaments pour une utilisation non prévue par la notice du fabricant et par l'autorisation de Swissmedic. Chemignons donc avec le Tribunal fédéral des assurances dans les méandres de la prise en charge des médicaments dans la LAMal.

### 1 Résumé de l'arrêt

La cause est à la fois simple et complexe. Simple, car il s'agit d'un refus de remboursement de deux médicaments, pourtant dûment prescrits par un médecin, par l'assurance obligatoire des soins. Complexe, car il s'agit de décortiquer le système des listes de la LAMal et des modalités de remboursement des prestations. A cela s'ajoutent les autorisations de mise sur le marché des médicaments, et, comme toujours en assurance-maladie, des données médicales.

#### 1.1 Les faits

Il s'agit d'un homme d'une soixantaine d'année, atteint d'un « adécarcinome du cardia », présentant un « status après œsogastrectomie supérieure », et une « récurrence métastatique ganglionnaire et pleurale au niveau thoracique

avec épanchements pleuro-bilatéraux ». Ses affections sont traitées par chimiothérapies.

En octobre 2001, son médecin lui prescrit une chimiothérapie associant deux médicaments, le *Taxotere* et le *Paraplatin*.

La caisse-maladie refuse la prise en charge du traitement aux motifs que les médicaments ont dans ce cas été prescrits pour des indications qui n'ont pas été enregistrées auprès de Swissmedic.

L'assuré s'oppose à cette décision et produit un rapport d'un spécialiste qui atteste que l'utilisation de ces médicaments est efficace non seulement pour l'assuré, mais également, de manière générale, pour le traitement de l'affection dont il souffre. Il produit également un avis de l'Ombudsman de l'assurance-maladie qui préconise la prise en charge desdits médicaments dès lors qu'ils figurent sur la liste des spécialités sans limitation.

La caisse rejette l'opposition. L'assuré recourt au Tribunal des assurances du canton de Vaud qui admet son recours et condamne la caisse-maladie à prendre en charge le traitement médicamenteux.

La caisse-maladie recourt au Tribunal fédéral des assurances qui rejette son recours.

#### 1.2 Les considérants de l'arrêt

##### 1.2.1 Les prestations LAMal

Le cheminement du Tribunal fédéral des assurances dans cet arrêt est classique en

matière de prestations: il part de l'art. 25 LAMal qui détermine quelles sont les prestations à la charge de l'assurance obligatoire des soins. Parmi ces prestations, se trouvent les médicaments prescrits par un médecin (al. 2 lit. b), dans la mesure où ils servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles (al. 1).

Ces prestations ne doivent être prises en charge par l'assureur-maladie obligatoire que si - et seulement si - elles remplissent les trois conditions de l'art. 32 al. 1 LAMal: elles doivent être efficaces, appropriées et économique, l'efficacité devant être démontrée scientifiquement. Le TFA rappelle dans ce contexte l'interprétation constante de ces notions.

La LAMal pose ensuite le principe de la liste des spécialités en matière de médicaments. Selon l'art. 52 LAMal, l'Office fédéral de la santé publique établit une liste, avec des prix des spécialités pharmaceutiques et des médicaments confectionnés. Cette liste est appelée «liste des spécialités». Les médicaments inscrits sur cette liste peuvent être assortis de limitations relatives à la quantité ou aux indications médicales.

En application des principes liés aux listes dans la LAMal, les médicaments inscrits dans la liste des spécialités doivent être pris en charge par l'assurance obligatoire des soins.

En l'espèce, les médicaments dont la prise en charge est contestée sont tous deux inscrits dans la liste des spécialités, sans limitation.

En application des art. 64 ss OAMal, un médicament ne peut être admis dans la liste des spécialités que s'il dispose d'une autorisation valable de mise sur le marché délivrée par Swissmedic.

### 1.2.2 L'autorisation de Swissmedic

En application de l'art. 9 de la loi sur les produits thérapeutiques (LPT), tout médicament doit avoir été autorisé par Swissmedic pour être mis sur le marché en Suisse. Le fabricant qui requiert l'autorisation doit étayer le dossier et prouver que le médicament est de qualité, sûr et efficace. La demande d'autorisation de mise sur le marché doit comporter notamment les documents suivants:

- la désignation du médicament (art. 11 al. 1 lit. a LPT);

- les effets thérapeutiques et les effets indésirables (art. 11 al. 1 lit. e LPT);
- l'étiquetage, l'information, le mode de remise et le mode d'administration (art. 11 al. 1 lit. f LPT).

En outre, le requérant doit indiquer, à titre d'information des professionnels appelés à prescrire le médicament, les indications et les possibilités d'emploi du médicament. La notice destinée aux professionnels est ensuite en règle générale publiée dans le Compendium suisse des médicaments.

Si le requérant entend modifier ultérieurement l'information destinée aux professionnels, il doit requérir l'autorisation de Swissmedic.

Ainsi l'autorisation de mise sur le marché délivrée par Swissmedic est toujours liée à des indications médicales précises. La délivrance de l'autorisation n'intervient donc pour un médicament donné que si le requérant apporte la preuve qu'il est efficace pour diagnostiquer, prévenir ou traiter une maladie spécifique. Les informations relatives aux indications médicales pour lesquelles l'autorisation a été délivrée sont inscrites dans la notice destinée aux professionnels de la santé et approuvées par Swissmedic.

La notice destinée aux professionnels, de même que le préavis de Swissmedic quant à la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché font partie des documents produits avec la demande d'admission sur la liste des spécialités au sens de la LAMal.

Par conséquent, l'autorisation délivrée par Swissmedic constitue une condition nécessaire, mais pas suffisante, à l'admission sur la liste des spécialités. Ainsi, l'autorisation de Swissmedic ne fonde pas un droit à l'admission du médicament sur la liste des spécialités, de même que la modification des indications du médicament n'a pas pour effet de modifier la liste des spécialités.

### 1.2.3 L'admission sur la liste des spécialités

Pour être admis dans la liste des spécialités, les médicaments doivent répondre aux principes d'efficacité, d'adéquation et d'économie de la LAMal. Afin de juger de l'efficacité des médicaments, l'autorité s'appuie sur les documents qui ont fondé la délivrance de l'auto-

risation de Swissmedic. Ainsi, l'inscription dans la liste des spécialités se fonde, dans les faits, principalement sur les éléments de l'autorisation de mise sur le marché du médicament, qui comprennent les indications médicales et les dosages autorisés du médicament.

En fait, l'inscription dans la liste des spécialités d'un médicament revêt une forme très générale, car elle comprend de manière visible que le nom du médicament, son prix et les éventuelles limitations. Or, ainsi que le précise le Tribunal fédéral des assurances, l'inscription dans la liste des spécialités inclut, bien que cela ne transparaisse aucunement des bases légales applicables, les indications médicales et les autres aspects du médicament, contenus dans l'autorisation de mise sur le marché délivrée par Swissmedic.

#### 1.2.4 L'effet de la liste des spécialités

L'inscription dans la liste des spécialités a un effet contraignant, dans la mesure où la prise en charge du médicament est obligatoire pour l'assureur-maladie. A contrario, un médicament qui n'est pas inscrit dans la liste n'a pas à être pris en charge au titre de l'assurance obligatoire des soins. Dès lors, un médicament qui ne figure pas sur la liste est considéré comme un médicament « hors liste », dont la prise en charge doit être refusée.

En revanche, le médicament qui figure dans la liste des spécialités, mais qui est utilisé pour des indications qui ne figurent pas dans l'autorisation de Swissmedic est qualifié de « hors étiquette ».

En l'espèce, la controverse porte bien sur la question de la prise en charge de médicaments « hors étiquette ». En effet, la caisse-maladie refuse la prise en charge du traitement au motif que les indications médicales pour les médicaments concernés ne correspondent pas à la maladie dont souffre l'assuré, ce qui n'est pas contesté.

#### 1.2.5 Les exceptions aux principes de l'exhaustivité de la liste

Il n'est pas contesté en l'espèce que les deux médicaments dont la prise en charge est refusée par la caisse-maladie sont admis dans la liste des spécialités sans limitation. Cela ne signifie toutefois pas que la prise en charge est totale en toute circonstance. En effet, le TFA

retient que les médicaments sont admis dans la liste des spécialités pour les indications qui ont fait l'objet de l'autorisation de Swissmedic uniquement. Ce n'est donc en principe que pour ces indications médicales précises que les médicaments doivent être remboursés par l'assureur-maladie.

Afin d'atténuer la sévérité de ce principe, le TFA énonce dans cet arrêt deux exceptions au principe du non-remboursement d'un médicament admis dans la liste des spécialités mais utilisé « hors étiquette ».

La première exception est celle dans laquelle le médicament constitue une « *mesure préparatoire indispensable à l'exécution d'une prestation prise en charge par l'assurance obligatoire des soins* », soit le cas d'un complexe thérapeutique. Cette exception a déjà fait l'objet de jurisprudence, in RAMA 1998, n° KV 991, p. 305.

La seconde exception, qui trouve application dans le cas présent se réalise « *lorsqu'une maladie entraînant une menace pour la vie du patient ou atteinte à sa santé grave et chronique ne pourrait pas être traitée autrement de manière efficace, par manque d'alternatives thérapeutiques* ». Il importe toutefois que le médicament présente « *une utilité thérapeutique importante (curative ou palliative)* ».

En l'espèce, le TFA admet la réalisation de cette dernière condition dans la mesure où le patient était atteint d'une maladie mortelle et que le traitement remplit la condition de l'utilité thérapeutique, notamment que ses effets ont fait l'objet d'études scientifiques et que le patient en a retiré un bénéfice thérapeutique. En outre, les alternatives thérapeutiques existantes incluraient toutes l'utilisation de médicaments également « hors étiquette ».

## 2 Commentaire

Cet arrêt du Tribunal fédéral des assurances présente manifestement une ouverture pour les personnes atteintes de maladie dites « orphelines », celles qui n'intéressent pas suffisamment l'industrie pharmaceutique pour qu'elles fassent l'objet des recherches scientifiques nécessaires à l'inscription d'une indication médicale pour un médicament.

En suivant l'interprétation du Tribunal fédéral des assurances, quant aux effets de l'inscription dans la liste des spécialités, seuls pourraient être prise en charge les traitements médicamenteux dont l'indication est contenue dans l'autorisation de mise sur le marché délivrée par Swissmedic. Or, il est constant que l'inscription d'une indication sur l'étiquette du médicament nécessite un investissement financier important de la part du fabricant et de nombreuses recherches qui permettent d'établir avec certitude l'effet thérapeutique dudit médicament.

En application du seul principe, sans les deux exceptions mentionnées dans cet arrêt, un grand nombre de maladies, pour lesquelles il n'existe pas de traitement spécifique ou dont les traitements n'ont pas fait l'objet de recherches, ne pourraient pas être traitées, faute de prise en charge par l'assurance obligatoire des soins. Il en est ainsi de nombreux cancers, dont l'évolution devance la recherche, ou de maladies pédiatriques pour lesquelles la recherche spécifique est souvent inexistante.

L'arrêt du TFA et les exceptions qui y sont précisées permettent donc de sortir de l'impasse constituée par la relation primordiale, jusque-là factuelle, entre l'indication médicale contenue dans la notice d'information aux professionnels de la santé et l'admission dans la liste des spécialités.

Il manque toutefois une publicité certaine de ce lien occulte entre les deux autorisations. En effet, l'OAMal exige que la liste des spécialités soit publiée et accessible au public. Or, dans la liste, les indications médicales contenues dans l'autorisation de Swissmedic ne sont aucunement référencées. Seules les limi-

tations expressément inscrites par l'autorité sont indiquées.

Avant cette jurisprudence, une interprétation littérale du texte légal et notamment du système des listes de la LAMal aboutissait au même avis que celui de l'Ombudsman de l'assurance-maladie: un médicament inscrit dans la liste des spécialités, sans limitation, doit être pris en charge par l'assurance obligatoire des soins, dans la mesure où il répond aux exigences d'économicité, d'efficacité et d'adéquation de l'art. 32 LAMal.

Le Tribunal fédéral en a décidé autrement dans l'ATF 130 V 532. Il a, d'une part, précisé le contenu, fort peu clair de la liste des spécialités, qui apparaît ainsi totalement dépendante de l'autorisation de Swissmedic et, par conséquent, de la recherche. Et, d'autre part, il a corrigé, certes de manière limitée, la rigidité du principe ainsi énoncé, par l'adjonction de deux exceptions.

Afin de pouvoir bénéficier de la seconde et nouvelle exception, il faut toutefois que l'assuré soit atteint d'une maladie mortelle, grave ou chronique, que l'utilisation du médicament «hors étiquette» présente une utilité thérapeutique et qu'il n'y ait pas d'autres alternatives. Certes les conditions sont multiples et toutes les maladies orphelines ne sont pas concernées, car elles ne sont pas toutes mortelles ou graves. A la lecture de l'arrêt, le constat n'est pas très encourageant: la frontière entre l'admission ou le rejet de la prise en charge est très étroite. Toutefois, l'exception ainsi proposée par le Tribunal fédéral des assurances fait tout de même l'effet d'une petite lumière, un peu vacillante, dans l'obscur couloir du remboursement des prestations.

# Verwendungsverbot von Keimzellen und imprägnierten Eizellen Verstorbener

Thomas Gächter, Prof. Dr. iur., Luzern/Zürich und  
Myriam Schwendener, lic. iur., Doktorandin SNF, Zürich\*  
thomas.gaechter@rwi.unizh.ch, myriam.schwendener@rwi.unizh.ch

## ■ Zusammenfassung

Das Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) enthält ein Verbot, Keimzellen oder imprägnierte Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, zu verwenden. Diese Bestimmung dient dem Kindeswohl. Keine Antwort scheint das Gesetz jedoch auf die Frage zu enthalten, ob die Herausgabe von Keimzellen oder imprägnierten Eizellen zur Verwendung im Ausland zulässig ist. Aus Zweck und Systematik der Regelung lässt sich indes schliessen, dass Keimzellen oder imprägnierte Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, zu vernichten sind. Eine Herausgabe verletzt dieses Vernichtungsgebot.

## ■ Résumé

La Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA) contient une disposition interdisant d'utiliser les gamètes ou les ovules imprégnés d'une personne après son décès. Cette norme préserve ainsi le bien-être de l'enfant. Par contre la loi ne précise pas ce qu'il en est à l'étranger. En examinant le but et la systématique de la loi, on peut cependant en conclure que ces gamètes ou ces ovules imprégnés doivent être détruits. Une action en restitution violerait cette obligation.

## 1 Problemstellung

Art. 3 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (FMedG) besagt, dass Keimzellen oder imprägnierte Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, nicht mehr verwendet werden dürfen. Die Praxis sieht sich mit der Situation konfrontiert, dass Angehörige solche Zellen herausverlangt haben, um diese in einem Land zu verwenden, in dem die Ei- und Embryonenspende oder die Leihmutterschaft erlaubt sind. Daraus ergeben sich folgende Fragestellungen:

- Was ist der Bedeutungsgehalt von Art. 3 Abs. 4 FMedG, der nur ein Verwendungsverbot statuiert und nicht wie Art. 15 Abs. 4 und Art. 16 Abs. 4 FMedG explizit die sofortige Vernichtung der Keimzellen bzw. imprägnierten Eizellen verlangt? Weshalb hat der Gesetzgeber in Art. 15 Abs. 4 und Art. 16 Abs. 4 FMedG lediglich den Widerruf der Einwilligung und den Ablauf der Konservie-

rungsdauer erwähnt und über die Folgen des Ablebens der Person, von der die Keimzellen oder imprägnierten Eizellen stammen, geschwiegen? Handelt es sich hier um eine Gesetzeslücke oder um ein qualifiziertes Schweigen?

- Zudem fragt sich, ob die Herausgabe oder Ausfuhr kryokonservierter Keimzellen oder imprägnierter Eizellen als vorbereitende Tätigkeiten zu in der Schweiz verbotenen Handlungen – namentlich zu Ei- und Embryonenspende oder Leihmutterschaft – nach schweizerischem Recht strafbar sind.

Zur Beantwortung dieser Fragen sollen zunächst die verfassungsrechtlichen Aspekte beleuchtet werden, um in einem nächsten

\* Wir danken Frau Dr. med. et lic. iur. Irene VOLLENWEIDER für den Hinweis auf die Fragestellung sowie für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Schritt das FMedG genauer zu betrachten und auszulegen. Im Mittelpunkt der Ausführungen steht die Problematik der kryokonservierten imprägnierten Eizellen<sup>1</sup>. Die Probleme, die sich im Umgang mit diesen stellen, sind komplexer als diejenigen bei Keimzellen. Auf die Behandlung der Letzteren wird in einem Exkurs<sup>2</sup> eingegangen.

## 2 Verfassungsrechtliche Grundlagen

### 2.1 Art. 119 BV

Am 17. Mai 1992 wurde Art. 24novies der alten Bundesverfassung zur Regelung von Humangenetik und Reproduktionsmedizin mit grosser Mehrheit von Volk und Ständen angenommen. Es handelte sich dabei um den als Reaktion auf die «Beobachter-Initiative»<sup>3</sup> ausgestalteten Gegenvorschlag der Bundesversammlung. Im Rahmen der Nachführung der Bundesverfassung wurde Art. 24novies aBV in die beiden Art. 119 (Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich) und Art. 120 (Gentechnologie im Ausserhumanbereich) aufgeteilt und redaktionell angepasst.<sup>4</sup>

Art. 119 BV regelt die Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich. Abs. 1 der Bestimmung (Missbrauchsschutz) gilt als Zielnorm, als programmatischer Zweckartikel, der in Abs. 2 für den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut konkretisiert wird.

- 1 Imprägnierte Eizellen sind befruchtete Eizellen vor der Kernverschmelzung (Art. 2 lit. h FMedG). Dies in Abgrenzung zu den Keimzellen (d.h. Ei- und Samenzellen, Art. 2 lit. e FMedG) und zum Embryo, der als Frucht von der Kernverschmelzung bis zum Abschluss der Organentwicklung definiert wird (Art. 2 lit. i FMedG).
- 2 Hinten 4.
- 3 Am 13. April 1987 wurde die von der Redaktion des «Schweizerischen Beobachters» lancierte Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen» eingereicht. Zur Entstehungsgeschichte vgl. SCHWEIZER, Art. 24novies N 3 ff.
- 4 In Kraft seit 1. Januar 2000. Siehe zur Entstehungsgeschichte auch REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 2 f.
- 5 REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 14.
- 6 Hegnauer, S. 146 f.; Reusser/Schweizer, Art. 119 N 14; Schneider, S. 389.
- 7 REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 16.
- 8 Von Sterilität kann nur gesprochen werden, wenn trotz regelmässigem Geschlechtsverkehr während einer bestimmten Dauer keine Schwangerschaft eintritt. REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 25. BBl 1996 III 251. Siehe auch Aubert, N 19.
- 9 Vor Erlass von Art. 24novies aBV wurden in der Praxis alle Eizellen befruchtet und zu Embryonen entwickelt. Die in einem Zyklus nicht eingepflanzten Embryonen wurden kryokonserviert und bei Bedarf für einen zweiten oder dritten Behandlungsversuch verwendet. Auf diese Weise wurde ein - aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht unbedenklicher - grosser Überschuss an Embryonen produziert. Vgl. SCHWEIZER, Art. 24novies Abs. 2 N 79.

Art. 119 Abs. 2 BV nennt als oberste Schutzgüter die Menschenwürde, die Persönlichkeit und die Familie. Er bringt zum Ausdruck, dass menschliches Leben einen unantastbaren Eigenwert hat und deshalb in seiner Identität und Einmaligkeit zu schützen ist.<sup>5</sup> Zum Eigenwert des Menschen gehören auch die *natürlichen Bedingungen der Menschwerdung durch Zeugung, Entwicklung im Mutterleib und Geburt aus der Mutter*. Aus diesen Überlegungen sind z.B. die postmortale Zeugung und die Exogenese zu verbieten (vgl. Art. 3 Abs. 4 und Art. 30 FMedG).<sup>6</sup>

Das Schutzgut der Familie beinhaltet nach vorherrschender Auffassung u.a. den Anspruch des Kindes auf eine Familie. Dem durch ein medizinisch unterstütztes Fortpflanzungsverfahren gezeugten Kind soll ein Grundbedürfnis des Menschseins nach Möglichkeit gewahrt bleiben: der *Wunsch nach einer Mutter und einem Vater* (vgl. auch Art. 7 Abs. 1 der UN-Kinderrechte-Konvention). Das Verbot der postmortalen Zeugung unterstreicht diesen Gedanken (vgl. Art. 3 Abs. 4 FMedG).<sup>7</sup>

Art. 119 Abs. 2 lit. a-g BV enthalten materielle Vorgaben in Bezug auf den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut. Für die hier erörterten Fragen ist insbesondere Art. 119 Abs. 2 lit. c BV relevant. Daraus geht hervor, dass die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur angewendet werden dürfen, wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden können. Die Verfahren sind mit anderen Worten nur *subsidiär* anzuwenden. Bereits aufgrund der Verfassung ausgeschlossen sind nach der vorherrschenden Auffassung somit Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung bei allein stehenden Personen und gleichgeschlechtlichen Paaren, weil keine Unfruchtbarkeit im Sinn der Verfassung vorliegt.<sup>8</sup>

Keinesfalls dürfen die fortpflanzungsmedizinischen Verfahren aufgrund von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV indes zur eugenischen Selektion oder allein zu Forschungszwecken angewendet werden. Weiter sieht dieselbe Bestimmung vor, dass nur so viele menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden dürfen, als dieser sofort eingepflanzt werden können. Damit soll das Vorhandensein überzähliger Embryonen vermieden werden. Die Embryonenerzeugung auf Vorrat ist nicht vorgesehen.<sup>9</sup>

Nach Art. 119 Abs. 2 lit. c BV ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die Fortpflanzungsverfahren im Einzelnen zu regeln. Diese Aufgabe hat er mit Erlass des FMedG erfüllt.

## 2.2 Keimzellen, imprägnierte Eizellen und Embryonen

Das Verfahren der In-vitro-Fertilisation setzt eine hormonelle Stimulation der Frau voraus, die im Durchschnitt zur Entstehung von zehn Eizellen führt. Rund 70% davon lassen sich befruchten.<sup>10</sup> Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, in welchem Mass und durch welche Bestimmungen die Keimzellen, die imprägnierten Eizellen sowie die Embryonen geschützt sind.

Art. 119 Abs. 2 lit. c BV spricht von ausserhalb des Körpers der Frau erzeugten *Embryonen*, die ihr sofort eingepflanzt werden *können*, nicht *müssen*. D.h. ein Embryo der sich offensichtlich nicht oder krankhaft entwickelt, muss der Frau nicht eingesetzt werden.<sup>11</sup> Er darf seinem Schicksal überlassen bleiben.<sup>12</sup> Andererseits enthält die Verfassung keine Regelungen darüber, wie mit einem Embryo zu verfahren ist, der nicht mehr eingesetzt werden kann, weil z.B. die Frau krank wird oder stirbt.<sup>13</sup> Keine ausdrücklichen Bestimmungen sind der Verfassung sodann zum Umgang mit Keimzellen und befruchteten Eizellen zu entnehmen. Grundsätzlich verweist der Verfassungstext in Art. 119 Abs. 2 lit. c BV auf die gesetzlichen Bestimmungen.

Nach einhelliger Meinung in der Wissenschaft legt erst die Kernverschmelzung das genetische Programm fest, welches ein neues, unverwechselbares Individuum definiert.<sup>14</sup> Der eigenständige Schutz des Embryos setzt demnach bei der *Kernverschmelzung* an. Für Embryonen werden in der Schweiz verschiedene Schutzkonzepte diskutiert (Objekt- oder Sachmodell, Respektmodell und Personenmodell),<sup>15</sup> wobei Verfassung und Gesetzgebung der Schweiz grundsätzlich auf der mittleren Position basieren, d.h. dem Respektmodell.<sup>16</sup> Nach dieser Auffassung ist der Embryo weder eine reine Sache ohne besondere Schutzwürdigkeit noch eine Person mit derselben Schutzwürdigkeit wie ein geborener Mensch. Das Respektmodell geht dabei von zwei Annahmen aus: Erstens nimmt mit fortschreitender Embryonalentwicklung die Schutzwür-

digkeit zu, zweitens verdient schon frühestes menschliches Leben Schutz. Damit besitzt bereits der Embryo in vitro einen eigenen Wert, der allerdings – nach einer entsprechenden Güterabwägung – nicht allen anderen Interessen vorgeht.<sup>17</sup> Dem Embryo in vitro, mindestens dem überzähligen, kommt indessen kein Recht auf Leben zu.<sup>18</sup> Die Kryokonservierung befruchteter Eizellen im so genannten Vorkernstadium, d.h. vor der Kernverschmelzung, hat den Vorteil, dass keine Embryonen entstehen, deren Schicksal ungewiss bleibt, wenn die Voraussetzungen für einen Transfer (z.B. beim Tod der Frau) fehlen.<sup>19</sup> Der Gesetzgeber wollte mit der Möglichkeit der Kryokonservierung imprägnierter Eizellen das Problem überzähliger Embryonen eindämmen und damit seinen Schutzauftrag zugunsten der Embryonen wahrnehmen.

Vor der Kernverschmelzung richtet sich der Umgang mit *Keimzellen und imprägnierten Eizellen* in erster Linie nach dem aus Art. 10 BV fließenden Persönlichkeitsrecht der Personen, von denen die Zellen stammen.<sup>20</sup> Imprägnierte Eizellen geniessen denn auch – anders als Embryonen – noch keinen eigenständigen

10 SCHWEIZER, Art. 24novies Abs. 2 N 79; REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 29.

11 Verboten ist nach der geltenden Regelung jedoch die Präimplantationsdiagnostik im Sinn von Art. 5 Abs. 4 FMedG, d.h. das Ablösen einer oder mehrerer Zellen von einem Embryo in vitro und deren Untersuchung. Begründet wird das Verbot damit, dass sich sonst die Grenze zwischen erlaubter Prävention und unerwünschter Selektion kaum mehr ziehen lässt (BBl 1996 III 257). Am 16. Juni 2005 hat der Nationalrat jedoch eine Motion zur Zulassung der Präimplantationsdiagnostik überwiesen (Motion WBK-NR, 04.423).

12 REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 29.

13 Vgl. hinten 3.2.

14 BBl 1996 III 215 f.; siehe eingehend mit weit gehenden Folgerungen ANTOINE SUAREZ, Darf man dem Embryo den verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde absprechen? Eine rationale Ableitung der fünf Grundprinzipien einer Menschenrechts-Gesellschaft, SJZ 86 (1990), S. 205 ff.

15 Siehe BBl 2003 1208 ff.; siehe die älteren Meinungen bei FRANK, S. 366 f., und SCHNEIDER, S. 407 ff.

16 SCHOTT, S. 12; BBl 2003 1187.

17 BBl 2003 1209. Zum Verhältnis zur Wissenschaftsfreiheit etwa HÄFELIN/HALLER, N 529 und ausführlicher dazu Verena Schwander, Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, Bern/Stuttgart/Wien 2002, S. 212 ff.. Sehr differenziert zum Verhältnis der Rechtsstellung des Embryos zu den Grundrechten der Eltern HANGARTNER, S. 20 ff.; siehe auch Müller, S. 54. Siehe die ethischen Erwägungen bei HANS-PETER SCHREIBER, Ethische Probleme technischer Eingriffe in die menschliche Fortpflanzung, in: ALBERTO BONDOLFI/HANSJAKOB MÜLLER (Hrsg.), Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag, Basel/Bern 1999, S. 158 ff. Zu den sachenrechtlichen Aspekten vgl. REY, Nr. 103, 119 ff.

18 BBl 2003 1188.

19 BBl 1996 III 215 f.

20 SCHNEIDER, S. 404; SCHWEIZER, Vorgaben, S. 39. Differenzierend im Privatrecht PELET, S. 59 f., 141 f., 194 ff.; REY, Nr. 120.

Schutz.<sup>21</sup> Beim Umgang mit ihnen werden neben den Selbstbestimmungsrechten der Personen, von denen die Zellen stammen, weitere allgemeine Zwecke und Interessen (z.B. Schutz vor Eugenik, Schutz des späteren Kindeswohls, usw.) beachtet.

Im Ergebnis sind Embryonen aufgrund des in der Schweiz bevorzugten Respektmodells lediglich bedingt geschützt, während Keimzellen und kryokonservierte Eizellen keinen unmittelbaren Schutz geniessen. Die Grundsätze für den Umgang mit ihnen ergeben sich aus den Persönlichkeitsrechten der Personen, von denen sie stammen, sowie weiteren allgemeinen Interessen und Zwecken.

### 3 Regelung des FMedG

Das seit dem 1. Januar 2001 geltende FMedG regelt im Bereich der Fortpflanzungs- oder Reproduktionsmedizin die Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr. Entsprechend dem Verfassungsauftrag von Art. 119 BV schützt es die Menschenwürde, die Persönlichkeit und die Familie (Art. 1 Abs. 2 FMedG). Im Zentrum des Gesetzes steht das Kindeswohl (Art. 3 FMedG).<sup>22</sup>

Ebenfalls Art. 119 BV folgend hält Art. 17 Abs. 1 FMedG fest, dass bei der In-vitro-Fertilisation nur so viele imprägnierte Eizellen zu Embryonen entwickelt werden dürfen, wie innerhalb eines Zyklus für die Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich sind; es dürfen jedoch höchstens drei sein. In Art. 17 Abs. 3 FMedG wird das Konservieren von Embryonen verboten.

Die überzähligen befruchtungsfähigen Eizellen dienen als Vorrat. Bei einem erneuten Behandlungsversuch kann so auf die kryokonservierten Eizellen zurückgegriffen werden, ohne dass die Patientin einen erneuten Eingriff zur Gewinnung der Eizellen über sich ergehen lassen muss. Unbefruchtete Eizellen können

indes bis heute nicht erfolgreich aufbewahrt werden, so dass die Eizellen zur Aufbewahrung imprägniert werden. Die Kryokonservierung imprägnierter Eizellen hält vor der Verfassung stand.<sup>23</sup>

#### 3.1 Konservierung imprägnierter Eizellen

Art. 16 FMedG regelt die Konservierung imprägnierter Eizellen. Eine Konservierung ist nur möglich bei schriftlicher Einwilligung des zu behandelnden Paares und der Absicht einer späteren Herbeiführung einer Schwangerschaft (Art. 16 Abs. 1 FMedG). Die maximale Konservierungsdauer beträgt fünf Jahre (Art. 16 Abs. 2 FMedG). Nach Art. 16 Abs. 3 FMedG kann *jeder* der beiden Partner die Einwilligung jederzeit schriftlich widerrufen. Bei Widerruf der Einwilligung oder bei Ablauf der Konservierungsdauer sind die imprägnierten Eizellen *sofort zu vernichten* (Art. 16 Abs. 4 FMedG). Keine ausdrückliche Regelung findet sich indes betreffend die Konsequenzen des Ablebens eines Partners.

#### 3.2 Art. 3 Abs. 4 FMedG

Art. 3 Abs. 4 FMedG sieht im Interesse des Kindeswohls vor, dass Keimzellen oder imprägnierte Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, nicht mehr verwendet werden dürfen.<sup>24</sup> Damit soll verhindert werden, dass Kinder gezeugt werden, deren genetische Eltern bereits verstorben sind.<sup>25</sup> Die postmortale Verwendung von Keimzellen oder imprägnierten Eizellen wird sodann im Übertretungstatbestand von Art. 37 lit. b FMedG strafrechtlich untersagt. *Grundsätzlich sind daher* – wie sich den Materialien entnehmen lässt – *die Keimzellen oder imprägnierten Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, zu vernichten*.<sup>26</sup> Ausdrücklich hat der Gesetzgeber in Art. 3 Abs. 4 FMedG aber lediglich ein Verwendungsverbot und nicht ein Vernichtungsgebot statuiert.

Ausnahmen vom Verwendungsverbot sind indes bei der Samenspende denkbar. Einerseits kann der Tod des Samenspenders der Ärztin oder dem Arzt unbekannt bleiben. Langwierige Nachforschungen werden nicht erwartet, da die Konservierungsdauer von Gesetzes wegen höchstens fünf Jahre beträgt (Art. 15 Abs. 1 FMedG) und ein Ableben des (jungen und gesunden) Spenders als recht unwahr-

21 Z.B. HEGNAUER, S. 141.

22 REUSSER, S. 486 ff.

23 BBl 1996 III 215, 264 f.; VPB 60.67 (Bundesamt für Justiz, 17. November 1995), Ziff. 4.3.

24 REUSSER, S. 488.

25 BBl 1996 III 264. Zur Rechtslage vor dem In-Kraft-Treten von Art. 3 Abs. 4 FMedG FRANK, S. 365 ff., SCHNEIDER, S. 389, mit weiteren Hinweisen.

26 BBl 1996 III 264.

scheinlich eingestuft werden kann. Zudem sind die Folgen für das Kind weniger gravierend, weil beim Verfahren der heterologen Insemination ein Kindesverhältnis zum Ehemann der Mutter besteht.<sup>27</sup>

Anders verhält es sich, wenn der Vater zwischen der In-vitro-Fertilisation und dem Embryotransfer stirbt. Hier kann im Interesse des bedingten Lebensschutzes des Embryos ein Transfer kurz nach dem Tod des Vaters nicht ausgeschlossen werden.<sup>28</sup> Dieser Unterschied lässt sich im Wesentlichen durch den höheren Schutz erklären, den ein Embryo etwa im Vergleich zu imprägnierten Eizellen geniesst.

Als Teilantwort auf die erste der eingangs gestellten Fragen lässt sich festhalten, dass das FMedG zur Frage der Herausgabe kryokonservierter imprägnierter Eizellen nicht qualifiziert schweigt. Den Materialien lässt sich vielmehr entnehmen, dass grundsätzlich deren Vernichtung beabsichtigt wurde, wenn eine Person stirbt, von der die Keimzellen stammen. Gleichwohl fragt sich, wie das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zu deuten ist. Besteht hier ein gewisser Auslegungsspielraum oder ist die Lösung bereits im Gesetz angelegt?<sup>29</sup>

### 3.3 Herausgabe kryokonservierter imprägnierter Eizellen

Nach den Grundwertungen des FMedG, die sich auf Verfassungs- und Völkerrecht zurückführen lassen, wird das Kindeswohl des in einem Verfahren der künstlichen Fortpflanzung zu zeugenden Kindes höher bewertet als der Kinderwunsch der Eltern. Zum Kindeswohl zählt auch die Möglichkeit, ein Verhältnis zu zwei Elternteilen zu leben.<sup>30</sup>

Im Interesse des Kindeswohls hat der Gesetzgeber die Einsatzmöglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin stark eingeschränkt. Man kann sich zwar fragen, ob sämtliche Wertungen, die diesen Einschränkungen zugrunde gelegen haben, auch in einigen Jahren noch Bestand haben werden. De lege lata ist die Orientierung an einem eher klassischen Familienbild mit einer Gemeinschaft von zwei Eltern jedoch hinzunehmen (Art. 191 BV).

Der Einsatz von Fortpflanzungstechnologien ist nur zu den im Gesetz abschliessend genannten Zwecken und unter den restrikti-

ven gesetzlichen Voraussetzungen möglich.<sup>31</sup> Der Umgang mit kryokonservierten imprägnierten Eizellen ist demnach stets an diesen restriktiv gefassten Zwecken zu messen.

Die Frage, ob kryokonservierte imprägnierte Eizellen für die weitere Verwendung nach dem Tod einer Person, von der sie stammen, herausgegeben werden dürfen, lässt sich aufgrund der Regelungszwecke sowie der Gesetzssystematik beantworten:

- Bereits die Verfassung (Art. 119 Abs. 2 lit. c BV) lässt die Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur dann zu, wenn die Unfruchtbarkeit nicht auf andere Weise behoben werden kann (Subsidiarität). Gefordert wird also Sterilität. Von einer solchen kann nur gesprochen werden, wenn trotz regelmässigem Geschlechtsverkehr während einer bestimmten Dauer keine Schwangerschaft eintritt.<sup>32</sup> Im Falle der postmortalen Verwendung von Keimzellen sind diese Voraussetzungen nicht mehr erfüllt.<sup>33</sup>
- Weiter verlangt Art. 7 Abs. 2 FMedG die schriftliche Einwilligung *des Paares* auch für das Reaktivieren imprägnierter Eizellen. Eine solche ist bei der postmortalen Verwendung nicht mehr möglich.<sup>34</sup> Damit ist allerdings die Frage nicht beantwortet, wie zu verfahren ist, wenn eine postmortale Verwendung der kryokonservierten imprägnierten Eizelle dem ausdrücklichen Willen der verstorbenen Person entspricht. In solchen Fällen überwiegen u.E. die mit dem FMedG verfolgten öffentlichen Interessen. Es geht sowohl aus der Verfassung als auch aus dem Gesetz klar hervor, dass eine postmortale Verwendung von Keimzellen nicht gewollt ist und mit dem Kindeswohl nicht im Einklang steht.<sup>35</sup> Dies

27 Vgl. BBl 1996 III 264.

28 BBl 1996 III 253. Diese Ausnahme liegt indes bereits in der Sphäre des Schutzes des Embryos in vitro und berührt die Frage, inwiefern dieser über einen eigenständigen grundrechtlichen Schutz verfügt; dazu vorne 2.2.

29 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 236.

30 Vorne bei Fn. 7.

31 Vgl. AUBERT, N 22. Siehe auch Schott, S. 6.

32 REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 25.

33 BBl 1996 III 253.

34 Vgl. auch SCHNEIDER, S. 389.

35 BBl 1996 III 253.

kann zwar eine Einschränkung der persönlichen Freiheit der verstorbenen Person bedeuten, die zu Lebzeiten über das weitere Schicksal ihrer Keimzellen verfügen möchte,<sup>36</sup> doch enthält das FMedG in Art. 3 Abs. 4 eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage, die im Interesse des Kindeswohls die persönliche Freiheit in verhältnismässiger Weise einschränkt.<sup>37</sup> Ebenso wird die persönliche Freiheit der noch lebenden Person, für die der Wunsch nach Kindern eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellt,<sup>38</sup> durch das Verwendungsverbot eingeschränkt. Auch hier rechtfertigen indes gesetzliche Grundlage und öffentliches Interesse diese Einschränkung.

- Aus gesetssystematischer Sicht ist in erster Linie beim Konservierungszweck anzusetzen: Imprägnierte Eizellen dürfen nur zur späteren Herbeiführung einer Schwangerschaft kryokonserviert werden (Art. 16 Abs. 1 lit. b FMedG). Dies wiederum ist nur im Rahmen von Art. 3 FMedG möglich, d.h. nicht nach dem Ableben einer Person, von der eine Keimzelle stammt. Anders als beim Widerruf der Einwilligung zur Aufbewahrung der imprägnierten Eizellen oder beim Ablauf der Frist ist aber in den hier behandelten Fällen die sofortige Vernichtung nicht immer möglich, weil der Todesfall der Person, von der eine Keimzelle stammt, der konservierenden Stelle nicht bekannt wird. Dadurch erklärt sich auch, weshalb zwar in Art. 16 Abs. 4 FMedG, nicht aber in Art. 3 Abs. 4 FMedG ein Gebot zur sofortigen Vernichtung enthalten ist. Da die imprägnierten Eizellen kei-

nen eigenständigen Schutz geniessen, sondern von den Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrechten der Personen abhängen, von denen sie stammen, soll mit Art. 16 Abs. 4 FMedG die *sofortige* Vernichtung sichergestellt werden, wenn dies dem ausdrücklichen Willen entspricht oder die Konservierungsfrist ungenutzt abgelaufen ist. Der spezifische Zweck von Art. 16 Abs. 4 FMedG besteht deshalb darin, die sofortige Vernichtung zu gewährleisten. Sobald in allen übrigen Fällen ersichtlich wird, dass der Konservierungszweck dahin gefallen ist, müssen die kryokonservierten imprägnierten Eizellen ebenfalls vernichtet werden.<sup>39</sup> Dieser Schluss steht im Einklang mit den Gesetzesmaterialien.<sup>40</sup>

Es stellt sich nun die Frage, ob das Vernichtungsgebot kryokonservierter imprägnierter Eizellen auch dann gilt, wenn solche exportiert und in einem Land entwickelt und eingesetzt werden sollen, das liberalere Regelungen kennt als die Schweiz.

Grundsätzlich gilt im öffentlichen Recht, zu dem das FMedG zu zählen ist, das *Territorialitätsprinzip*. Nach diesem Prinzip entfaltet das öffentliche Recht nur in dem Staat Rechtswirkungen, der es erlassen hat. Es gilt nur für Sachverhalte, die sich im räumlichen Herrschaftsbereich des rechtsetzenden Gemeinwesens ereignen.<sup>41</sup> Im Ausland vorgenommene fortpflanzungsmedizinische Behandlungen entziehen sich damit grundsätzlich dem Geltungsbereich des FMedG. Die *Herausgabe der kryokonservierten imprägnierten Eizelle erfolgt jedoch im Inland*. Wer Keimzellen und imprägnierte Eizellen konserviert benötigt eine Bewilligung und muss Gewähr für eine gesetzeskonforme Tätigkeit bieten (Art. 10 FMedG). Gesetzeskonform wiederum ist nur eine Konservierung imprägnierter Eizellen, wenn diese der späteren Herbeiführung einer Schwangerschaft dient (Art. 16 Abs. 1 FMedG). Da das FMedG die zulässigen Verfahren der Fortpflanzungsmedizin abschliessend bezeichnet und die restriktiven Voraussetzungen ebenfalls abschliessend benennt, kann mit der Herbeiführung einer Schwangerschaft nur ein zulässiges Verfahren im Sinn von Art. 3 FMedG gemeint sein. Eine Verwendung imprägnierter Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, ist nicht zulässig (Art. 3 Abs. 4

36 Vgl. etwa BGE 127 I 115 E. 4. Siehe auch HÄFELIN/HALLER, N 365 und MÜLLER, S. 56 ff.; alles betreffend die Frage der Selbstbestimmung über den eigenen Körper nach dem Tod im Zusammenhang mit Transplantationen.

37 Siehe VPB 60.67 (Bundesamt für Justiz, 17. November 1995), Ziff. 5.1.

38 BGE 119 Ia 460 E. 5.; 115 Ia 234 E. 5. Vgl. MÜLLER, S 51 f.; PELET, S. 240.

39 In der Praxis werden Aufbewahrungsverträge abgeschlossen, die mit der Bezahlung der Gebühr für die Aufbewahrung periodisch erneuert werden. Wird die Gebühr nicht bezahlt und bleibt eine Mahnung erfolglos, so werden die Keimzellen und die imprägnierten Eizellen in der Regel vernichtet. Eine unbeschränkt lange Aufbewahrung kommt damit ohnehin kaum vor.

40 Siehe vorne bei Fn. 26.

41 Statt vieler Häfelin/Müller, Rz. 357 ff.

FMedG). Wer kryokonservierte imprägnierte Eizellen zur Entwicklung und Einpflanzung im Ausland herausgibt, verletzt damit seine Pflichten, die ihn im Rahmen der Konservierung treffen. Sobald ihm nämlich das Ableben einer Person, von der Keimzellen stammen, bekannt wird, müssen die imprägnierten Eizellen vernichtet werden, weil der Aufbewahrungszweck dahin gefallen ist.

### 3.4 Strafbarkeit

Laut Art. 37 lit. b FMedG wird mit Haft oder Busse bis 100'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich Keimzellen oder imprägnierte Eizellen verwendet, die von einer verstorbenen Person stammen. Welche Handlungen genau unter dem Begriff «verwendet» zu verstehen sind, lässt sich der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht entnehmen. Hingegen ergibt sich aus der Auslegung der Art. 3 Abs. 3 und 4, 11 Abs. 2, 15 Abs. 3, 22 und 24 FMedG, dass mit «verwenden» im Rahmen des FMedG der direkte Gebrauch einer Keimzelle oder einer imprägnierten Eizelle zur Entwicklung eines Embryos oder zur Erzeugung einer Schwangerschaft gemeint ist. Ein Arzt oder eine Ärztin, die eine imprägnierte Eizelle eines Verstorbenen herausgibt, damit diese allenfalls im Ausland «verwendet» wird, handelt insofern nicht tatbestandsmässig im Sinn von Art. 37 lit. b FMedG. Sie verletzt hingegen ihre Pflichten im Rahmen der Konservierung. Laut Art. 37 lit. f FMedG wird nämlich auch mit Haft oder mit Busse bis 100'000 Franken bestraft, wer entgegen den Art. 15, 16 und 42 FMedG Keimgut konserviert. Das Konservieren von Keimgut wiederum ist dann nicht zulässig, wenn der für die Konservierung zuständige Arzt weiss, dass die Person, von der eine Keimzelle stammt, verstorben ist. Wie dargelegt trifft ihn in diesen Fällen die Pflicht, das Keimgut zu vernichten. Wer entgegen dieser Pflicht kryokonservierte imprägnierte Keimzellen herausgibt, macht sich demnach strafbar.

Die Ei- und die Embryonenspende sowie die Leihmutterschaft sind in der Schweiz unzulässig (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV, Art. 4 FMedG). Wer bei einer Leihmutter Fortpflanzungsverfahren anwendet, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft. Ebenso wird bestraft, wer Leihmutterschaften vermittelt (Art. 31 FMedG). Es fragt sich, ob sich eine Ärztin oder ein Arzt, der kryokonservierte imprägnierte Eizellen herausgibt, wegen Gehilfenschaft straf-

bar macht, wenn diese im Ausland in dort allenfalls zulässiger Weise einer Leihmutter eingepflanzt werden. Diese Frage ist zu verneinen, da es in diesem Fall an einer strafbaren Haupttat fehlt (siehe Art. 25 des Strafgesetzbuches).<sup>42</sup> Hingegen ändert die Straflosigkeit der Leihmutterschaft im Ausland wohl nichts daran, dass die Vermittlung der Leihmutterschaft in Art. 31 Abs. 2 FMedG als eigener Tatbestand der Strafe unterstellt ist. Wer also aktiv in der Schweiz (legale) Leihmutterschaften im Ausland vermittelt, untersteht dieser Strafdrohung.

## 4 Exkurs: Herausgabe konservierter Keimzellen

Da Eizellen nach wie vor ohne Imprägnation nicht konserviert werden können, stellt sich einzig für konservierte Samenzellen die sinngemässe Frage nach der Zulässigkeit der Herausgabe nach dem Tod des Samenspenders.

Grundsätzlich gelten für diesen Fall die gleichen Regeln wie für imprägnierte Eizellen: Das Kindeswohl steht auch hier im Vordergrund. Auch Samenzellen dürfen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, nicht mehr verwendet werden (Art. 3 Abs. 4 FMedG).<sup>43</sup> Ebenso sind sie bei Widerruf der Einwilligung zur Konservierung oder nach Ablauf der Konservierungsdauer sofort zu vernichten (Art. 15 Abs. 4 FMedG). Nach dem Tod der Person, von der die Samenzellen stammen, ist – ausser im Fall einer Samenspende – keine nach der schweizerischen Regelung zulässige fortpflanzungsmedizinische Behandlung mit diesen Keimzellen denkbar. Sie müssen deshalb vernichtet werden, sobald der konservierenden Ärztin oder dem konservierenden Arzt bekannt wird, dass die Person, von der sie stammen, gestorben ist.<sup>44</sup> Der Kindeswohlgedanke überwiegt den Wunsch der überlebenden Partnerin, ein Kind von ihrem verstorbenen Partner zu bekommen.

42 Z.B. STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Vorbemerkungen Art. 24-26 N 22; JÖRG REHBERG/ANDREAS DONATSCH, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 7. Aufl., Zürich 2001, S. 155 f.; MARC FORSTER, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, Basel/Genf/München 2003, Art. 25 N 17, 25; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, S. 227 f.

43 Siehe zum besonders gelagerten Fall von gespendetem Samen vorne bei Fn. 27.

44 Vgl. BBl 1996 III 264.

Die blossе Herausgabe der Samenzellen erfüllt zwar den Tatbestand von Art. 37 lit. a FMedG nicht, da in der Herausgabe keine Anwendung eines Fortpflanzungsverfahrens erblickt werden kann. Ebenso handelt es sich bei der Herausgabe nicht um eine Verwendung im Sinn von Art. 37 lit. b FMedG. Hingegen dürfte auch bei der Herausgabe von Samenzellen der Tatbestand von Art. 37 lit. f FMedG greifen, der diejenigen mit Haft oder Busse bis 100'000 Franken bedroht, die entgegen Art. 15, 16 und 42 Keimgut konservieren. Ein Konservieren von Samenzellen über den Tod der Person hinaus, von der sie stammen, verletzt die implizit in Art. 15 FMedG enthaltene Vernichtungspflicht.

## 5 Ergebnis

Die eingangs gestellten Fragen lassen sich demnach wie folgt beantworten:

- Aus den Materialien, den Regelungszwecken sowie der Systematik des FMedG ergibt sich, dass Art. 3 Abs. 4 FMedG auch ein Vernichtungsgebot von Keimzellen und imprägnierten Eizellen umfasst. Sobald der Arzt oder die Ärztin, die für die Konservierung zuständig ist, vom Ableben der Person erfährt, von der die Keimzellen stammen, sind diese zu vernichten. Aus der ausdrücklichen Anordnung der sofortigen Vernichtung in den Fällen des Widerrufs der Zustimmung oder des Ablaufs der Konservierungsdauer in Art. 15 Abs. 4 und Art. 16 Abs. 4 FMedG lässt sich nicht e contrario schliessen, dass das Vernichtungsgebot im Fall des Todes einer Person, von der die Keimzellen stammen, nicht greifen soll. Das FMedG enthält diesbezüglich auch kein qualifiziertes Schweigen.

Vielmehr gilt für diese Fälle ebenfalls ein Vernichtungsgebot. Der spezifische Zweck von Art. 15 Abs. 4 und Art. 16 Abs. 4 FMedG besteht darin, dem Selbstbestimmungsrecht der Patientinnen und Patienten, das sich auch auf den Umgang mit ihren Keimzellen erstreckt, wirksam Nachachtung zu verschaffen und die *sofortige* Vernichtung anzuordnen. Da die Keimzellen und imprägnierten Eizellen keinen eigenständigen verfassungsrechtlichen Schutz geniessen, hält das letztlich dem Kindeswohl dienende Vernichtungsgebot vor der Verfassung stand.

Bei der Herausgabe von Keimzellen oder imprägnierten Eizellen Verstorbener durch die mit der Konservierung betraute Person wird der Übertretungstatbestand von Art. 37 lit. f FMedG erfüllt. Laut diesem Tatbestand wird mit Haft oder Busse bis 100'000 Franken bestraft, wer entgegen den Art. 15, 16 und 42 FMedG Keimgut konserviert. Eine Konservierung über den – der konservierenden Person bekannten – Zeitpunkt des Todes einer Person hinaus, von der die Keimzellen stammen, widerspricht Art. 15 und 16 FMedG. Nicht erfüllt ist dagegen der Tatbestand von Art. 37 lit. b FMedG der diejenigen bestraft, die vorsätzlich Keimzellen oder imprägnierte Eizellen verwenden, die von einer verstorbenen Person stammen. Die blossе Herausgabe solcher Zellen ist kein «verwenden» im Sinn des FMedG.

Gegenwärtig wird eine Revision des FMedG geprüft (Zulassung der Präimplantationsdiagnostik).<sup>45</sup> Zur Vermeidung von Missverständnissen würde es sich anbieten, im Zug dieser Revision auch den Wortlaut von Art. 3 Abs. 4 FMedG anzupassen. Klärend könnte etwa die Ergänzung um einen zweiten Satz wirken, der wie folgt lauten könnte: «Sie [d.h. die Keimzellen oder imprägnierten Eizellen] sind sofort zu vernichten.»

<sup>45</sup> Siehe Fn. 11.

## Literatur

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Art. 119 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf 2003.
- FRANK RICHARD, Der verwaiste Embryo – ein Anwendungsfall des Persönlichkeitsrechts, in: *SJZ* 80 (1984), S. 365-367.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Ein Grundriss*, 6. Aufl., Zürich 2005.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002.
- HANGARTNER IVO, *Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, Eine grundrechtliche Standortbestimmung*, Zürich 2000.
- HEGNAUER CYRIL, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, in: *Festschrift für Ulrich Häfelin*, Zürich 1989, S. 127-148.
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der Uno-Pakte und der EMRK*, 3. Aufl., Bern 1999.
- PELET ODILE, *Organes, tissus, cellules: loin du corps, loin de la personne?*, Bern 2002.
- REUSSER RUTH, Fortpflanzungsmedizin, Stand des Gesetzgebungsverfahrens, in: *ZBJV* 133 (1997), S. 472-491.
- REUSSER RUTH/SCHWEIZER RAINER J., Art. 119 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Zürich/Basel/Genf/Lachen 2002.
- REY HEINZ, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts*, 2. Aufl., Bern 2000.
- SCHNEIDER FRANZISKA, *Artifizielle Reproduktion und Gentechnologie beim Menschen*, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, Zürich 1994, S. 375-425.
- SCHOTT MARKUS, Vernichtung konservierter Embryonen, Gutachten erstattet dem Verein Kinderwunsch, 28. April 2003 (<http://www.kinderwunsch.ch/n-letter/EmbryoverbGutachten.pdf>).
- SCHWEIZER RAINER J., Art. 24novies BV, in: Aubert Jean-Francois et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel etc. ab 1987* (zit. SCHWEIZER, Art. 24novies).
- SCHWEIZER RAINER J., *Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben für den Umgang mit Embryonen, Föten sowie Zellen und Geweben*, Zürich/Basel/Genf 2002 (zit. SCHWEIZER, Vorgaben).



# Organisation des services de garde dans le canton de Genève: *de lege lata, de lege ferenda*<sup>1</sup>

Dominique Sprumont, Prof. ass. aux Universités de Neuchâtel et Fribourg  
 et Jean Perrenoud, collaborateur scientifique à l'IDS  
 Institut de droit de la santé, 33, av. du 1<sup>er</sup>-Mars, 2000 Neuchâtel  
 dominique.sprumont@unine.ch

## ■ Résumé

*Le canton de Genève va modifier prochainement sa législation sur la santé. Le projet de loi sur la santé introduit formellement le principe d'une obligation de participer à un service de garde à tous les professionnels de la santé. Face à sa mission de garantir un service permanent de soins, le canton de Genève prévoit ainsi de se doter d'un instrument juridique qui lui permettra, en cas de lacune dans le système de garde mise en place par les associations, de pallier les déficiences éventuelles. Cet article évalue le bien-fondé de ce nouvel instrument juridique en le comparant à d'autres législations cantonales similaires.*

## ■ Zusammenfassung

*Der Kanton Genf wird demnächst sein Gesundheitsgesetz ändern. Das Projekt zur Gesetzesrevision sieht ausdrücklich das Prinzip vor, dass alle Gesundheitsfachpersonen einer Pflicht unterstehen, an einem Aufsichtsdienst teilzunehmen. Der Kanton Genf, welchem die Aufgabe obliegt einen permanenten Pflegedienst zu garantieren, stellt sich somit ein juristisches Instrument zur Verfügung, das ihm im Falle eines lückenhaften Aufsichtsdienstes erlaubt, die möglichen Fehlleistungen zu beheben. Durch einen Vergleich mit ähnlichen Gesetzen anderer Kantone wird in diesem Artikel die Stichhaltigkeit dieses neuen juristischen Instruments evaluiert.*

## Introduction

Les services d'urgences dans le canton de Genève sont majoritairement assumés par une entreprise privée qui assure les gardes 24 heures sur 24 et se déplace à domicile. L'association médicale cantonale, l'Association des Médecins du canton de Genève (AMG), assure, quant à elle, des gardes et des déplacements à domicile effectués par des médecins installés en pratique privée et ce, de 7 heures à 23 heures, tous les jours de la semaine. Suite à un nombre important de divergences entre ces deux organismes, l'entreprise privée a menacé de suspendre ses interventions de nuit.

son territoire, mais la loi actuelle sur les professionnels de la santé ne prévoit pas la possibilité d'imposer un service de garde aux acteurs de la santé. Il existe bien pour les médecins les règles déontologiques de la FMH, mais elles ne créent cependant pas d'ancrage juridique suffisant pour permettre d'élargir l'obligation du service de garde à d'autres professionnels de la santé que ceux affiliés à l'AMG. En revanche, les dispositions du projet de loi sur la santé prévoient cette possibilité.

L'article désire analyser la validité juridique de l'obligation faite aux professionnels de la santé d'effectuer des gardes, dans le projet de

La situation pourrait être préoccupante à long terme. En effet, l'Etat a pour mission de garantir un système de soins permanent sur

<sup>1</sup> Cet article est basé un avis de droit rendu à l'intention du Département de la santé et de l'action sociale du canton de Genève par l'Institut de droit de la santé en septembre 2004.

loi sur la santé mis en consultation le 6 janvier 2004<sup>2</sup>. La question sera traitée principalement sous l'angle des médecins, étant entendu que la disposition en question s'adresse à tous les professionnels de la santé.

## 1 Analyse de l'article 100 du projet de loi sur la santé

Le projet de loi sur la santé prévoit de réglementer les services de garde et de permanence des professionnels de la santé à son article 100, qui a la teneur suivante :

### « Art. 100 Service de garde et de permanence »

*1 Les professionnels de la santé assurent des services de garde et de permanence de manière à garantir les besoins en soins de la population. Chaque professionnel de la santé est tenu d'y participer.*

*2 Le Conseil d'Etat peut intervenir lorsque les modalités des services de garde et de permanence mis en place par les associations professionnelles concernées ne répondent pas aux exigences de l'alinéa 1. Il peut désigner les professions de la santé qui ne sont pas tenues d'assurer de tels services. »*

Plusieurs éléments fondamentaux se dégagent de cette disposition. Le but de l'article 100 est de garantir les besoins en soins de la population. On comprend bien qu'il s'agit ici à la fois d'un intérêt public et d'un intérêt privé. Ce but est atteint par le biais des services de garde et de permanence. Ceux-ci sont en principe organisés librement par les associations

professionnelles. Le Conseil d'Etat se réserve cependant la possibilité d'imposer une obligation de participer à ces services à tout professionnel de la santé, si les systèmes mis en place par les associations professionnelles ne permettent pas d'assurer les besoins en soins de la population.

### 1.1 Intérêts publics visés

L'article 100 vise avant tout à garantir les besoins en soins de santé de la population en général et de chaque individu en particulier. Dans la littérature, on utilise aussi le terme de *permanence des soins*<sup>3</sup>. Cette disposition a également pour objectif, au regard de l'article 31<sup>4</sup> du même projet de loi, une maîtrise des coûts de la santé par une couverture des besoins en soins de la population, « tant d'un point de vue qualitatif que quantitatif ». Les services de garde et de permanence contribuent ainsi à maintenir une couverture de soins adéquats de la population en évitant la surcharge des services d'urgence des hôpitaux dont la mission est de prendre en charge des situations plus sévères dans un encadrement médical plus sophistiqué et, donc, plus coûteux. Nous reviendrons au chiffre 3.4 sur cet aspect important de l'art. 100.

### 1.2 Mesures prévues

La mesure principale à prendre afin de remplir les buts prévus par l'article 100 est l'organisation des services de garde et de permanence par des associations professionnelles. Nous analyserons d'abord les notions de service de garde et de permanence. Nous précisons ensuite les principaux destinataires de cette disposition, à savoir les associations professionnelles, ainsi que les conditions auxquelles l'Etat sera en droit d'intervenir dans la gestion des services de garde et de permanence, notamment en imposant à tout professionnel de la santé d'y participer.

#### 1.2.1 Services assurant la permanence des soins

Il nous semble important de ne pas nous limiter aux notions de *service de garde* et *service de permanence*, mais d'aborder également celles de *service de piquet* et *service d'urgence*, telles qu'elles se présentent dans la législation. A titre liminaire, il paraît aussi utile de rappeler que le terme d'*urgence* a évolué

2 Projet de loi sur la santé, 6 janvier 2004, [http://www.geneve.ch/dass/doc/loi\\_sante.pdf](http://www.geneve.ch/dass/doc/loi_sante.pdf).

3 Voir le Dossier: La permanence des soins, *Revue de droit sanitaire et social*, vol. 40, n° 2, avril-juin 2004, p. 260-309.

4 La teneur de l'article 31 est la suivante :

« Art. 31 Plan cantonal des soins »

*1 Le plan cantonal hospitalier et extra-hospitalier vise à assurer, d'un point de vue qualitatif et quantitatif, une couverture des soins conforme aux besoins de la population.*

*2 Le plan cantonal hospitalier comprend l'organisation du réseau hospitalier cantonal, les mandats de prestations de chaque établissement et les collaborations intercantionales et régionales. Il prend en considération de manière adéquate les établissements privés.*

*3 Il comprend aussi l'organisation des institutions qui produisent des soins, une assistance médicale ainsi que des mesures de réadaptation à des patients pour une longue durée. »*

ces cinquante dernières années. En effet, le service hospitalier, de par ses équipements de qualité et ses praticiens, est venu peu à peu concurrencer l'initiative privée et la notion d'urgence en a été transformée, n'étant désormais plus comprise comme un service consistant à venir en aide aux patients dans les plus brefs délais quel que soit leur lieu de résidence, mais comme les services d'urgences hospitaliers complétés par les services mobiles d'urgence et réanimation (SMUR). Les équipements et donc les urgences ont souvent été concentrés dans les hôpitaux publics, voire, pour les soins les plus complexes, dans les grands centres hospitaliers universitaires. Les comportements des usagers ont également changé et certains recherchent désormais un service et la sécurité de consultations non programmées pour des soins qui ne revêtent pas toujours le caractère d'urgence<sup>5</sup>. Cette situation s'observe notamment en France<sup>6</sup>.

#### a) *Service de garde et de permanence*

La jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) évoque les services de garde et de permanence notamment dans une affaire concernant une clinique privée. L'arrêt établit une distinction entre un *système de permanence* et un *système de garde*. Le *système de permanence* assure une présence médicale 24 heures sur 24, obligatoire dans un hôpital public universitaire vu l'importance numérique de l'activité (ici, l'obstétrique) et la gravité des cas, tandis que le *système de garde* permet par téléphone ou pager d'atteindre du personnel disponible en cas d'urgence, ce qui est le cas pour une clinique privée. Toute la question est de savoir sur quels critères on peut se baser pour apprécier si le professionnel appelé peut arriver à temps. Le TF avoue à ce propos son ignorance quant à l'existence de «règles minimales posées en général et en particulier par les autorités cantonales compétentes en cas d'urgence»<sup>7</sup>.

Pour prendre des exemples de législations cantonales, les termes de *permanence* et *service de garde* sont utilisés dans un arrêté fribourgeois sur le statut des médecins d'hôpitaux<sup>8</sup> avec des acceptions différentes: ainsi, l'horaire ordinaire comprend du travail de nuit et des permanences le dimanche ou les jours chômés. Le service de garde, lui, est prévu en sus de l'horaire ordinaire; les médecins peuvent être tenus de l'accomplir. Ils doivent alors se tenir à disposition à leur lieu de travail pour

intervenir en cas de besoin; ce service compte dans la durée ordinaire du travail fixé et une indemnité est versée en sus.

La législation fribourgeoise parle également de *service de garde et de permanence* dans sa loi sur la santé<sup>9</sup>, mais ne fait pas de différence entre les deux termes. En revanche, le règlement concernant le service de garde des médecins qui en est issu ne parle que du service de garde<sup>10</sup>. L'article 95 de la loi sur la santé institue un service obligatoire pour tout professionnel de la santé pour assurer les besoins en soins de la population. L'article 100 du projet de loi genevois correspond mot pour mot à l'article 95 de la loi sur la santé du canton de Fribourg qui a déjà fait l'objet d'une décision judiciaire et a servi de base à un accord avec la société des médecins du canton de Fribourg. Nous reviendrons sur cette législation dans un chapitre spécifique.

La législation valaisanne parle de *service de garde* dans sa loi sur la santé<sup>11</sup> à l'article 71. Ce terme vise l'établissement d'un service de garde par les associations professionnelles pour assurer les besoins de la population. Le service de garde est également évoqué dans le concept hospitalier 2004 comme l'une des tâches à accomplir pour le médecin d'hôpital.

A noter que la permanence ne se confond pas avec les *permanences* telles qu'elles sont mentionnées aux articles 83 à 86 de la loi genevoise actuelle<sup>12</sup>. Ce dernier terme n'est d'ailleurs pas repris dans le projet de loi sur la santé.

5 J. PENEFF, Urgences, *Dictionnaire de la pensée médicale*, PUF, Paris, 2004, p. 1177.

6 La permanence des soins, *Revue de droit sanitaire et social*, vol. 40, n° 2, avril-juin 2004, p. 260-309.

7 Arrêt 6S.20/2004 non publié à ce jour (septembre 2004) du 18 mars 2004 dans une affaire vaudoise (homicide par négligence), p. 4. disponible sur <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (site consulté le 23.06.2005).

L'affaire a été renvoyée à l'instance cantonale notamment pour réexamen des règles cantonales en vigueur.

8 Arrêté du 11 juillet 2000 fixant le statut des médecins assistants et assistantes des hôpitaux et services cantonaux (RSF 822.0.42).

9 Loi du 16 novembre 1999 sur la santé (RSF 821.0.1).

10 Règlement du 14 novembre 2002 concernant le service de garde des médecins dans le canton de Fribourg (RSF 821.0.121).

11 Loi sur la santé du 9 février 1996 (RSV 800.1).

12 Loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical (LPS) du 11 mai 2001 (RSG K 3 05).

### b) *Service de piquet*

Le *service de piquet* est défini, par le droit fédéral à l'article 14 alinéa 1 de l'Ordonnance 1 de la Loi sur le travail<sup>13</sup>. C'est cette ordonnance qui est à la base des négociations entre syndicats, SECO<sup>14</sup> (abréviation) et H+<sup>15</sup> à propos de la disponibilité dans les 30 minutes dans les services hospitaliers et qui définit les relations entre les employeurs et leur personnel médical<sup>16</sup>.

La doctrine et la jurisprudence définissent le *service de piquet* comme un usage, également dans le milieu hospitalier<sup>17</sup>. L'article 321c al. 3 du Code des obligations<sup>18</sup> n'y est pas applicable si le service de piquet constitue un usage et si l'imputation sur les heures de travail est réglée dans le cadre du contrat de travail.

En droit cantonal, le terme de *service de piquet* est utilisé par exemple dans l'arrêté fribourgeois du 11 juillet 2000 sur le statut des médecins d'hôpitaux: le service de piquet est prévu en plus de l'horaire ordinaire; les médecins peuvent être tenus de l'accomplir; ils se tiennent à disposition durant ce service, doivent être joignables et pouvoir rejoindre leur lieu de travail sans délai.

### c) *Service d'urgences*

La législation bernoise parle d'abord de *service des urgences* dans la loi sur la santé

publique à son article 30a, puis de *service de piquet* à son article 30b. Le terme de *service de piquet* est utilisé ici alternativement au terme de *service d'urgence* et correspond à une tâche spécifique effectuée dans un établissement hospitalier. Il est également utilisé pour les médecins d'hôpitaux<sup>19</sup> dans les règles sur les horaires de travail de ceux-ci et pour les médecins d'arrondissement<sup>20</sup>.

Le terme de *service d'urgences* est aussi utilisé à l'article 98 de la loi valaisanne sur la santé, mais dans le cadre spécifique des établissements et institutions sanitaires d'intérêt public.

On peut constater que les termes utilisés dans les législations cantonales manquent parfois de clarté et qu'ils demandent des précisions que l'on peut trouver dans les règlements d'application. La législation fribourgeoise, que nous examinerons ci-après, offre pour cela une cohérence terminologique.

#### 1.2.2 Principe de subsidiarité

Selon une interprétation téléologique de l'article 100 du projet de loi sur la santé, l'obligation des professionnels de la santé de participer à un service de garde ou de permanence ne s'applique qu'à titre subsidiaire. Cette disposition n'existe qu'afin de pallier les éventuelles carences des services organisés par les associations professionnelles. En effet, traditionnellement, l'organisation des services de garde est réservée à l'initiative privée. Ce sont avant tout les associations professionnelles qui assument cette tâche. On relèvera, par exemple, que le code de déontologie de la Fédération des médecins suisses (FMH), à son article 40, confie explicitement l'organisation des services d'urgence locaux et régionaux aux sociétés cantonales de médecine<sup>21</sup>. L'article 100 ne limite cependant pas l'organisation du service de garde à une association particulière, mais la confie plus généralement à toute association professionnelle. Ce qui prime ici est la mise sur pied effective d'un service de garde qui permette d'assurer les besoins de la population 24 heures sur 24, 7 jours sur 7. Il peut donc aussi bien s'agir d'une association au sens des articles 60 et suivants du Code civil<sup>22</sup>, que d'une entreprise privée créée par des professionnels pour remplir cette mission. A ce stade, l'Etat ne délègue pas de compétence à qui que ce soit. Il laisse simplement les associations professionnelles gérer leur tâche traditionnelle. On notera d'ailleurs que de nombreux cantons ne dispo-

13 Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la Loi sur le travail (OLT 1) (RS 822.111).

14 Secrétariat d'Etat à l'économie, voir l'état du dossier. [http://www.famh.ch/loi\\_travail\\_f.htm](http://www.famh.ch/loi_travail_f.htm) (site consulté le 23.06.2005).

15 Association des hôpitaux suisses <http://www.hplus.ch/> (site consulté le 23.06.2005).

16 Jean-Luc VONNEZ, Services de piquet: hôpitaux et syndicats sont à la table des négociations, *Médecine & Hygiène*, n° 2482, 12 mai 2004, p. 1053. Voir: SECO, Aide-mémoire sur l'application de la Loi sur le travail dans les hôpitaux et cliniques, disponible sur le site: [http://www.asmav.ch/documents/seco\\_aide\\_mem.pdf](http://www.asmav.ch/documents/seco_aide_mem.pdf) (consulté le 23.06.2005).

17 Ch. FAVRE, Ch. MUNOZ, R.A. TOBLER, *Le contrat de travail*, Lausanne, Bis & ter, 2001, p 38 qui cite une jurisprudence grisonne GR KG 01.05.1989 confirmée par le Tribunal fédéral, jurisprudence publiée dans PKG 1989 n° 9, p. 58.

18 Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (RS 220).

19 Ordonnance du 22 mars 2000 sur les conditions d'engagement des médecins d'hôpitaux (RSB 811.123).

20 Ordonnance du 13 mai 1998 sur les médecins d'arrondissement (RSB 165.301).

21 Code de déontologie de la FMH du 30 avril 2003. Le Code de déontologie est disponible à l'adresse suivante: [http://www.fmh.ch/fr/data/pdf/stao\\_2003\\_frz.pdf](http://www.fmh.ch/fr/data/pdf/stao_2003_frz.pdf) (site consulté le 23.06.2005).

22 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

sent pas de réglementation en la matière bien que des services de garde et de permanence y soient organisés<sup>23</sup>. Il faut aussi souligner que l'article 100 ne s'adresse pas uniquement aux médecins. Il s'agira ainsi d'évaluer profession par profession la pertinence et l'adéquation de ces services. En principe, l'Etat n'est pas tenu d'intervenir si les différents systèmes existants permettent de préserver les intérêts publics susmentionnés. On parle ainsi d'une « Kannvorschrift » dans la mesure où elle laisse une marge de manœuvre aux autorités non seulement sur la décision d'invoquer cette disposition, mais aussi sur les mesures à adopter.

### 1.2.3 Délégation de compétence et rôle supplétif de l'Etat

L'article 100 ne prévoit pas de délégation de compétence *stricto sensu* dans un premier temps. Néanmoins, si les conditions fixées à l'alinéa 1 première phrase ne sont pas respectées, à savoir si les besoins en soins de la population ne sont pas garantis, le Conseil d'Etat est en droit d'intervenir. Le Conseil d'Etat peut ainsi notamment imposer une obligation à tout professionnel de la santé de participer à un service de garde ou de permanence. Dans ce cas, les associations professionnelles agissent sous délégation de compétence avec ce que cela engendre en terme d'intervention des autorités sanitaires.

En effet, ce n'est qu'au moment où l'Etat constate une inadéquation entre le système de service de garde et les besoins en soins de la population qu'il s'appuiera sur l'article 100 pour renforcer les systèmes existants ou les réformer. Il pourra alors prévoir une délégation de compétence aux associations professionnelles. L'Etat pourrait également établir un contrat de prestation avec une association qui aurait mandat d'établir un système de garde sur le territoire cantonal en conformité avec l'article 31 du projet de loi sur la santé. Toute réforme du système impliquera nécessairement une négociation entre les différents partenaires: Etat, associations professionnelles, professionnels de la santé, institutions telles qu'hôpitaux et cliniques.

L'Etat se réserve également la compétence de désigner les professionnels de la santé qui ne sont pas soumis au service de garde, par exemple les médecins déjà soumis à un tel service dans un hôpital ou une clinique. La ou les associations qui mettent en place le système

peuvent aussi prévoir ces exceptions, comme nous le constaterons dans la législation fribourgeoise.

## 2 Analyse de la législation et de la jurisprudence fribourgeoise

### 2.1 La loi sur la santé du 16 novembre 1999 et de son règlement d'application

La législation fribourgeoise parle de *service de garde et de permanence* dans sa loi sur la santé à l'article 95. Ces deux termes n'ont une signification différente que dans le contexte très précis des médecins d'hôpitaux. L'article 95, qui fait partie de la section 3 de la loi intitulé *droits et devoirs* des professions médicales tient compte de tous les professionnels de la santé et est en cela plus large que la loi bernoise correspondante par exemple.

Plus précisément, tous les médecins pratiquant dans le canton de Fribourg sont soumis à un règlement très détaillé sur le service de garde<sup>24</sup>, découlant de l'article 95 de la loi sur la santé, qui a été adopté par la Société de médecine du canton de Fribourg (SMCF) et inscrit dans le recueil systématique des lois fribourgeoises. Le service de garde a été organisé au sein des groupes de professionnels. « On y distingue les gardes des médecins de premier recours et celles des spécialistes ». Les *urgences* y sont définies et il existe une répartition claire entre *petites urgences* et *grandes urgences vitales*: « Les médecins de garde assument les petites urgences. Les grandes urgences sont prises en charge par des médecins effectuant suffisamment d'interventions durant l'année et ayant suivi une formation selon les directives émises par la Commission des urgences de la SMCF (...) »<sup>25</sup>. A noter que les médecins qui participent déjà à un service de garde hospitalier sont dispensés du service et que le terme de *permanence* a complètement disparu du vocabulaire utilisé dans le Règlement. La différence de contenu entre *service de garde* et *service de permanence*, utile pour le statut des médecins d'hôpitaux n'est ici pas reprise.

23 Des cantons comme Fribourg, le Tessin, Vaud et le Valais bénéficient d'une base légale claire; les cantons du Jura et de Neuchâtel n'en bénéficient pas. En revanche, Berne, Bâle-Ville et Zurich par exemple ont aussi une base légale claire.

24 Règlement du 14 novembre 2002 concernant le service de garde des médecins.

25 Règlement du 14 novembre 2002 concernant le service de garde des médecins, art.1.

Remarquons aussi que l'exemple fribourgeois n'est pas le seul à avoir différencié les urgences selon leur gravité: un document du Service valaisan de la santé publique, le concept hospitalier 2004, différencie deux types d'urgences: les urgences ambulatoires ou mineures qui sont comprises comme «l'expression d'un besoin de soins urgents qui nécessite la mobilisation immédiate d'un médecin ayant les compétences et les moyens d'intervenir» et les urgences vitales ou majeures comme «[un] accident ou [une] maladie grave, à domicile ou hors domicile qui nécessite une intervention rapide et une hospitalisation. On considère comme telles toutes les situations où la vie de la personne est en danger»<sup>26</sup>.

Les autres professionnels de la santé dans le canton de Fribourg sont soumis à un règlement<sup>27</sup> plus général, qui comprend également un service de garde obligatoire à organiser au sein de leurs associations professionnelles. Le règlement pour les médecins décrit ci-dessus se fonde d'ailleurs sur ce dernier.

En résumé, il nous semble que la systématique apportée par la législation fribourgeoise est cohérente et qu'elle distingue bien les différents aspects de la question. Le service de garde est une obligation pour tous les professionnels de la santé. Il est réglementé d'une part dans les rapports de service pour les médecins d'hôpitaux et d'autre part par les associations professionnelles pour tous les autres praticiens de la santé. On peut noter aussi dans le règlement du service de garde des médecins

l'émergence d'une nouvelle spécialisation de la profession: le médecin urgentiste<sup>28</sup>.

Plusieurs affaires récentes permettent d'illustrer l'importance pour l'Etat de la bonne organisation d'un système d'urgence. Un arrêt du Tribunal fédéral, dans une affaire schwyzoise, a en effet confirmé le jugement qui condamnait un médecin des urgences pour lésions corporelles graves par négligence pour erreur de diagnostic<sup>29</sup>. Un cas un peu semblable à Genève<sup>30</sup> va être jugé prochainement devant le tribunal de police: une nuit de septembre 2000, le 144 reçoit un appel qu'il transmet à un médecin des Hôpitaux universitaires genevois. Il s'agit d'un jeune homme qui explique que son copain ex-toxicomane ne se réveille pas mais qu'il «respire et que son cœur bat». Le médecin finit par conseiller au jeune homme de laisser dormir son copain... qu'il retrouve mort le lendemain. Le préposé du 144 et le médecin sont tous les deux inculpés. Le pouvoir politique évoqua alors des questions de dysfonctionnement.

## 2.2 Arrêt du Tribunal administratif fribourgeois, X. contre Direction de la santé et des affaires sociales, du 24 mai 2000

La validité de l'obligation de garde a été contestée par un arrêt non publié du Tribunal administratif du canton de Fribourg, daté du 24 mai 2000, *X. gegen die Gesundheits- und Sozialfürsorgedirektion*. Celui-ci a débouté un médecin qui recourait contre une astreinte à l'obligation du service de garde avec les arguments suivants: l'obligation n'était pas basée sur une base juridique suffisante, elle contrevenait aux libertés personnelle, de commerce et d'industrie<sup>31</sup> ainsi qu'au principe d'égalité.

Le Tribunal rappelle tout d'abord qu'une activité médicale astreint à certains services que l'on ne peut refuser sans justification. Il constate aussi que l'existence d'un service de garde est d'un intérêt public incontestable. Ce service doit bien entendu être en priorité confié aux hôpitaux publics qui bénéficient de l'infrastructure suffisante, mais peut être également confié aux médecins privés en respectant les principes constitutionnels évoqués ci-dessus.

Le Tribunal poursuit en examinant la validité du service de garde au regard de la liberté économique. Il constate que cette liberté peut

26 Canton du Valais. Département de la santé, des affaires sociales et de l'énergie, Concept hospitalier 2004, janvier 2004, p. 53.

27 Règlement du 21 novembre 2000 concernant les fournisseurs de soins et la Commission de surveillance (RSF 821.0.12).

28 Voir à ce sujet l'article polémique de F. PILET et L. ROBYN, Le médecin généraliste doit-il encore s'occuper des urgences?: évolution du rôle du médecin de garde depuis l'avènement des SMUR, *Primary Care*, n° 3, 2003, p. 317-320.

29 Pour un commentaire de l'arrêt, voir J. PERRENOUD, Devoirs de diligence du médecin d'urgence: commentaire de l'arrêt «planche à roulette» (ATF 130 IV 7), *Revue suisse de droit de la santé (RSDS)*, n° 5, 2005, p. 7 et, plus précisément sur la responsabilité d'organisation des services d'urgence par l'Etat, qui mentionne également l'arrêt précité, voir l'article du regretté J. GROSS, *Sorgfaltspflichtverletzung und Verschulden in der Arzt- und Spitalhaftung nach Schweizerischem Recht*, *RSDS*, n° 6, 2005, p. 9.

30 Tribune de Genève du 20 avril 2005, *Médecin urgentiste accusé d'homicide par négligence*, rapporté sur le site de l'Association des médecins du canton de Genève [www.amge.ch](http://www.amge.ch) dans sa revue de presse, (site consulté le 21 juin 2005).

31 On parle de *liberté économique* depuis l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000 de la nouvelle Constitution fédérale.

être restreinte à certaines conditions qui sont remplies en l'espèce. Il estime que la base légale est suffisante et que l'intérêt public est manifestement fondé, car il y a une obligation de l'Etat (elementarsten Pflichten des Staates) à assurer la mission de base de la médecine (grundlegende medizinische Versorgung), même si cela ne ressort pas expressément de la loi (auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich festgehalten ist). Répondre aux urgences sanitaires est ainsi considéré comme une mission fondamentale de la médecine. Cet argument justifie la restriction de la liberté économique et des autres droits fondamentaux évoqués. Pour ces raisons, le principe d'égalité n'est pas non plus violé, ce d'autant plus que les hôpitaux sont en première ligne pour répondre aux urgences et que l'organisation du service de garde n'est confiée à l'Etat que de manière supplétive.

Le recourant évoquait également le rapport de confiance qui doit régner avec le patient, argument balayé par le Tribunal qui estime que, dans des cas d'urgence, un tel rapport n'a pas le temps de s'établir de cette manière et que le patient retournera ensuite vers son médecin habituel.

Le Tribunal conclut en rappelant l'obligation de l'Etat à assurer un service de garde, et souligne que celui-ci fait partie des fondements de la profession médicale, que le médecin ne peut y déroger sans violer ses obligations et porter atteinte à la réputation de la profession et que les arguments du médecin pour demander une dispense ne sont pas suffisants.

Notons aussi un autre argument, un peu plus éthique, évoqué dans l'arrêt pour justifier le service de garde. Assurer un tel service revêt une importance morale pour le médecin, car il participe ainsi à la bonne réputation de la médecine. Le même argument est d'ailleurs utilisé dans d'autres contextes, par exemple pour justifier l'obligation pour le médecin de respecter le secret médical au sens de l'article 321 du code pénal<sup>32</sup>.

Pour terminer, on peut remarquer que l'affaire a été jugée avant l'adoption des différents règlements, décrits ci-dessus, qui mettent en pratique de manière précise l'article 95 de la loi fribourgeoise. De l'aveu du Groupement romand des services de santé publique (GRSP) interpellé récemment sur le même sujet, les

autres cantons romands ne connaissent pas de problèmes liés aux services de garde, qu'ils bénéficient d'une base légale claire, comme le Tessin, Vaud et le Valais, ou non, comme les cantons du Jura et de Neuchâtel.

### 3 Validité de l'article 100 sous l'angle du droit constitutionnel

L'article 100 du projet de loi sur la santé stipule à son alinéa 1 une obligation faite aux professionnels de la santé de participer à un service de garde ou de permanence. Ce besoin en soins de la population est défini par le plan cantonal de soins mentionné à l'article 31 du projet<sup>33</sup>. La possibilité laissée aux cantons par la Confédération d'établir des normes pour l'exercice des professions médicales est également basée sur la santé comme intérêt public, qui peut être par exemple la limitation des coûts de la santé comme l'indiquent deux arrêts récents du Tribunal fédéral sur la clause du besoin<sup>34</sup>. Par conséquent, une norme, comme l'article 100 du projet de loi sur la santé, qui vise à satisfaire cet intérêt, s'inscrit dans la même logique et ne contrevient pas au droit fédéral.

Parmi les différents principes constitutionnels, deux libertés fondamentales paraissent potentiellement restreintes par l'obligation de participer à un service de garde: la *liberté économique* et la *liberté personnelle*. Une telle restriction est possible aux conditions fixées à l'article 36 Cst qui correspondent à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, à savoir respect des principes de la *légalité*, *d'intérêt public* et de *proportionnalité*, ainsi que du *noyau intangible* de la liberté en question c'est-à-dire l'essence du droit fondamental. Une restriction doit également veiller à respecter le

32 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

33 Voir la note 2 de bas de page ci-dessus pour le texte de l'article 31.

34 ATF 130 I 2 (arrêt 2P.305/2002 du 27 novembre 2003) et SJ 2005 I 205 (arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004). Pour un commentaire de cette jurisprudence, voir D. HOFMANN, Clause du besoin pour l'accès aux professions médicales: commentaire de l'ATF 2P.305/2002 du 27 novembre 2003, *RSDS*, n° 2, 2004, p. 13; et, du même auteur, La clause du besoin pour les médecins et la Constitution fédérale, *Pratique juridique actuelle (PJA)*, n° 7, 2003, p. 789. Voir également M. NOVIER, Nul n'est censé ignorer... que la clause du besoin a été renouvelée pour trois ans!, *Revue médicale suisse*, n° 23, p. 1582; finalement voir l'arrêt du Regierungsrat de Lucerne du 2 mars 2004, *Luzerner Gerichts- und Verwaltungs*, 2004, III, Nr. 20, p. 458 dans une affaire d'autorisation temporaire d'exercer pour un médecin dentiste.

principe d'égalité au sens de l'article 8 Cst. Après avoir brièvement rappelé la nature et la portée des libertés économique et personnelle, nous analyserons plus en détail chacune de ces exigences.

### 3.1 Liberté économique et liberté personnelle

Appelée précédemment liberté du commerce et de l'industrie, la *liberté économique* est inscrite à l'article 27 de la Constitution fédérale (Cst) du 18 avril 1999 et constitue l'un des principes fondamentaux de notre ordre juridique. Comme toute autre liberté, elle n'est pas absolue et peut être restreinte au sens de l'article 36 Cst. «Toutefois, le système de restrictions présente, en comparaison de celui qui s'applique aux autres libertés, quelques spécificités»<sup>35</sup>. On distingue en effet les *restrictions*, qui sont des mesures étatiques restreignant cette liberté tout en respectant la concurrence et le libéralisme économique, des *dérogations* qui interviennent dans la libre concurrence pour favoriser certaines branches ou activités.

35 J.-F. AUBERT, P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, Zurich, 2003, p. 241.

36 Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (RS 832.10).

37 Voir la note 34 ci-dessus.

38 RHINOW différencie plutôt les mesures conformes et les mesures contraires au principe. R.A. RHINOW, article 31, n° 141, (état juin 1988), p. 46, *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Staempfli, Helbing & Lichtenhahn, Schulthess, Berne, Bâle, Zurich, 1996.

39 J.-F. AUBERT, P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, Zurich, 2003 p. 241. A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTETIER, *Droit constitutionnel suisse, vol. II les droits fondamentaux*, Staempfli, Berne, 2000, p. 351-353, n° 686-688. U. HÄFELIN, G. MÜLLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrechts*, Zürich, Schulthess, 1998, p. 478, n° 1431 et 1443. J.P. MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK*, Berne, Stämpfli, 1999, p 661. Plus spécifiquement, pour le canton de Bâle-ville, voir: W. VON WARTBURG, *Gesundheitsrecht*, In: *Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, Basel, 1984, p. 690.

40 Voir Jean-François AUBERT, Pascal MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Schulthess, p. 241. A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTETIER, *Droit constitutionnel suisse, vol. II les droits fondamentaux*, Berne, Staempfli, 2000, p. 353-354, n° 689. U. HÄFELIN, W. HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, Schulthess, 2001, p. 193 qui estiment cependant que ces mesures n'ont pas encore obtenu des délimitations précises dans la jurisprudence. U. HÄFELIN, G. MÜLLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrechts*, Zürich, Schulthess, 1998, p. 478, n° 1432. P. MOOR, *Droit administratif*, t. I, Berne, Stämpfli, p. 388. J.P. MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK*, Berne, Stämpfli, 1999, p 662.

Dans notre cas, la prescription cantonale est une restriction et non une dérogation, car elle ne cherche pas à favoriser une branche ou une activité au détriment d'une autre, mais s'adresse à tous les professionnels de la santé sans distinction. Un éventuel règlement appliquant l'article 100 du projet de loi sur la santé devrait également veiller à respecter ce principe de libre concurrence.

La *liberté personnelle*, elle, est inscrite à l'article 10 al. 2 Cst. Elle recouvre les trois éléments essentiels suivants: l'intégrité physique, l'intégrité psychique et la liberté de mouvement. C'est ce dernier point qui nous intéresse plus particulièrement. La liberté de mouvement protège notamment contre les arrestations et les détentions arbitraires, mais aussi contre d'autres mesures qui impliquent une limitation ou une restriction de cette liberté.

### 3.2 Principe de la légalité

Le fait que l'obligation de participer à un service de garde soit inscrite dans une loi au sens formel portant sur un domaine relevant de la compétence cantonale permet de conclure au respect du principe de la légalité, c'est-à-dire à la validité de la base légale sur laquelle se fonde cette obligation. Le Tribunal administratif fribourgeois conclut d'ailleurs dans le même sens dans l'affaire précitée au considérant 6. b). Dans deux arrêts récents sur la clause du besoin pour l'accès aux professions médicales, le Tribunal fédéral estime que l'article 55a LAMal<sup>36</sup> constitue une base légale suffisante pour restreindre la liberté économique et l'égalité de traitement entre concurrents au niveau cantonal<sup>37</sup>.

### 3.3 Intérêt public

L'intérêt public propre à restreindre la *liberté économique* peut s'exprimer au travers de mesures de police ou de politique sociale<sup>38</sup>. Les mesures de police sont des restrictions qui visent à protéger le public contre certaines atteintes portées à la vie, à la sécurité ou à la santé<sup>39</sup>. Les mesures de politique sociale, admises par le Tribunal fédéral depuis 1971 cherchent, elles, à améliorer les conditions de vie ou à accroître le bien-être de la population<sup>40</sup>.

L'intérêt public pour un service de garde est manifeste. L'article 100 permet de répondre à

une lacune dans la permanence des soins risquant de mettre en danger la population. Il faut distinguer cependant les deux catégories d'urgence évoquées dans la législation valaisanne, soit les urgences vitales et les autres urgences. Garantir à sa population la prise en charge des urgences vitales est une tâche essentielle de l'Etat et cet intérêt public est suffisant pour justifier une restriction de libertés fondamentales.

Les autres urgences méritent également d'imposer une restriction de la liberté économique pour trois raisons principales: d'une part, leur prise en charge permet sans conteste d'améliorer les conditions de vie et d'accroître le bien-être de la population; d'autre part, leur prise en charge permet de réduire l'encombrement, voire d'éviter la saturation des services d'urgence des hôpitaux, dévolus en priorité au traitement des urgences vitales. La prise en charge en cabinet des urgences moins sévères permet ainsi de garantir la disponibilité des services d'urgence hospitaliers pour les cas les plus graves. Ce dernier point mériterait d'être vérifié dans la réalité, mais il est déjà documenté dans la littérature<sup>41</sup>. Il convient enfin de reconnaître qu'en limitant à l'essentiel l'usage des services d'urgence hospitaliers, on contribue aussi à la maîtrise des coûts, tâche que le Tribunal fédéral a reconnu comme étant d'un intérêt public important.<sup>42</sup>

La restriction de la *liberté économique* est faite ici dans un but bien précis: garantir le besoin en soins de la population défini par le plan cantonal des soins (article 31 du projet). C'est ce besoin, difficilement contestable, car évalué qualitativement et quantitativement dans le plan cantonal des soins, qui constitue l'intérêt public prépondérant face aux intérêts privés. Le Tribunal fédéral rappelle à ce propos<sup>43</sup>, que «dans la conception actuelle de l'Etat de droit, la santé est considérée, en quelque sorte, comme une tâche ou un service public».

L'Etat peut aussi limiter la *liberté personnelle* pour lutter contre une affection, par exemple en obligeant un enfant à se soumettre à un contrôle dentaire et à suivre un traitement obligatoire<sup>44</sup>. L'intérêt public est jugé important par le Tribunal et «il est aussi justifié de combattre une explosion des coûts de la santé»<sup>45</sup>. L'organisation d'un service de garde peut ainsi être considérée comme remplissant un but d'intérêt public, puisqu'il vise le maintien de la santé des citoyens, au moindre coût, en évitant

comme nous l'avons déjà indiqué un encombrement croissant du service des urgences des hôpitaux, et, bientôt, des cliniques.

### 3.4 Principe de proportionnalité

Toute restriction d'une liberté fondamentale doit être pertinente et respecter le principe de la proportionnalité. Un intérêt public ne prévaudra en effet que si, confronté à l'intérêt privé opposé, il paraît d'une plus grande importance<sup>46</sup>. Le moyen propre à atteindre le but recherché doit ménager au mieux le droit fondamental en cause et ne doit pas exiger de la personne qui y est soumis un sacrifice insurmontable<sup>47</sup>. Plusieurs arguments peuvent être avancés pour justifier la prépondérance de l'intérêt public sur l'intérêt privé et le caractère proportionnel de la mesure prévue à l'article 100.

Tout d'abord, il faut noter que le service de garde n'est pas une exception dans les professions de santé, mais correspond au contraire à un usage professionnel. Comme nous l'avons déjà vu, le code de déontologie du corps médical confie l'organisation des services d'urgence aux sociétés cantonales de médecine. En imposant une obligation de garde aux professionnels de la santé, notamment aux médecins, le canton ne fait que traduire dans une norme juridique une règle de déontologie, avec un droit de regard justifié en raison même de l'autorisation d'exercer qu'il accorde aux tenants de la profession. L'Etat élargit cependant cette possibilité de gérer un service de garde à toute association professionnelle ou entreprise privée fondée dans ce but. La norme n'est en cela pas une restriction insoutenable à la liberté

41 Ch. VALLAR, Permanence des soins et service public hospitalier, *Revue de droit sanitaire et social*, vol. 40, n° 2, avril-juin 2004, p. 289 et l'article général de J. PENEFF, Urgences, *Dictionnaire de la pensée médicale*, PUF, Paris, 2004, p. 1177.

42 ATF 118 Ia 427, JdT 1994, p. 567.

43 ATF 118 Ia 427, JdT 1994, p. 567. Voir aussi ATF 126 I 112 (base légale pour soins médicaux imposés), 127 I 6 (traitement médicamenteux forcé) et 128 I 92 (exigence d'études complètes de psychologie).

44 Voir ATF 118 Ia 427 note ci-dessus.

45 Voir ATF 130 I 26 et les références des commentaires cités plus haut.

46 «*Geeignet und notwendig*» selon les termes mentionnés par U. HÄFELIN, G. MÜLLER, *Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Schulthess, Zürich, 1998, p. 119, n° 486.

47 R.A. RHINOW, article 31, n° 209, état juin 1988, p. 69, *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Staempfli, Helbing & Lichtenhahn, Schulthess, Berne, Bâle, Zurich, 1996.

économique, surtout pour le principe de libre concurrence, ou à la liberté personnelle.

Il convient aussi de rappeler que si les professionnels de la santé disposent d'une liberté dans le choix de leurs patients, du moins en pratique privée, cette liberté peut aussi être limitée conformément aux règles déontologiques de leur profession. A ce propos, il paraît utile de mentionner l'article 88<sup>48</sup> du projet de loi qui prévoit qu'un professionnel « a [...] l'obligation de soigner en cas de danger grave et imminent pour la santé du patient ». En dehors de sa participation à un service de garde, tout professionnel de la santé est donc tenu d'apporter son aide en situation d'urgence. Une telle norme ressort aussi du Code pénal et est d'ailleurs également valable en cas d'objection de conscience du professionnel de la santé<sup>49</sup>. L'article 89<sup>50</sup> du projet de loi oblige en effet tout professionnel à prendre les mesures nécessaires pour écarter un danger grave et imminent pour la santé d'un patient, « même si elles sont contraires à ses convictions éthiques ou religieuses ». Il convient ainsi de lire l'article 100 du projet de loi sur la

santé à la lumière de ces dispositions. Cet article ne s'applique toutefois pas seulement en cas d'urgence vitale.

Rappelons aussi que l'article 100 introduit à son alinéa 2 le principe de subsidiarité: l'Etat n'intervient que si les associations professionnelles n'ont pas réussi à mettre en place un système qui permette de répondre aux besoins en soins de la population. Ce n'est que devant un constat d'impuissance que l'Etat agira. Il a d'ailleurs plusieurs moyens plus ou moins contraignants pour mettre en œuvre la disposition de l'article 100. Le canton de Fribourg a, par exemple, simplement avalisé le Règlement concernant le service de garde des médecins adopté par la Société de médecine du canton. D'autres mises en œuvre peuvent aussi être envisagées, l'Etat peut ainsi conclure un contrat de prestation avec certains acteurs de la santé pour leur confier le mandat de pallier les éventuelles déficiences du système de garde.

Enfin, le service de garde n'est pas un service gratuit rendu à la collectivité, mais bien un service payant rétribué selon le système TARMED<sup>51</sup> avec des indemnités forfaitaires et des majorations selon l'urgence et l'heure de la consultation<sup>52</sup>. Son incidence sur les revenus des professionnels de la santé est ainsi grandement atténuée.

### 3.5 Noyau dur

Certains auteurs estiment que la notion de noyau dur d'une liberté fondamentale manque de clarté<sup>53</sup>. Il n'y a toutefois pas lieu ici d'approfondir la question, alors que, comme nous l'avons démontré plus haut, les restrictions prévues sont particulièrement limitées.

### 3.6 Principe d'égalité

La lettre même de l'article 100 exclut une inégalité de traitement en obligeant chaque professionnel de la santé à participer à un service de garde. Le Règlement d'application devrait aussi veiller à respecter ce principe.

L'application de l'article 100 du projet de loi sur la santé doit se faire conformément au principe de non-discrimination qui s'adresse en particulier à l'Etat et qui est exprimé notamment à l'article 8 Cst. Cela implique la nécessité de ne fixer aucune distinction et assimila-

48 « Art. 88 Libre choix

1 Le professionnel de la santé est libre d'accepter ou de refuser un patient dans les limites déontologiques de sa profession. Il a toutefois l'obligation de soigner en cas de danger grave et imminent pour la santé du patient. 2 Lorsque les intérêts du patient l'exigent, le professionnel de la santé a l'obligation de collaborer avec l'ensemble des autres professionnels.»

49 Voir N. BRUNNER, D. SPRUMONT, Droits des professionnels de la santé: l'objection de conscience. *Cabiers de l'Institut de droit de la santé*, n° 9, IDS, Neuchâtel, 2002.

50 « Art. 89 Objection de conscience

1 Le professionnel de la santé ne peut être tenu de fournir, directement ou indirectement, des soins incompatibles avec ses convictions éthiques ou religieuses.

2 L'objecteur doit dans tous les cas donner au patient les informations nécessaires afin que ce dernier puisse obtenir, par d'autres professionnels de la santé, les soins qu'il n'est pas disposé à lui fournir.

3 En cas de danger grave et imminent pour la santé du patient, le professionnel de la santé doit prendre toutes les mesures nécessaires pour écarter le danger, même si elles sont contraires à ses convictions éthiques ou religieuses.»

51 Un médecin propose cependant que l'Etat indemnise en plus celui-ci: R. LEUZINGER, TARMED, dommages collatéraux et population civile, *Bulletin des médecins suisses*, 2004, vol. 85, n° 20, p. 1058.

52 Voir notamment le groupe de prestations 52, positions 00.2510-00.2590. Source: [http://www.tarmedsuisse.ch/site\\_tarmed/mainframe.htm](http://www.tarmedsuisse.ch/site_tarmed/mainframe.htm) (site consulté le 23.06.2005).

53 J.-F. AUBERT, P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, Zurich, p. 245. R.A. RHINOW, article 31, n° 214, état juin 1988, p. 71, *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Staempfli, Helbing & Lichtenhahn, Schulthess, Berne, Bâle, Zurich, 1996.

tion insoutenables. Dès lors que l'article 100 alinéa 1 dernière phrase concerne effectivement tous les professionnels de la santé, il ne peut induire, par définition, de discrimination. La question se posera toutefois dans l'application de l'alinéa 2 dernière phrase qui autorise le Conseil d'Etat à introduire des exceptions. Celles-ci devront reposer sur des critères objectifs qui garantissent à chacun une égalité de traitement. On pense ici notamment à des raisons de santé, d'opportunité en fonction de la spécialisation ou de participation aux services de permanence ou de piquet à l'hôpital.

Le règlement d'application devrait donc préciser que les associations reconnues par l'Etat peuvent appliquer l'article 100 à des non-membres également et qu'elles en ont la légitimité<sup>54</sup>. Il faudra encore préciser que les non-membres peuvent être astreints au service de garde en vertu de la loi, mais ne peuvent être astreints à faire partie d'une association<sup>55</sup>. Enfin, le règlement devra clairement énoncer les exceptions à la règle.

## Conclusion

Au-delà de la problématique du service de garde, cette analyse de l'article 100 du projet de loi sur la santé du canton de Genève nous renvoie à la question plus vaste du rôle de l'Etat dans le domaine de la santé. Il y a quelque chose de paradoxal entre, d'une part, la crainte latente de l'émergence d'une médecine à deux vitesses et, d'autre part, la nécessité de rappeler le devoir de solidarité des professionnels de la santé vis-à-vis des patients. D'un côté, on reproche à l'Etat son manque d'activisme, de l'autre, on se plaint qu'il empiète sur les libertés personnelle et économique des professionnels.

Nous avons évoqué plus haut l'importance du principe de subsidiarité dans la définition

des tâches de l'Etat et de son intervention. Ce principe a pour corollaire la responsabilité individuelle et collective des professionnels de la santé et de leurs associations. Dans l'esprit d'une médecine libérale et responsable, l'article 100 n'a en fait pas sa raison d'être. Les conditions de travail et l'image des médecins ont toutefois évoluées. Il faut plus que jamais s'interroger sur les conséquences de ces changements, notamment sous l'angle de la solidarité. En effet, comment reprocher aux médecins leur difficulté à faire face à leurs responsabilités, alors qu'ils se considèrent (pas toujours à tort<sup>56</sup>) comme des victimes du système ? Un rééquilibrage des droits et devoirs de chacun paraît dans ce sens salutaire. Il implique non seulement la participation des médecins, mais de l'ensemble des partenaires sociaux, assurances, patients et pouvoirs publics<sup>57</sup>.

- 54 Voir par exemple le Règlement du 14 novembre 2002 concernant le service de garde des médecins dans le canton de Fribourg, art. 1 al. 6 «*La SMCF [Société de médecine du canton de Fribourg] est habilitée à astreindre au service de garde ses membres ainsi que les médecins qui n'en font pas partie (art. 17 al. 2 du règlement cantonal)*» à mettre en relation avec le Règlement du 21 novembre 2000 concernant les fournisseurs de soins et la Commission de surveillance, art. 17 al. 2 «*Les associations professionnelles reconnues par le Conseil d'Etat sont habilitées à astreindre à ces services [de garde et de permanence] tant leurs membres que les professionnels qui n'en font pas partie.*»
- 55 Voir à ce propos l'arrêt non publié du Tribunal fédéral rapporté dans le *Corriere del Ticino* du 5 juillet 1990 qui indique que les médecins tessinois n'ont plus l'obligation de faire partie de l'Ordine dei Medici del cantone Ticino, cité dans U. HÄFELIN, W. HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Schulthess, Zurich, 2001, p. 190.
- 56 Si l'on pense notamment à la clause du besoin imposée par l'article 55a LAMal, voir la note 34 ci-dessus pour la référence des arrêts et des commentaires.
- 57 Un premier pas vers ce rééquilibrage vient peut être d'être franchi: les médias ont en effet annoncé le 21 juillet, alors que nous mettons sous presse, la signature d'une Charte entre les HUG et les cliniques privées au sujet des urgences, qui mettra les compétences de tous les acteurs en commun et permettra à terme de désengorger les urgences de l'hôpital public.



## The Research Use Exemption Doctrine and Research Productivity in Biotechnology: A Legal and Economic Appraisal

Thomas D. Szucs  
Zurich, Schulthess, 2004  
ISBN 3-7255-4898-6  
57 pages

Le droit des brevets est compliqué. Il est donc mal compris. Il lui est souvent reproché d'accorder trop de droits à son titulaire, au détriment de l'intérêt général. Mais il contient de nombreuses exceptions, inhérentes au système même des brevets, dont le rôle est d'établir un équilibre entre les intérêts du titulaire et ceux du public. L'ouvrage de Szucs est consacré à l'une de ces exceptions: le privilège de la recherche.

L'auteur analyse de façon précise les enjeux liés aux différents stades de la recherche, se concentrant sur le domaine de la biotechnologie, où l'importance des brevets est considérable, y compris pour les universités. La notion juridique du privilège de la recherche est clairement expliquée, de même que la question de l'étendue de ce privilège. Celui-ci doit en effet stimuler la recherche, qui coûte cher, tout en garantissant l'accès aux résultats qui en découlent. Szucs entreprend l'étude comparative des droits des principales juridictions concernées (USA, CE, Allemagne, Royaume-Uni, Japon et Australie) tout en évoquant le droit de l'OMC (Accord sur les ADPIC). L'auteur propose plusieurs distinctions, entre la recherche fondamentale et la recherche appliquée, entre la recherche scientifique et les motivations commerciales liées à un certain usage, ou encore entre les acteurs qui effectuent de la recherche en amont (*up-stream patenting*) qui visent autant que possible à tirer un bénéfice de la recherche qui se fait en deçà (*down-stream patenting*); ces derniers au contraire cherchent à résister à ces stratégies.

L'auteur, tout en proposant de modifier les législations communautaires et des Etats-Unis afin d'y développer, respectivement incorpo-

rer le privilège de la recherche, conclut qu'en raison des caractéristiques dynamiques de la question et des divergences dans les législations nationales sur le privilège de la recherche, ce dernier devrait être harmonisé dans l'accord sur les ADPIC. Pour ce faire, une définition de ce qui peut faire l'objet de l'exception est nécessaire. Au vu des difficultés à la trouver, l'auteur propose de se fonder sur la doctrine des *essential facilities* (biens essentiels) propre au droit de la concurrence. Un privilège de la recherche étendu serait ainsi souhaitable.

Cette excellente étude sera très utile non seulement au monde académique, mais également au praticien du droit des brevets et des biotechnologies, qui y trouvera soit directement les réponses à ses questions, soit des propositions de chemin pour y arriver.

Daniel Kraus

## Santé et droits de l'homme – Les maladies de l'indifférence

Reinharz Hazan Yaël et Chastonay Philippe  
(dir.)  
Genève, Médecine et Hygiène, 2004  
ISBN 2-88049-212-2  
262 pages  
[www.medhyg.ch](http://www.medhyg.ch)

Premier volet de trois volumes consacrés au thème de la santé et des droits de l'homme, cet ouvrage est l'aboutissement d'un cycle de conférence conçu par le Forum de l'Université de la Société Académique de Genève.

Le droit d'accès aux soins est une condition à l'exercice de tout autre droit de l'homme. Au début du XXI<sup>e</sup> siècle, l'inégalité entre pays riches et pays pauvres est criante. Des médicaments efficaces contre bon nombre de maladies graves sont accessibles dans nos régions, mais non-diponibles dans la plus grande partie du monde, essentiellement pour des motifs économiques. De plus, de nombreuses maladies orphelines jouissent d'un soutien beaucoup trop modeste par rapport aux pertes humaines qu'elles causent au plan mondial.

Cette étude entend ainsi sensibiliser le grand public, les milieux politiques et sociaux aux nombreux efforts à faire pour permettre la réalisation du droit à la santé dans toutes les parties du monde.

Une mention spéciale pour les articles de Bernard Kouchner (Malades sans frontières), Michel Manciaux (Santé, mondialisation et droits de l'enfant) et Muriel Golay (Inégalités de genre, santé et droits des femmes).

A.S.

## La santé

*Cahiers français n° 324, janvier-février 2005*  
*Paris, La Documentation française, 2005*  
 ISSN 0008-0217  
 95 pages

Un sommaire du présent numéro peut être trouvé sur le site de son éditeur:  
[www.ladocumentationfrancaise.fr/revues/cf/index.shtml](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/revues/cf/index.shtml)

Parmi les nombreuses publications disponibles sur la santé, les éditions La Documentation française viennent de faire paraître un numéro des Cahiers français qui en aborde trois aspects passionnants: *santé et société; le système de santé; médecine, éthique et démocratie*.

Dans les articles plus juridiques (ou éthiques) figure une analyse sociologique de la *relation patient - médecin*. Un autre article - particulièrement d'actualité en Suisse - se penche sur la question du *diagnostic préimplantatoire* (légal en France) et plus largement sur les enjeux de la médecine prédictive.

Ce Cahier se termine par un texte intitulé *le Risque médical et la justice*, dont le contenu paraîtra certainement révolutionnaire pour le lecteur qui connaît les balbutiements suisses dans la théorie de la perte d'une chance. Celui-ci présente les lois Kouchner et About qui établissent les *différents régimes de responsabilité médicale* afin de permettre d'indemniser les patients. Ces nouvelles lois ont ainsi résolu la controverse née de l'arrêt Perruche, qui avait fait craindre l'indemnisation systématique du préjudice de l'enfant né handicapé. Les

parents peuvent désormais demander une indemnité au titre de leur seul préjudice *moral*. Le préjudice matériel, conséquence des charges particulières liées au handicap, reste à la charge de la solidarité nationale, comme pour n'importe quel autre handicap. La loi Kouchner a également organisé une procédure administrative d'expertise et d'indemnisation ainsi qu'une procédure de conciliation, alternatives à la procédure judiciaire.

J.P.

## Un homme nouveau par le clonage?: fantasmes, raisons, défis

*Müller Denis et Pollier Hugues (dir.)*  
*Genève, Labor et Fides, 2005*  
 ISBN 2-8309-1168-7  
 333 pages

[www.laboreffides.com](http://www.laboreffides.com)

*Un homme nouveau par le clonage?* offre trois témoignages permettant de saisir la complexité du débat juridique. En France, le clonage reproductif humain est en effet devenu, dans la loi de bioéthique de 2004 un nouveau genre d'infraction, le *crime contre l'espèce humaine*, passible de 30 ans de réclusion criminelle et de 7,5 millions d'euros d'amende. Cette nouvelle mesure législative est sévèrement critiquée par Philippe Descamps dans un article intitulé sans ambiguïté «les déboires d'une incrimination». Andrea Arz de Falco et Christoph Rehmann-Sutter se penchent, eux, sur la distinction, qui a fait l'objet de vives discussions dans les débats de l'ONU, entre *clonage thérapeutique* et *clonage reproductif*. Il en ressort que l'Allemagne et la Suisse, qui connaissent pourtant des interdictions totales du clonage au plan national, défendent une procédure en deux temps au niveau international pour augmenter les chances de succès d'une négociation: interdire en premier lieu le clonage reproductif dans une convention et reprendre ensuite les débats sur l'interdiction du clonage thérapeutique, plus difficilement défendable éthiquement, selon ces auteurs. Le consensus international est cependant encore loin d'être

atteint et une hypothétique convention mettra du temps à déployer tous ses effets. «*Des recherches alternatives et non problématiques du point de vue éthique, notamment dans le cadre de la recherche sur les cellules souches adultes*» sont donc souhaitables.

(Voir aussi la critique de l'ouvrage suivant pour plus d'éclairage).

J.P.

## Le clonage humain en arguments

Haldemann Frank, Poltier Hugues, Romagnoli Simone (dir.)

Genève, Georg (Médecine & Hygiène), 2005  
ISBN 2-8257-0909-3

372 pages

[www.medhyg.ch](http://www.medhyg.ch)

---

Il est intéressant de comparer le précédent ouvrage à celui-ci, qui contient trois contributions juridiques de qualité. Rainer Schweizer et Jörg Paul Müller interprètent en effet l'article 119 de la Constitution fédérale, source de l'interdiction de toute forme de clonage humain en Suisse. Tout en soulignant les alternatives que possède la recherche scientifique dans le domaine des souches cellulaires, les auteurs font remarquer qu'une évolution possible du droit ne pourra se faire qu'une fois levées les *graves réserves éthiques et juridiques* actuelles contre le clonage à des fins scientifiques. Mireille Delmas-Marty, au travers des notions de droits de l'homme et de crimes contre l'humanité, explique, elle, la logique de la nouvelle infraction pénale française évoquée plus haut. *Prolonger le raisonnement juridique à la lumière de ces notions conduit à interdire le clonage humain reproductif selon les deux voies.*

A noter pour terminer que la lecture de ces deux livres sur le clonage, sans être obligatoire (!), est complémentaire, le premier faisant d'ailleurs explicitement référence au second dans sa préface.

J.P.



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 1<sup>er</sup> mars 2005 et le 30 juin 2005**.

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 1. März bis zum 30. Juni 2005**.

---

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

Séverine BOILLAT, Nathalie BRUNNER, Vincent CORPATAUX, Béatrice DESPLAND, Olivier GUILLOD, Christian HÄNNI, Daniel KRAUS, Audrey LEUBA, Jean PERRENOUD, Martine REHM FUCHS, Aline SCHMIDT, Dominique SPRUMONT, Céline TRITTEN, Marinette UMMEL, Christian VAN GESSEL.

---

## Législation/ Gesetzgebung

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

- Conseil de l'Europe, Recommandation Rec (2005)11F du Comité des Ministres aux Etats membres sur le rôle et la formation des professionnels du don d'organes (« coordinateurs du prélèvement ») adoptée par le Comité des Ministres le 15 juin 2005, lors de la 930<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres.
- Conseil de l'Europe, Recommandation 1715 (2005) de l'Assemblée parlementaire pour une meilleure réponse aux besoins de santé mentale en Europe adoptée le 24 juin 2005 (24<sup>e</sup> séance).
- Conseil de l'Europe, Recommandation 1460 (2005) de l'Assemblée parlementaire pour une meilleure réponse aux besoins de santé mentale en Europe adoptée le 24 juin 2005 (24<sup>e</sup> séance).

### II. Droit communautaire/ Europarecht

#### Droit édicté/ Erlassenes Recht

- Directive 2005/25/CE du conseil du 14 mars 2005 modifiant l'annexe VI de la directive

91/414/CEE en ce qui concerne les produits phytopharmaceutiques contenant des micro-organismes, JO L 90 du 8 avril 2005.

- Directive 2005/28/CE de la Commission du 8 avril 2005 fixant des principes et des lignes directrices détaillées relatifs à l'application de bonnes pratiques cliniques en ce qui concerne les médicaments expérimentaux à usage humain, ainsi que les exigences pour l'octroi de l'autorisation de fabriquer ou d'importer ces médicaments, JO L 91 du 9 avril 2005.
- Règlement (CE) n° 13/2005 du Conseil du 10 mai 2005 instituant un droit compensateur définitif sur les importations de certains antibiotiques à large spectre originaires de l'Inde, JO L 121 du 13 mai 2005.

#### Rapports, Recommandations, Déclarations, Propositions, etc./ Berichte, Empfehlungen, Erklärungen, Vorschläge, usw.

- Rectificatif à la décision n° 197 du 23 mars 2004 relative aux périodes transitoires pour l'introduction de la carte européenne d'assurance maladie conformément à l'article 5 de la décision n° 191, JO L 33 du 5 février 2005.
- Décision de la Commission du 8 mars 2005 modifiant pour la quatrième fois la décision 2004/122/CE concernant certaines mesures de protection contre l'influenza aviaire dans

plusieurs pays d'Asie [notifiée sous le numéro C(2005) 521], JO L 63 du 10 mars 2005.

- Rectificatif à la décision n° 197 du 23 mars 2004 relative aux périodes transitoires pour l'introduction de la carte européenne d'assurance maladie conformément à l'article 5 de la décision n° 191 (JO L 343 du 19.11.2004), JO L 93 du 12 avril 2005.
- Relevé des décisions communautaires en matière d'autorisations de mise sur le marché des médicaments du 15 mars 2005 au 15 avril 2005 (Publication en vertu de l'article 12 ou de l'article 34 du règlement du Conseil (CEE) no 2309/93), JO C 104 du 29 avril 2005.
- Relevé des décisions communautaires en matière d'autorisations de mise sur le marché des médicaments du 15.3.2005 au 15.4.2005 - Décision(s) prise(s) en vertu de l'article 34 de la Directive 2001/83/CE ou de l'article 38 de la Directive 2001/82/CE, JO C 118 du 19 mai 2005.
- Décision 2005/387/JAI du Conseil du 10 mai 2005 relative à l'échange d'informations, à l'évaluation des risques et au contrôle des nouvelles substances psychoactives, JO L 127 du 20 mai 2005.
- Avis du Comité économique et social européen sur la Proposition de règlement du Conseil relatif à l'observatoire européen des drogues et des toxicomanies COM(2003) 808 final - 2003/0311 (CNS), JO C 120 du 20 mai 2005.
- Avis du Comité économique et social européen sur la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Moderniser la protection sociale pour le développement de soins de santé et de soins de longue durée de qualité, accessibles et durables: un appui aux stratégies nationales par la méthode ouverte de coordination (COM(2004) 304 final), JO C 130 du 27 mai 2005.
- Relevé des décisions communautaires en matière d'autorisations de mise sur le marché des médicaments du 15 avril 2005 au 15 mai 2005 [Publication en vertu de l'article 12 ou de l'article 34 du règlement du Conseil (CEE) no 2309/93], JO C 130 du 29 mai 2005.
- Décision de la Commission du 4 mai 2005 approuvant au nom de la Communauté européenne les modifications aux annexes de l'accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique relatif aux mesures sanitaires de protection de la santé publique et animale applicables au commerce d'animaux vivants et de produits animaux [notifiée sous le numéro C(2005) 1369], JO L 137 du 31 mai 2005.
- Relevé des décisions communautaires en matière d'autorisations de mise sur le marché des médicaments du 15 mai 2005 au 15 juin 2005 [Publication en vertu de l'article 12 ou de l'article 34 du Règlement du Conseil (CEE) n° 2309/93], JO C 153 du 24 juin 2005.
- Relevé des décisions communautaires en matière d'autorisations de mise sur le marché des médicaments du 10 mai 2005 au 15 juin 2005 [Décision(s) prise(s) en vertu de l'article 34 de la Directive 2001/83/CE ou de l'article 38 de la Directive 2001/82/CE], JO C 153 du 24 juin 2005.
- Avis du Comité économique et social européen sur la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen sur le Plan d'action européen 2004-2010 en faveur de l'environnement et de la santé COM(2004) 416 final, JO C 157 du 28 juin 2005.
- Avis du Comité économique et social européen sur la Coexistence entre les OGM et les cultures traditionnelles et biologiques, JO C 157 du 28 juin 2005.

### 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>.

#### Droit édicté/ Erlassenes Recht

##### France/Frankreich

- Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation

et la citoyenneté des personnes handicapées, Journal officiel de la République française, Lois et Décrets, 12 février 2005, n° 36, p. 2353.

- Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de la vie, Journal officiel de la République française, Lois et Décrets, 23 avril 2005, n° 95, p. 7089 et Dalloz, n° 18, 2005, p. 1214.

**Rapports, Recommandations, Déclarations, Propositions, etc./  
Berichte, Empfehlungen, Erklärungen, Vorschläge, usw.**

**Belgique/Belgien**

- Revue de droit de la santé 2004-2005, n° 3, p. 267. Avis du Conseil national de l'ordre des médecins du 19 juin 2004.  
*Le secret professionnel après le décès du patient. Contestation testamentaire. droits du patient. Dossier médical. Euthanasie. Erreur médicale. Secret professionnel. Vie privée.*
- Revue de droit de la santé 2004-2005, n° 4, p. 351. Avis du Conseil national de l'ordre des médecins du 27 septembre 2003.  
*Mention DNR [do not resuscitate] dans le dossier médical hospitalier. Droits du patient. Euthanasie. Protocoles DNR.*

**IV. Droit fédéral /  
Bundesrecht**

**Droit édicté /  
Erlassenes Recht**

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

- Accord complémentaire du 22 avril 2005 à l'échange de notes du 11 décembre 2001 concernant la validité de la législation suisse sur les produits thérapeutiques au Liechtenstein, relatif à l'autorisation de mise sur le marché des médicaments contenant de nouvelles substances actives, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2005, RO 2005 2237.
- Accord du 26 octobre 1973 sur le transfert des corps des personnes décédées, complément au champ d'application de l'accord le 16 août 2004, RO 2005 1737.
- Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme en vue de déterminer le statut juridique du Fonds mondial en Suisse, entrée en vigueur le 13 décembre 2004, RO 2005 2421.
- Amendements du Protocole de Montréal des 29 juin 1990, 25 novembre 1992, 17 septembre 1997 et 3 décembre 1999 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, champ d'application le 27 mai 2005, complément, RO 2005 2339.
- Arrangement international du 25 janvier 1924 pour la création, à Paris, d'un office international des épizooties, champ d'application de l'arrangement le 5 janvier 2005, complément, RO 2005 1865.
- Arrêté fédéral concernant le Protocole du 18 novembre 1991 à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif à la lutte contre les émissions des composés organiques volatils (COV) ou leurs flux transfrontières du 6 décembre 1993, RO 2005 1679.
- Code européen de sécurité sociale du 16 avril 1964, champ d'application du code européen le 27 août 2004, RO 2005 1785.
- Convention de Vienne du 22 mars 1985 pour la protection de la couche d'ozone, champ d'application le 12 mai 2005, complément, RO 2005 2319.
- Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, champ d'application le 13 avril 2005, complément, RO 2005 1907.
- Convention du 26 septembre 1986 sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique, champ d'application le 23 mars 2005, complément, RO 2005 2231.
- Convention du 26 septembre 1986 sur la notification rapide d'un accident nucléaire, champ d'application le 23 mars 2005, complément, RO 2005 1849.
- Convention internationale de 1990 du 30 novembre 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures, champ d'application de la convention le 17 décembre 2004, complément, RO 2005 1671.

- Convention n° 6 du 28 novembre 1919 concernant le travail de nuit des enfants dans l'industrie, Champ d'application le 29 avril 2005, complément, RO 2005 2241.
- Convention n° 16 du 11 novembre 1921 concernant l'examen médical obligatoire des enfants et des jeunes gens employés à bord des bateaux, Champ d'application de la Convention le 3 novembre 2004, complément, RO 2005 1741.
- Convention n° 18 du 10 juin 1925 concernant la réparation des maladies professionnelles, champ d'application de la convention le 20 août 2004, complément, RO 2005 1857.
- Convention n° 45 du 21 juin 1935 concernant l'emploi des femmes aux travaux souterrains dans les mines de toutes catégories, champ d'application de la Convention le 4 novembre 2004, complément, RO 2005 1743.
- Convention n° 115 du 22 juin 1960 concernant la protection des travailleurs contre les radiations ionisantes, complément au champ d'application de la convention le 19 octobre 2004, RO 2005 1735.
- Convention n° 136 du 23 juin 1971 concernant la protection contre les risques d'intoxication dus au benzène, champ d'application de la convention le 26 novembre 2004, complément, RO 205 1859.
- Convention n° 139 du 24 juin 1974 concernant la prévention et le contrôle des risques professionnels causés par les substances cancérigènes, champ d'application de la convention le 26 novembre 2004, complément, RO 2005 1861.
- Convention n° 162 du 24 juin 1986 concernant la sécurité dans l'utilisation de l'amiante, champ d'application de la Convention le 12 novembre 2004, complément, RO 2005 1779.
- Convention n° 182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, champ d'application de la convention le 1er septembre 2004, complément, RO 2005 1781.
- Loi fédérale sur le transfert à la CNA de la gestion de l'assurance militaire du 18 mars 2005, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005, RO 2005 2881.
- Loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes (Loi sur la stérilisation) du 17 décembre 2004, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005, RO 2005 2499.
- Ordonnance de l'Institut suisse des produits thérapeutiques concernant l'édition de la pharmacopée,
  - modification du 9 décembre 2004, RO 2005 1249;
  - modification du 12 mai 2005, RO 2005 2329.
- Ordonnance de l'Institut suisse des produits thérapeutiques sur les exigences relatives à l'autorisation de mise sur le marché des médicaments (Ordonnance sur les exigences relatives aux médicaments, OEMéd), modification du 31 mars 2005, RO 2005 2129.
- Ordonnance de l'OVF [Office vétérinaire fédéral] (1/05) instituant des mesures temporaires à la frontière pour lutter contre la peste aviaire classique du 20 avril 2005, RO 2005 1833.
- Ordonnance du DFI [Département fédéral de l'intérieur] sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins, OPAS), modification du 2 juin 2005, RO 2005 2875.
- Ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins, OPAS), modification du 28 juin 2005, RO 2005 2879.
- Ordonnance sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (Ordonnance sur l'assurance dommages, OAD), modification du 18 mai 2005, RO 2005 2389.
- Ordonnance sur l'assurance directe sur la vie (Ordonnance sur l'assurance-vie, OAssV), modification du 18 mai 2005, RO 2005 2387.
- Ordonnance sur l'assurance militaire (OAM), modification du 27 avril 2005, RO 2005 2885.
- Ordonnance sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire, modification du 25 mai 2005, RO 2005 2353.

- Ordonnance sur le Service sanitaire coordonné (OSSC) du 27 avril 2005, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2005, RO 2005 2119.
- Ordonnance sur les bonnes pratiques de laboratoire (OBPL) du 18 mai 2005, RO 2005 2795.
- Ordonnance sur les mesures de lutte contre une pandémie d'influenza (Ordonnance sur la pandémie d'influenza, OPI) du 27 avril 2005, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2005, RO 2005 2137.
- Protocole à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, de 1979, relatif à la lutte contre les émissions des composés organiques volatils ou leurs flux transfrontières, entré en vigueur pour la Suisse le 29 septembre 1997, RO 2005 1681.
- Protocole additionnel du 12 septembre 2002 à la Convention contre le dopage, complément au champ d'application du protocole additionnel le 16 février 2005, RO 2005 1633.
- Protocole de 1978 relatif à la convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, du 17 février 1978, Champ d'application du protocole de 1978 et de la convention de 1973 amendée par ce protocole le 21 janvier 2005, complément, RO 2005 1665.
- Protocole de 1992 du 27 novembre 1992 modifiant la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, champ d'application du protocole le 25 août 2004, complément, RO 2005 1673.
- Protocole de Cartagena du 29 janvier 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, champ d'application le 17 mai 2005, complément, RO 2005 2335.
- Protocole du 8 juillet 1985 à la convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1979, relatif à la réduction des émissions de soufre ou de leurs flux transfrontières d'au moins 30 pour cent, champ d'application du protocole le 2 novembre 2004, complément, RO 2005 1677.
- Règlement de l'examen des chiropraticiens portant sur la protection contre les radiations, abrogation du 23 février 2005, RO 2005 1185.

### **Messages, Rapports et Décisions Officiels/ Botschaften, Amtliche Berichte und Beschlüsse**

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>.

- Accord entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein concernant la coopération dans le cadre des systèmes d'information suisses sur les empreintes digitales et les profils d'ADN, FF 2005 2749.
- Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «Pour la baisse des primes d'assurance-maladie dans l'assurance de base» (Projet), FF 2005 4115.
- Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «pour des aliments produits sans manipulations génétiques» du 17 juin 2005, FF 2005 3823.
- Arrêté fédéral portant approbation de l'Accord entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein concernant la coopération dans le cadre des systèmes d'information suisses sur les empreintes digitales et les profils d'ADN (Projet), FF 2005 2747.
- Arrêté fédéral portant approbation du Protocole du 30 novembre 1999 à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, de 1979, relatif à la réduction de l'acidification, de l'eutrophisation et de l'ozone troposphérique du 18 mars 2005, délai référendaire 7 juillet 2005, FF 2005 2205.
- Décisions de l'OFSP [Office fédéral de la santé publique] relatives à la classification de substances Liste 1 des toxiques du 17 mai 2005, FF 2005 2887.
- Initiative populaire fédérale «pour un âge de l'AVS flexible», examen préliminaire, FF 2005 3745.
- Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI) (Projet), FF 2005 2913.
- Loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins (Projet), FF 2005 1973.
- Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) (Réduction des primes), modification du 18

mars 2005, délai référendaire 7 juillet 2005, FF 2005 2125.

- Loi fédérale sur la prorogation de l'arrêté fédéral sur le contrôle des transplants, du 17 juin 2005, délai référendaire 6 octobre 2005, FF 2005 3827.
- Loi fédérale sur le transfert à la CNA de la gestion de l'assurance militaire du 18 mars 2005, délai référendaire 7 juillet 2005, FF 2005, 2127.
- Message concernant l'initiative populaire « Pour la baisse des primes d'assurance-maladie dans l'assurance de base » du 22 juin 2005, FF 2005 4095.
- Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI) du 4 mai 2005, FF 2005 2899.
- Message relatif à l'Accord entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein concernant la coopération dans le cadre des systèmes d'information suisses sur les empreintes digitales et les profils d'ADN du 13 avril 2005, FF 2005 2733.
- Message relatif à la loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins, du 16 février 2005, FF 2005 1911.

**V. Droit cantonal (sélection) / Kantonales Recht (Auswahl)**  
(extrait du « Bulletin de Législation/ Gesetzgebungsbulletin », n° 1/2005 avec l'autorisation de l'Institut du Fédéralisme, à Fribourg)

**Lucerne/Luzern**

- Règlement über Ausbildung, Prüfungen und Promotion an der Schule in Sursee für Gesundheits- und Krankenpflege Diplommiveau II am Ausbildungszentrum für Gesundheitsberufe des Kantons LU, vom 28.01.2005, in Kraft ab 01.02.2005, G 2005 23.

**Obwald/Obwalden**

- Regulierungsratsbeschluss über die Vereinbarung dem Kanton OW und dem Inselspital Bern über die Hospitalisation von KVG-Patienten mit Wohnsitz im Kanton OW mit medizinisch begründeter Indikation vom (Obne Text der Vereinbarung vom 06.12.2004) (Hebt die

Vereinbarung vom 04.07.2003 auf), vom 04.01.2005, in Kraft ab 01.01.2005, Amtsblatt 2005, Nr. 2, S. 30.

**Zurich/Zürich**

- Zulassungsreglement für die Ausbildung zur dipl. Biomedizinischen Analytikerin und zum dipl. Biomedizinischen Analytiker, vom 20.12.2004, rückwirkende Inkraftsetzung ab 01.11.2004, OS 60 39.
- Reglement über die Eignungsabklärung für die Ausbildung zur Pflegeassistentin und zum Pflegeassistenten, vom 02.02.2005, rückwirkende Inkraftsetzung ab 18.08.2004, OS 60 65.
- Zulassungsreglement für die Ausbildung zur dipl. Pflegefachfrau und zum Pflegefachmann, vom 20.12.2004, rückwirkende Inkraftsetzung ab 22.04.2004.
- Promotionsordnung für die Diplomausbildung zur Pflegefachfrau HF oder zum Pflegefachmann HF an der Krankenpflegeschool am Kantonsspital Winterthur, vom 20.12.2004, rückwirkende Inkraftsetzung ab 18.10.2004, OS 60 34.

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

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

**Suisse/Schweiz**

- Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, Prise de position n° 8/2005 *Les soins médicaux sont obligatoires/Nationale Ethikkommission im Bereich HumanMedizin, Stellungnahme nr. 8/2005 Medizinische Betreuung ist Pflicht.* [www.nek-cne.ch](http://www.nek-cne.ch)
- Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, Prise de position n° 9/2005 *l'assistance au suicide/Nationale Ethikkommission im Bereich HumanMedizin, Stellungnahme nr. 9/2005 Beihilfe zum Suizid.* [www.nek-cne.ch](http://www.nek-cne.ch)

## Jurisprudence/ Rechtsprechung

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

- *Pas de nouvelle jurisprudence significative.*

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

- KELLER, affaire C-145/03, Arrêt de la Cour du 12 avril 2005.  
*Sécurité sociale des travailleurs migrants - Les frais médicaux d'une personne munie des formulaires E 111 et E 112, qui, pour des raisons d'urgence médicale, doit être hospitalisée dans un Etat tiers, doivent être pris en charge, selon ses règles, par l'institution de sécurité sociale de l'Etat membre de séjour pour le compte de l'institution de l'Etat membre d'affiliation.*
- COMMISSION/FRANCE, affaire C-212/03, arrêt de la Cour du 26 mai 2005.  
*Libre circulation des marchandises - La procédure d'autorisation d'importation en France de médicaments à usage personnel, non réalisée par transport personnel, est incompatible avec les règles du traité relatives à la libre circulation des marchandises.*
- HANNER, affaire C-438/02, arrêt de la Cour du 31 mai 2005  
*Libre circulation des marchandises - Le monopole suédois de vente au détail des médicaments est contraire au droit communautaire.*
- ALLIANCE FOR NATURAL HEALTH E.A, affaires jointes C-154/04 et C-155, arrêt de la Cour du 12 juillet 2005.  
*Rapprochement des législations - La Cour confirme la validité de la directive communautaire concernant les compléments alimentaires.*
- COMMISSION/CEVA SANTÉ ANIMALE E.A, affaire C-198/03 P, arrêt de la Cour du 12 juillet 2005.  
*Agriculture - La Cour annule l'arrêt du Tribunal constatant l'inaction illégale de la*

*Commission en matière de fixation des limites maximales de résidus de médicaments vétérinaires.*

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

#### Allemagne/Deutschland

- Medizinrecht, H. 5, 2005, p. 287, BGH, Urt. v. 12.1.2005 - XII ZR 227/03 (OLG Celle).  
*Zur Frage der Verwertbarkeit einer beimlich eingeholten DNA-Analyse im Vaterschaftsanfechtungsverfahren.*
- Medizinrecht, H. 5, 2005, p. 292, OLG Koblenz, Urt. v. 1.4.2004 - 5 U 1086/03 (LG Koblenz).  
*Arzthaftung bei Aufklärungsversäumnis und hypothetischer Einwilligung des Patienten.*
- Medizinrecht, H. 4, 2005, p. 227, BGH, Urt. v. 16.11.2004 - VI ZR 328/03 (OLG Braunschweig).  
*Beweislastumkehr bei grober Verletzung der Pflicht zu therapeutischer Aufklärung.*
- Medizinrecht, H. 4, 2005, p. 232, OLG Naumburg, Urt. v. 14.9.2004 - 1 U 97/03 (LG Magdeburg).  
*Keine Haftung des Operators für Behandlungsfehler des Anästhesisten.*
- Medizinrecht, H. 4, 2005, p. 241, Pfälz. OLG Zweibrücken, Urt. v. 19.10.2004 - 5 U 6/04 (LG Kaiserslautern).  
*Aufklärung vor einer Blutspende.*
- Medizinrecht, H. 4, 2005, p. 243, LG Frauenthal, Urt. v. 14.9.2004 - 4 O 11/02.  
*Einwilligung in die rituelle Beschneidung eines Neunjährigen.*
- Medizinrecht, H. 3, 2005, p. 243, BGH, Urt. v. 16.9.2004 - III ZR 346/03 (OLG München).  
*Amtschaftung für Notarzt. Dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Durchführung rettungsdienstlicher Aufgaben sowohl im Ganzen wie im Einzelfall entspricht es, Dass auch die ärztliche Tätigkeit im Rahmen eines rettungsdienstlichen Einsatzes als Ausübung eines öffentlichen Amtes zu beurteilen ist. Dies gilt für privat und gesetzlich krankenversicherte Patienten gleichermaßen.*

**Belgique/Belgien**

- Revue de droit de la santé 2004-2005, n° 3, p. 210. Tribunal de première instance de Gand, 16<sup>e</sup> chambre, 11 octobre 2004.

*Expérimentation médicale. responsabilité. Firme pharmaceutique. Chercheurs. Comité d'éthique. Hôpital universitaire. Consentement éclairé. principe de proportionnalité. Loi sur la responsabilité des produits défectueux.*

- Revue de droit de la santé 2004-2005, n° 3, p. 238. Tribunal de Termonde du 7 mars 2002.

*Responsabilité du médecin. Erreur de diagnostic. Indemnisation du dommage moral. Dommage sexuel. Détresse émotionnelle.*

**France/Frankreich**

- Dalloz, n° 14, 2005, p. 930, Tribunal de grande instance de Lille(1<sup>re</sup> ch. A), 10 novembre 2004, avec une note de X. LABBÉE.

*La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels. La dépouille mortelle fait l'objet d'un droit de propriété familiale et demeure un objet de respect dont le caractère sacré est rappelé par l'article 16-1 du code civil: la loi assure la primauté de la personne et interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci, elle garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie. Le fait pour une municipalité de vider une sépulture de sa dépouille pour la placer dans un ossuaire, de sorte qu'elle est aujourd'hui mélangée avec d'autres dépouilles sans pouvoir être à nouveau individualisée, revêt un caractère définitif et irréversible.*

- Dalloz, n° 16, 2005, p. 1069, Cour d'appel de Colmar (ch. appels corr.) du 4 janvier 2005, avec une note de A. PAULIN.

*L'administration volontaire de substances nuisibles entraînant une infirmité permanente, en l'espèce le virus VIH suite à la multiplication de relations sexuelles non protégées après que le prévenu ait été informé de sa séropositivité, constitue l'infraction d'administration d'une substance de nature à nuire à la santé.*

- Droit déontologie & soin, vol. 5, n° 1, 2005, p. 119. Cour administrative d'appel de Marseille, 2 12.2004, Req. n° 00MA01367 avec un commentaire de D. Peljak.

*Manquement à l'obligation d'information des patients hospitalisés.*

- La Semaine Juridique, Edition générale, n° 7, 16 février 2005, p. 327, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9

novembre 2004, Sté Le Sou médical c/ CRAM des professions libérales d'Ile de France (Juris-Data n° 2004-025553) et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 novembre 2004, S. c/ de M. (Juris-Data n° 2004-025254)

*Le médecin ou la sage-femme salariés qui agissent dans les limites de leur mission n'engagent pas leur responsabilité à l'égard des patients.*

**Italie/Italien**

- Il Foro italiano, n. 4, Aprile 2005, p. 262, Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione I; sentenza 29 novembre 2004, n. 14477; Pres. Calabrò, Est. Gaviano; Soc. Monsanto agricoltura Italia e altri (Avv. Ferrari, Raffaelli, Todaro) c. Pres. cons. ministri e altri (Avv. dello Stato Fiorilli) e altri.

*Alimenti e bevande (igiene e commercio); Prodotti contenenti residui di proteine transgeniche; commercio; sospensione; illegittimità.*

**Autriche/Österreich**

- Recht der Medizin 3/2005, p. 84, OGH 24.11.2004.

*Ärztliche Aufklärung - Eiterberd bei Zahnbehandlung.*

**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/> et sur <http://www.bag.admin.ch/kv/rkuv/f/index.htm> pour les arrêts concernant les assurances maladie et accident.

- ATF 130 V 380 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 10 mai 2004: publié également dans RAMA n° 6, 2004, p. 534.

*Notion d'accident: Le fait de tomber sur les genoux au cours d'un match de volleyball ne peut être considéré comme un mouvement non programmé excédant ce que l'on peut objectivement qualifier de normal et habituel, de sorte que l'existence d'un facteur extérieur extraordinaire doit être niée. Aperçu de la jurisprudence.*

- ATF 130 V 472 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 15 juillet 2004; publié également dans RAMA n° 6, 2004, p. 455.

- La décision du Département fédéral de l'intérieur de ne pas intégrer la tumeur pathologique au sein dans la liste de l'art. 18, al. 1 OPAS ne déborde pas manifestement du cadre de la compétence déléguée par l'article 31 al. 1 let. b LAMal. La disposition réglementaire est conforme à la loi et à la constitution.*
- ATF 130 V 464 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 19 août 2004; publié également dans RAMA n° 6, 2004, p. 456.  
*L'existence d'une maladie, qui justifie la prise en charge des soins en cas de dislocation dentaire, n'est pas suffisante dans le cas des dislocations de dents de sagesse. Dans ce cas, en effet, des traitements plus simples peuvent être dispensés.*
  - ATF 130 V 479 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 2 septembre 2004; publié également dans RAMA n° 6, 2004, p. 470.  
*Une personne hospitalisée en division commune d'une clinique privée du canton où elle habite, clinique figurant dans la planification hospitalière cantonale, – ou pour elle son assureur-maladie – ne peut prétendre de ce canton la part des coûts imputables dans un hôpital public ou subventionné.*
  - ATF 130 V 448 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 8 septembre 2004; publié également dans RAMA n° 6, 2004, p. 476.  
*En cas de changement d'assureur dans l'assurance obligatoire des soins, la communication prévue à l'art. 7 al. 5 1<sup>re</sup> phrase LAMal doit se faire directement du nouvel assureur à l'ancien. Si le nouvel assureur ne connaît pas l'ancien assureur, l'omission de faire cette communication n'est pas contraire au droit, si bien qu'il n'y a pas d'obligation de réparer le dommage selon l'art. 7 al. 5 2<sup>e</sup> phrase LAMal. Pour sauvegarder son droit à la réparation du dommage, la personne assurée doit faire connaître au nouvel assureur l'identité de l'ancien.*
  - ATF 130 V 532 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 14 septembre 2004; publié également dans RAMA n° 6, 2004, p. 488.  
*Un médicament figurant dans la liste des spécialités, utilisé pour d'autres indications que celles sur lesquelles portent l'autorisation de Swissmedic et la notice destinée aux professionnels n'est pas pris en charge par l'assurance obligatoire des soins. Examen des conditions auxquelles doivent répondre les exceptions admises (maladie entraînant une menace pour la vie de l'assuré ou atteinte à la santé grave et chronique).*
  - ATF 131 II 44 – Arrêt du 25 octobre 2004.  
*Livraison de médicaments à des clients suisses depuis un établissement situé en Allemagne.*
  - ATF 131 IV 1 – Arrêt du 27 octobre 2004.  
*L'infection par le VIH constitue objectivement et en elle-même une lésion corporelle grave, qui met la vie en danger. La condamnation d'une personne infectée par le virus VIH pour tentative de lésions corporelles graves n'entre pas en considération lorsque son partenaire, connaissant l'infection de celle-ci et les risques de transmission, consent librement à entretenir un rapport sexuel non protégé et partage la maîtrise des événements. Celui qui transmet le virus VIH à autrui par un rapport sexuel non protégé commet également l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme. Le consentement du partenaire n'exclut à cet égard ni la réalisation des éléments constitutifs de cette infraction ni l'illicéité de l'acte.*
  - ATF 131 IV 36 – Arrêt du 22 décembre 2004.  
*La condamnation d'un conducteur pour entrave à la prise de sang, réalisée par la violation de certains devoirs après un accident ayant causé des dégâts à des tiers et par la consommation ultérieure d'alcool, n'est pas contraire à l'interdiction de l'obligation de s'incriminer soi-même.*
  - ATF 131 V 9 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 30 septembre 2004  
*Les appareils de communication électriques et électroniques ne tombent pas sous le coup de la notion de moyen auxiliaire s'ils servent à l'apprentissage du langage. Le fait qu'ils ne sont pas pris en charge par l'assurance-invalidité n'est pas critiquable d'un point de vue constitutionnel ni sous l'angle des mesures visant à éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées; cela d'autant moins qu'il y a lieu de prendre en considération les mesures entrant dans le cadre de la formation scolaire spéciale. Il ne s'agit pas non plus de mesures médicales.*
  - ATF 131 V 35 – Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 22 décembre 2004.  
*Le droit de l'assuré d'obtenir la traduction d'un rapport médical rédigé dans la*

- langue de l'Etat de résidence en français ne peut être tiré des dispositions du règlement CEE n° 1408/71 ou de son règlement d'application. Un tel droit ne découle pas non plus de la jurisprudence fédérale.*
- Plädoyer 3/05, p. 83, Urteil H 273/03 und H 278/03 der IV. Kammer des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 4. Oktober 2004.  
*Für nicht bezahlte Sozialversicherungsbeiträge haftet der Arbeitgeber nur bei qualifiziertem Verschulden. Wenn der Verwaltungsrat aufzeigen kann, dass er die nach den Umständen gebotene Aufsicht ausübte, kann er nicht persönlich für die Beiträge haftbar gemacht werden.*
  - Plädoyer 3/05, p. 86, Urteil U 69/03 der III. Kammer des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 7. April 2004.  
*Eine Diskusbernie, die sechs Jahre nach dem Unfall auftrat, stufte das Eidgenössische Versicherungsgericht als mutmasslich teilweise unfallbedingt ein.*
  - Die Praxis, Heft n° 13/2005, n° 36, p. 264 (= ATF 129 V 402), Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 10 juin 2003 (U 103/02).  
*Art. 2 al. 2 LAMal et art. 9 al. 1 OLAA (dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002): Accident. Causalité adéquate. Règles applicables en matière de causalité adéquate selon qu'il s'agit d'un traumatisme psychique consécutif à un choc émotionnel ou d'un événement accidentel ayant entraîné une lésion et des suites psychiques secondaires.*
  - RAMA 6/2004, p. 467 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 2 septembre 2004 (K 112/03).  
*Il n'existe aucune justification médicale de soins hospitaliers effectués dans une clinique hors canton - et ne figurant pas sur la liste des hôpitaux du canton de résidence de l'assuré - pour le traitement d'une dépression d'épuisement accompagnée de symptômes psychosomatiques.*
  - RAMA 6/2004, p. 576 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 5 juillet 2004 (U 123/04).  
*Lésion corporelle assimilée à un accident: Même après l'entrée en vigueur de la LPGA, la jurisprudence développée jusqu'ici relative à la notion d'accident reste valable.*
  - RAMA 1/2005, p. 3 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 17 août 2004 (K 66/02).  
*Le tribunal arbitral n'est pas compétent pour juger d'actions interjetées par un médecin qui ne figure pas sur la liste des médecins de famille dans le domaine de l'asile: la première action tendant au paiement des frais de traitement (après cession de créance par le requérant d'asile); la deuxième action tendant à faire constater que la non prise en considération sur la liste des médecins de famille est contraire au droit.*
  - RAMA 1/2005, p. 25 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 22 octobre 2004 (K 22/04).  
*Les réfugiés handicapés, admis dans le cadre de programmes spéciaux du HCR, sont également soumis au régime de l'assurance obligatoire des soins et ont le même droit aux prestations que les réfugiés « ordinaires » ou que les ressortissants suisses.*
  - RAMA 1/2005, p. 31 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 28 octobre 2004 (K 92/04).  
*Le fait qu'une analyse de sang destinée à évaluer une prédisposition au cancer ne figure pas dans la liste positive de l'art. 12 OPAS ne constitue pas une lacune authentique dont l'existence appellerait l'intervention du juge. Dans cette mesure, cette disposition n'apparaît pas non plus contraire au droit ou sortant du cadre de la délégation du législateur.*
  - RAMA 1/2005, p. 35 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 15 novembre 2004 (K 91/04).  
*L'art. 42, al. 3, phrase 1, LAMal ne peut pas être appliqué par analogie à une situation internationale. Le canton de résidence n'a aucune obligation de prendre en charge les frais non remboursés par l'assureur-maladie pour un traitement à l'étranger répondant à des motifs médicaux.*
  - RAMA 2/2005, p. 77 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 17 janvier 2005 (K 108 et 111/04).  
*Par « canton de résidence » (« Wohnkanton »; « cantone di domicilio ») au sens de l'art. 41 al. 3 LAMal, il faut entendre le canton de domicile selon les art. 23ss CC.*
  - RAMA 2/2005, p. 88 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 27 janvier 2005 (K 166/03).  
*En cas de traitement médical, l'assurance-maladie est tenue de prendre provisoirement*

en charge les prestations en relation avec l'assurance-accidents lorsque la question de la causalité de l'atteinte à la santé est litigieuse. Dans cette hypothèse, l'étendue du droit aux prestations doit être fixée selon les dispositions de la LAMal. L'assureur-maladie n'est donc pas tenu de prendre provisoirement en charge des médicaments qui ne figurent pas sur la liste des spécialités ou des mesures dispensées à l'étranger si les conditions ne sont pas remplies.

- RAMA 2/2005, p. 92 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 28 janvier 2005 (K 117/04).  
*Comme par le passé, le maintien d'une suspension du droit aux prestations après clôture de la faillite reste incompatible avec l'art. 265 al. 2 LP, nonobstant les dispositions d'exécution adoptées par le Conseil fédéral.*
- RAMA 2/2005, p. 97 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 1<sup>er</sup> février 2005 (K 45/03).  
*Les droits garantis par l'art. 6 par. 1 CEDH n'autorisent pas un Etat contractant à soustraire la validité d'une clause tarifaire de l'assurance-maladie obligatoire à tout contrôle juridictionnel. La limitation du pouvoir d'examen du juge au contrôle de la légalité de la clause tarifaire litigieuse est conforme aux exigences de la CEDH.*
- RAMA 2/2005, p. 109 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 17 février 2005 (K 23/04).  
*Il n'existe aucun droit à la prise en charge des coûts d'une conservation du sperme par congélation dans le cas d'un assuré souffrant de la maladie de Hodgkin.*
- RAMA 2/2005, p. 119 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 10 novembre 2004 (U 203/04).  
*Notion d'accident: Les éléments constitutifs de la notion d'accident ne sont pas réalisés lorsqu'un plongeur souffre subitement de sensations de paralysie à un bras lors d'une plongée qui s'est déroulée normalement. La pression normale de l'eau sur le corps n'est pas une cause extérieure extraordinaire.*
- RAMA 2/2005, p. 144 - Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 7 décembre 2004 (U 46/04).  
*Cas d'un événement terrifiant où la personne concernée a été par mégarde impliquée dans un exercice de police et a cru à tort être prise pour un délinquant présumé,*
- *l'erreur lui ayant cependant immédiatement expliquée. Négation de la causalité adéquate entre cet événement et les problèmes psychiques survenus par la suite.*
- Rivista ticinese di diritto, II - 2004 p. 160 n° 51, TFA 23.4.2004 N. I 404/03.  
*Art. 4 LAI; 8 ALC. Disturbo somatoforme persistente - esclusione di regola di una limitazione di lunga durata della capacità lavorativa suscettiva di cagionare un'invalidità - condizioni alle quali eccezionalmente va ammessa una deroga - applicabilità dell'ALC.*
- Rivista ticinese di diritto, II - 2004 p. 200 n° 63, TFA 6.4.2004 N. U 85/03.  
*Art. 9 cpv. 1 OAINF; 6 LAINF. Nozione di infortunio - ferita al piede con scarponi da montagna - amputazione dell'aluca a seguito di infezione. Un danno alla salute dovuto a un'infezione configura di principio una malattia. Un'infezione può avere natura infortunistica allorché i germi patogeni sono penetrati nell'organismo attraverso una ferita o una piaga di origine infortunistica e non attraverso delle banali escoriazioni o graffi come se ne possono produrre quotidianamente.*
- SJZ 101, (2005) n° 11, p. 270, ATF 5C.245/2004 du 11 mars 2005.  
*L'assureur ne peut pas se fonder sur l'art. 40 LCA pour dénoncer tous les contrats qu'il a avec un assuré, mais uniquement ceux qui sont en lien avec des renseignements dissimulés ou faux qui avaient pour but d'induire en erreur l'assureur.*
- SJZ 101, (2005) n° 13, p. 326, ATF 6A.51/2004 du 19 avril 2005.  
*Lorsqu'une patiente se trouve dans un rapport de dépendance tel avec son thérapeute que son aptitude à se déterminer pour des actes d'ordre sexuel s'en trouve massivement limitée, elle ne peut consentir librement à des contacts d'ordre sexuel qui sont considérés comme une violation grave des règles de l'art. Dans ces circonstances, les conditions d'un abus de détresse au sens de l'art. 193 CP sont remplies.*
- Semaine judiciaire, n° 14, 2005, p. 205. ATF 131 I 45 (5P.232/2004) du 18 novembre 2004.  
*Clause de besoin. Constitutionnalité de la limitation pour une durée de trois ans du*

nombre de médecins admis à fournir des prestations à charge de l'assurance obligatoire. Le remboursement des prestations par l'assurance maladie obligatoire est un bien économique régi par l'Etat auquel l'accès est limité. Dans un tel cas, si une égalité absolue d'accès n'est pas possible, l'égalité de traitement va tendre à établir un équilibre permettant aux concurrents de participer au jeu économique, soit à ceux qui exercent déjà une activité de médecin indépendant et à ceux qui projettent d'en exercer une. (...) La limitation de l'admission à pratiquer ne touche pas à l'essence de la liberté économique, car (...) elle n'a d'incidence que sur l'admission de ces médecins en tant que fournisseurs de prestations au sens de l'art. 35 LAMal et (...) elle n'a pas d'effet sur l'activité du médecin dépendant.

- Semaine judiciaire, n° 23, 2005, p. 333. ATF 4C.383/2004 du 1er mai 2005.

*Le dommage consécutif à l'invalidité doit, autant que possible, être évalué de manière concrète; le juge part du taux d'invalidité médicale (ou théorique) et cherche ses effets sur la diminution de la capacité de gain ou sur l'avenir économique du lésé. (...) Il faut qu'il existe non seulement une concordance au niveau de l'événement dommageable, mais aussi une concordance temporelle et fonctionnelle (matérielle) entre les prestations sociales et le dommage dont la réparation est demandée sur le plan civil (Kongruenzgrundsatz).*

## V. Jurisprudence cantonale/ Kantonale Rechtsprechung

### Genève/Genf

- Semaine judiciaire, n° 13, 2005, p. 193, Tribunal administratif, 24 août 2004, A/322/2004.  
*Médecin. Agissement professionnel incorrect. Sanction. La notion d'agissement professionnel incorrect vise l'inobservation d'obligations faites à tout praticien d'une profession de la santé, formé et autorisé à pratiquer conformément au droit en vigueur, d'adopter un comportement professionnel consciencieux, en l'état du développement actuel de la science. Cet agissement peut résulter d'une violation des règles de l'art ou de l'obligation d'entretenir des relations adéquates avec les patients, en l'espèce suivi inadéquat d'un cas*

*d'hypertension oculaire après une opération de la cataracte.*

- Plädoyer 3/05, p. 74, Jugement du TCAS genevois du 11 mai 2004 (ATAS 335/2004), extraits.

*L'analyse des médecins de l'AI ne vaut, vu leur rapport de subordination à l'égard de l'AI, pas comme expertise au sens de la procédure administrative.*

### Lucerne/Luzern

- Luzerner Gerichts- und Verwaltungs, 2004, III, nr. 20, p. 458.

*Befristung einer Praxisbewilligung.*

- Obergericht des Kantons Luzern, I. Kammer, 14. Oktober 2003, in ZBJV 3/2005, p. 196.

*Art. 394 ff. OR. Die fehlende ärztliche Aufklärung kann durch eine hypothetische Einwilligung des Patienten geheilt werden.*

### St Gall/St Gallen

- GVP-SG 2004, Nr. 11, S. 36ff - Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 10. Juni 2004.

*Dem bundesrechtlichen Gebot, bei der Prämienverbilligung die aktuellsten Einkommens- und Familienverhältnisse zu berücksichtigen, widerspricht das kantonale Recht nicht, welches auf die persönlichen Verhältnisse am 1. Januar abstellt und Änderungen während des Anspruchsjahres, abgesehen von der gesetzlich vorgeschriebenen Berücksichtigung der Geburt eines Kindes, nicht mehr Rechnung trägt.*

- GVP-SG 2004, Nr. 41, S. 135ff - Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 16. November 2004.

*Das kantonale Recht stellt strengere Anforderungen an die Begutachtung bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche als das Bundesrecht, da das Gutachten nicht nur von einem, sondern von zwei Sachverständigen erstellt werden muss. Als Sachverständiger gilt sowohl bundes- wie kantonalmässig ein Arzt mit genügenden psychiatrischen Kenntnissen, jedoch nicht ein Psychologe. Die beiden Sachverständigen müssen unabhängig voneinander aufgrund eigener Untersuchung zu einem übereinstimmenden Ergebnis gelangen (Doppelgutachten). Ein vom Assistenzarzt erstelltes und vom Oberarzt visiertes Gutachten ist grundsätzlich kein Doppelgutachten in diesem Sinne, während ein vom Oberarzt erstelltes und vom Chefarzt visiertes Gutachten die Anforderungen an ein Doppelgutachten erfüllen kann.*

- GVP-SG 2004, Nr. 43, S. 146ff - Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 5. Oktober 2004.

*Für eine fürsorgliche Freiheitsentziehung genügt die medizinische Diagnose einer psychischen Krankheit nicht. Im Zeitpunkt der Beurteilung muss eine Geisteskrankheit oder Geistesschwäche im juristischen Sinne ausgewiesen sein.*

- GVP-SG 2004, Nr. 50, S. 168ff - Entscheid des Kantonsgerichts, Strafkammer, vom 17. Mai 2004.

*Ein Arzt kann sich nur ausnahmsweise auf den übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund des therapeutischen Privilegs berufen und gestützt darauf einem Patienten eine Diagnose nicht eröffnen.*

#### Thurgovie/Thurgau

- RBOG-TG 2004, Nr. 12, S. 104ff - Entscheid des Obergerichts vom 2. September 2004, Nr. ZBR.2004.44.

*Beweiskraft eines Arzteugnisses; Mobbing ist keine Krankheit.*

#### Tessin/Ticino

- Rivista ticinese di diritto, II - 2004 p. 174 n° 57, TCA 3.5.2004 N. 36.2003.110

*Art. 42 cpv. 2, 64 LAMal; 93, 103 OAMal. Principio del terzo pagante - diniego della necessità di informare gli assicurati prima di pagare le fatture di un fornitore di prestazioni e chiedere il rimborso delle franchigia e della partecipazione ai costi - esclusione della compensazione per gli assicurati - spese di incasso e costi relativi al danno derivanti dal ritardo del pagamento della franchigia e della partecipazione ai costi.*

- Rivista ticinese di diritto, II - 2004 p. 175 n° 58, TCA 22.3.2004 N. 36.2003.85.

*Art. 55a cpv. 1 LAMal; 5 OFL. Limitazione del numero dei fornitori di prestazioni ammessi a esercitare a carico della LAMal, richiesta successiva all'entrata in vigore dell'OFL. In concreto, l'insorgente è sottoposto alla limitata limitazione del numero di fornitori di prestazioni autorizzati a esercitare a carico della LAMal, visto che la richiesta di rilascio per l'autorizzazione a esercitare quale indipendente è stata inoltrata all'autorità competente due mesi dopo l'entrata in vigore dell'OFL. Siccome la menzionata autorizzazione andava richiesta all'autorità cantonale, la domanda del riconoscimento dell'equipollenza del suo diploma estero (UE), inoltrata all'Ufficio federale competente pre-*

*cedentemente all'entrata in vigore dell'OFL, non può supplire a tale mancanza. Nemmeno rilevante è il fatto che l'assicurato aveva ottenuto l'autorizzazione a esercitare come dipendente. Pure irrilevante risulta l'iscrizione all'albo dei medici del Cantone Ticino quale membro straordinario.*

#### Valais/Wallis

- ACDP du 27 août 2004 en la cause X. c/ Conseil d'Etat, in RVJ 1/2005, p. 81.

*Le médecin qui a obtenu une autorisation de pratiquer la médecine peut se la voir retirer au motif que, hormis les cas d'urgence, réservés par cette disposition, il exerce ses activités dans des locaux non conformes aux réquisits de l'art. 66 LS, soit en l'espèce, dans des instituts de beauté.*

- ATCA du 6 octobre 2003 en la cause Z. c/ Caisse maladie Y., in RVJ 1/2005, p. 97.

*Art. 61 LAMal. Procédure applicable depuis l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003 de la LPGA. En cas de contrat collectif portant sur des cotisations concernant l'assurance obligatoire des soins et en l'absence de dispositions contraires des conditions d'assurance de la caisse, il convient de considérer que c'est l'employeur qui est débiteur des cotisations dues par l'assuré jusqu'au terme de son contrat dans l'entreprise.*

- KVGE vom 1. Mai 2002, X. c/ Krankenkasse Y., in RVJ 1/2005, p. 103.

*Arzneimittel. Kostenvergütung für ein nicht auf der Spezialitätenliste aufgeführtes Präparat. Die klare gesetzliche Ordnung schliesst die Übernahme der Kosten von nicht auf der Spezialitätenliste aufgeführten Arzneimitteln durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung grundsätzlich aus. Eine Anrufung der Austauschbefugnis fällt ausser Betracht, wenn damit die Kostenübernahme eines nicht auf der Spezialitätenliste enthaltenen Präparates erreicht werden soll.*

*(Wurde mit Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes vom 1. September 2003 bestätigt).*

- ATCA du 27 août 2002 en la cause T. c/ Office cantonal AI du Valais, in RVJ 1/2005, p. 110.

*La fixation par l'OFAS du prix limite d'un moyen auxiliaire ne saurait avoir pour effet d'empêcher un assuré de bénéficier du modèle d'un prix supérieur qui, tel qu'il a été conçu, est adapté à son handicap.*

## Doctrine/ 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

- ALBIN R.L., Sham surgery controls are mitigated trolleys, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 149.
- CASTILLE X., La politique européenne de lutte contre le tabac, *Droit déontologie & soin*, vol. 4, n° 4, 2004, p. 501.
- CHEMTOB-CONCE M.-C., Brevets pharmaceutiques et santé publique des pays en développement, *Médecine & droit*, n° 70, 2005, p. 23.
- COHEN J.C., Pushing the borders: the moral dilemma of international internet pharmacies, *Hastings center report*, vol. 34, n° 2, March-April 2004, p. 15.
- CORRIGAN O.P., Pharmacogenetics, ethical issues: review of the Nuffield Council on Bioethics Report, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 144.
- ELLIOTT C., Pharma goes to the laundry: public relations and the business of medical education, *Hastings center report*, vol. 34, n° 5, September-October 2004, p. 18.
- KOSKI G., FDA and the life-sciences industry: business as usual ?, *Hastings center report*, vol. 34, n° 5, September-October 2004, p. 24.
- MAY TH., AULISIO M. P., SILVERMAN R.D., The smallpox vaccination of health care workers: professional obligations and defense against bioterrorism, *Hastings center report*, vol. 33, n° 5, September-October 2003, p. 26.
- OKIE S., Safety in numbers - monitoring risk in approved drugs, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 1273-1276.

- WAXMAN H.A., The lessons of Vioxx - Drug safety and sales, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 2576.

#### Assurances sociales

- CAUCHY M., DIONISI-PEYRUSSE A., Le droit au secret médical et son application en matière d'assurances, *Dalloz*, n° 20, 2005, p. 1313.
- COURSIER PH., NONENMACHER D., Les nouvelles sanctions financières issues de la réforme de l'assurance-maladie, *Gazette du Palais*, janvier-février 2005, p. 275.
- EMANUEL E. AND AL., Health care vouchers - a proposal for universal coverage, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 1255.
- KESSELHEIM A.S. AND AL., Overbilling vs. Downcoding - The battle between physicians and Insurers, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 855.
- MACAULEY R., The hippocratic civil disobedience and health care reform underground, *Hastings center report*, Vol. 35, no 1, January-February 2005, p. 38.
- MONGAN J.J. AND AL., Do we really want broad access to health care? *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 1260.

#### Droits des patients, droit de la personnalité

- ABELLARD V., L'évolution de l'obligation d'information, vers une remise en cause de la nature de la relation médecin-patient, *Droit déontologie & soin*, vol. 5, n° 1, 2005, p. 91.
- ASHCROFT R.E., Standing up for the medical rights of asylum seekers, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 125.
- BERTRAND-MIRKOVIC A., L'enfant à naître est-il une personne protégée par la Convention européenne des droits de l'homme ?, *Revue générale de droit médical*, n° 14, 2004, p. 197.
- BOURBON M., Le « droit du mourir » à l'hôpital pour l'enfant, *Droit déontologie & soin*, vol. 5, n° 1, 2005, p. 65.
- CASAGRANDE T., L'accès direct au dossier médical: principes juridiques et réalités pratiques, *Médecine & droit*, n° 71, 2005, p. 50.

- CHEMS-EDDINE H., Liberté de croyance et respect du soin, *Droit déontologie & soin*, vol. 4, n° 4, 2004, p. 380.
  - DWYER J., Illegal immigrants, health care and social responsibility, *Hastings center report*, vol. 34, n° 1, January-February 2004, p. 34.
  - FAGERLIN A., SCHNEIDER C.E., Enough: the failure of the living will, *Hastings center report*, vol. 34, n° 2, March-April 2004, p. 30.
  - GOSTIN L.O., The judicial dismantling of the Americans with Disabilities Act, *Hastings Center Report*, vol. 33, n° 1, January-February 2003, p. 9.
  - HEINRICH J.-H., Grundbefähigungsgleichheit im Gesundheitswesen, *Ethik in der Medizin*, H. 2, 2005, p. 90.
  - JAN M., Le nouveau cadre juridique de l'accueil des demandeurs d'asile, *Droit déontologie & soin*, vol. 4, n° 4, 2004, p. 488.
  - KIMMEL-ALCOVER A., L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs: chronique d'un déclin annoncé, *Revue de droit sanitaire et social*, 2005, n° 2, p. 265.
  - KOGLER T.K., WILFOND B.S., FRIEDMAN ROSS L., Lethal language, lethal decisions, *Hastings center report*, vol. 33, n° 1, January-February 2003, p. 37.
  - KUKLA R., Conscientious autonomy: displacing decisions in health care, *Hastings center report*, vol. 35, n° 2, March-April 2005, p. 34.
  - LO B. AND AL., HIPAA [Health Insurance Portability and Accountability Act] and patient care. The role for professional judgment, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 1766.
  - LOMBARDO P. A., Facing Carrie Buck, *Hastings Center Report*, vol. 33, n° 1, January-February 2003, p. 14.
  - LONDON, L., Health and Human Rights: What can Ten Years of Democracy in South Africa tell us?, *Health and Human Rights*, vol. 8, n° 1, 2004, p.1.
  - MACLEAN A., Giving the reasonable patient a voice: information disclosure and the relevance of empirical evidence, *Medical law international*, vol. 7, n° 1, 2005, p. 1.
  - MEDDOUR S., Soins et respect des croyances, *Droit déontologie & soin*, vol. 5, n° 2, 2005, p. 148.
  - MÉMETEAU G., Le droit médical est-il un droit au bonheur?, Apprendre à douter: Questions de droit, questions sur le droit [Mélanges Claude Lombois], Presses universitaires de Limoges, Limoges, 2004, p. 337.
  - MORIN P., Fin de vie et Code civil: faut-il combler le vide législatif?, *Revue générale de droit médical*, n° 14, 2004, p. 391.
  - ROBERTSON J.A., Extreme prematurity and parental rights after baby doe, *Hastings center report*, vol. 34, n° 4, July-August 2004, p. 32.
  - SCOTT R., The English Fetus and the Right to life, *European Journal of Health Law*, n° 4, 2004, p. 337.
  - SHARPE V.A., promoting patient safety: an ethical basis for policy deliberation, *Hastings center report*, Vol. 33, n° 5, September-October 2003, special supplement, p. 1.
  - SPRANGER T.M., Die Rechte des Patienten bei der Entnahme und Nutzung von Körpersubstanzen, *Neue juristische Wochenschrift (NJW)*, 16, 2005, p. 1084.
  - TE BRAAKE TREES A.M., Does a Fetus have a Right to Life? The Case of Vo v. France, *European Journal of Health Law*, n° 4, 2004, p.381.
  - TRÈVES T., COYRAL D., Contribution au devoir d'information au patient en rhumatologie à propos de 300 cas, *Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine*, 2004, tome 188, n° 7, p. 1185.
  - VAN KLEFFENS T., VAN LEEUWEN E., Physicians' evaluations of patients' decisions to refuse oncological treatment, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p.131.
- Ethique biomédicale**
- ANNAS G.J., Unspeakably cruel - torture, medical ethics, and the law, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 2127.
  - BENATAR S.R., Towards Progress in Resolving Dilemmas in International Research Ethics, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2004, p. 574.

- BYK Chr., Bioéthique, universalisme et mondialisation – la dynamique des contradictions, *La Semaine Juridique*, n° 7, 16 février 2005, p. 315.
  - BOWMAN K., What are the Limits of Bioethics in a Culturally Pluralistic Society ?, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2004, p. 664.
  - BRAUN K., Not just for experts: the public debate about reprogenetics in Germany, *Hastings center report*, vol. 35, n° 3, May-June 2005, p. 42.
  - CHARO R.A., The celestial fire of conscience – refusing to deliver medical care, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 2471.
  - FAUNCE T.A., Will international human rights subsume medical ethics? Intersections in the UNESCO *Universal Bioethics Declaration*, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 173.
  - FLUSS S., The Evolution of Research Ethics: The Current International Configuration, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2004, p. 596.
  - MORRISON D., A holistic approach to clinical and research decision-making: lessons from the UK organ-retention, *Medical Law Review*, 2005, vol. 13, n° 1, p. 45.
  - VERKERK M. ET AL., Enhancing reflection: an interpersonal exercise in ethics education, *Hastings center report*, vol. 34, n° 6, November-December 2004, p. 22.
- Euthanasie**
- ANNAS G.J., « Culture of life » politics at the bedside – the case of Terri Schiavo, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 1710.
  - BLOCHE M.G., Managing conflict at the end of life, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 2371.
  - BAILLEUL D., Le droit de mourir au nom de la dignité humaine : à propos de la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie, *Semaine juridique*, 2005, n° 23, p. 1055.
  - BECKER-SCHWARZE K., Möglichkeiten der rechtlichen Regulierung einer selbstbestimmten Entscheidung am Lebensende, *Liber Amicorum [mélanges] Eike Schmidt*, Müller, Heidelberg, 2005, p. 1.
  - BOCKENHEIMER-LUCIUS G., « Wachkoma » und Ethik, *Ethik in der Medizin*, H. 2, 2005, p. 85.
  - DAVID-SOUCHOT V., Limitation et arrêts de thérapeutique(s) active(s) pour les patients incompétents hospitalisés en service de réanimation adulte, *Droit déontologie & soin*, vol. 4, n° 4, 2004, p. 449.
  - DE BEAUFORT I., Patients in a persistent vegetative state – a Dutch perspective, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 2373.
  - DRESSER R., Schiavo: A hard case makes questionable law, *Hastings center report*, vol. 34, n° 3, May-June 2004, p. 8.
  - FARAH M. J., ROOT WOLPE P., Monitoring and manipulating brain function: new neuroscience technologies and their ethical implications, *Hastings center report*, vol. 34, n° 3, May-June 2004, p. 35.
  - FINS J.J., Rethinking disorders of consciousness: new research and its implications, *Hastings center report*, vol. 35, n° 2, March-April 2005, p. 22.
  - FORD M., The personhood paradox and the « right to die », *Medical Law Review*, 2005, vol. 13, n° 1, p. 80.
  - GOSTIN L.O., Ethics, the constitution and the dying process. The case of Theresa Marie Schiavo, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 2403.
  - GUNDERSON M., Being a burden: reflections on refusing medical care, *Hastings center report*, vol. 34, n° 5, September-October 2004, p. 37.
  - KISSANE D.W., the contribution of demoralization to end of life decisionmaking, *Hastings center report*, vol. 34, n° 4, July-August 2004, p. 21.
  - LANDAU H., Heiligkeit des Lebens und Selbstbestimmung im Sterben, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n° 2, 2005, p. 50.
  - LIENHARDT A., Fin de vie: que prévoit la proposition de loi ?, *Médecine & droit*, n° 70, 2005, p. 10.
  - MAY A.T., Autonomie am Lebensende – Patientenverfügungen: Bericht der Arbeitsgruppe des Bundesministeriums der Justiz, *Ethik in der Medizin*, H. 2, 2005, p. 152.

- OKIE S., Physician-assisted suicide - Oregon and beyond, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 1627.
  - PROVOOST V. AND AL., Medical end-of-life decisions in neonates and infants in Flanders, *Lancet* 365 (2005), p. 1315.
  - QUILL T.E., Terri Schiavo - a tragedy compounded, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 1630.
  - The Schiavo case [dossier], *Hastings center report*, vol. 35, n° 3, June-July 2005, p. 16.
  - SCHNEIDER C.E., Liability for life, *Hastings center report*, vol. 34, n° 4, July-August 2004, p. 10.
  - SMITH S.W., Evidence for the practical slippery slope in the debate on physician-assisted suicide and euthanasia, *Medical Law Review*, 2005, vol. 13, n° 1, p. 17.
  - TRUOG RD. AND AL., Do-not-resuscitate orders in the surgical setting, *Lancet* 365 (2005), p. 733.
  - VERHAGEN E. AND AL., The Groningen protocol - euthanasia in severely ill newborns, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 959.
  - VROKKING A.M. AND AL., Medical end-of-life decisions made for neonates and infants in the Netherlands, *Lancet* 365 (2005), p. 1995.
  - WAGENITZ TH., Finale Selbstbestimmung ? Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Patientenverfügung im geltenden und künftigen Recht, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 9, 2005, p. 669.
- Exercice des professions de la santé, politique professionnelle**
- BACACHE M., L'obligation d'information du médecin, *Médecine & droit*, n° 70, 2005, p. 3.
  - DE VRIES R.G., BOSK CH. L., The bioethics of business: rethinking the relationship between bioethics consultants and corporate clients, *Hastings center report*, vol. 34, n° 5, September-October 2004, p. 28.
  - GROSS M.L., Bioethics and armed conflict: mapping the moral dimensions of medicine and war, *Hastings center report*, vol. 34, n° 6, November-December 2004, p. 22.
  - GUÉVEL D., Le médecin traitant en droit civil et en droit de la sécurité sociale, *Gazette du Palais*, janvier-février 2005, p. 80.
  - LANTOS J., RVUs blues: how should docs get paid ?, *Hastings Center Report*, vol. 33, n° 3, May-June 2003, p. 37.
  - MELLO M.M. AND AL., Academic medical centers' standards for clinical-trial agreements with industry, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 2202.
  - ROWE M., The structure of the situation: a narrative on high-intensity medical care, *Hastings center report*, vol. 33, n° 6, November-December 2003, p. 37.
  - STRECH D., Der Umgang mit Wahrscheinlichkeiten und das Vertrauen in die Medizin: Ethische und wissenschaftstheoretische Aspekte einer Evidenz-basierten Medizin am Beispiel der Krebsfrüherkennung, *Ethik in der Medizin*, H. 2, 2005, p. 103.
  - TOPOL E.J. AND AL., Physicians and the investment industry, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 2654.
- Génétique humaine et biotechnologies**
- BARONE A., Organismi geneticamente modificati (Ogm) e rischi per la libertà economica: prime riflessioni sulla l. 28 gennaio 2005 n. 5, *Il Foro Italiano*, n. 4, 2005, p. 78.
  - DICKINSON D., The new french resistance: commodification rejected?, *Medical law international*, vol. 7, n° 1, 2005, p. 41.
  - FADEN R. R. ET AL., Public stem cell banks: considerations of justice in stem cell research and therapy, *Hastings center report*, vol. 33, n° 6, November-December 2003, p. 13.
  - FERNANDEZ H.K., Genetic privacy, abandonment, and DNA dragnets: is fourth amendment jurisprudence adequate?, *Hastings center report*, vol. 35, n° 1, January-February 2005, p. 21.
  - FITZPATRICK W., Surplus embryos, non reproductive cloning and the intend/foresee distinction, *Hastings Center Report*, vol. 33, n° 3, May-June 2003, p. 29.
  - FRANKEL M.S., Inheritable genetic modification and a brave new world: Did Huxley have it wrong ?, *Hastings center report*, vol. 33, n° 1, January-February 2003, p. 31.

- GILLON J.J., More subject and less human: the pain-filled journey of human subjects protection... and some differences in the United States and the European Union, *Medical law international*, vol. 7, n° 1, 2005, p. 65.
  - GREENFIELD D., Impatient proponents: what's wrong with the California stem cell and cures act, *Hastings center report*, vol. 34, n° 5, September-October 2004, p. 32.
  - LAURITZEN P., Stem cells biotechnology, and human rights, *Hastings center report*, vol. 35, n° 2, March-April 2005, p. 25.
  - LOEWY E.H., SPRINGER LOEWY R., Use and abuse of bioethics: integrity and professional standing, *Health care analysis*, vol. 13, n° 1, 2005, p. 73.
  - MAGNUS D., Stem cell research should be more than a promise, *Hastings center report*, vol. 34, n° 5, September-October 2004, p. 35.
  - PARENS E., Genetic differences and human identities: on why talking about behavioral genetics is important and difficult, *Hastings center report*, vol. 34, n° 1, January-February 2004, Special supplement, p. 1.
  - PEIS-HITIER M.-P., Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine, *Dalloz*, n° 13, 2005, p. 865.
  - SCHMITZ D., WIESING U., Genetische Analysen an Arbeitnehmern: Brauchen wir eine gesetzliche Regelung?, *Ethik in der Medizin*, H. 2, 2005, p. 114.
  - SHENFIELD F., Semantic and ethics of human embryonic stem-cell research. *Lancet* 365 (2005), p. 2071.
  - SOWLE CAHILL L., Biotech & justice: catching up with the real world order, *Hastings center report*, vol. 33, n° 5, September-October 2003, p. 34
- Médecine légale**
- GILL P., DNA as evidence - The technology of identification, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 2669.
  - ROTHSTEIN M.A., Genetic justice, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 2067.
- Mesures médicales spéciales**
- BARLOW J. AND AL., Child abuse and neglect, *Lancet* 365 (2005), p. 1750.
  - BENN P., LUPTON M., Sterilisation of young, competent, and childless adults, *British medical journal*, vol. 330, n° 7503, 2005, p. 1323.
  - DAHL E., Sex selection: laissez faire or family balancing?; HOLM S., Laissez faire sex selection: a response to Edgar Dahl, *Health care analysis*, vol. 13, n° 1, 2005, p. 87.
  - FABRE H., Un professionnel, un établissement de santé peuvent-ils se défendre face à une mise en cause pour infection nosocomiale? Où est l'équité des textes?, *Médecine & droit*, n° 71, 2005, p. 55.
  - FRANK A.W., Emily's scars: Surgical shapings, technoluxe and bioethics, *Hastings center report*, vol. 34, n° 2, March-April 2004, p. 18.
  - GERBER A., LAUTERBACH K.W., Evidence-based medicine: why do opponents and proponents use the same arguments?, *Health care analysis*, vol. 13, n° 1, 2005, p. 59.
  - GOSTIN L.O., Influenza pandemic preparedness: legal and ethical dimensions, *Hastings center report*, vol. 34, n° 5, September-October 2004, p. 10.
  - Les infections nosocomiales: dossier préparé par les services du Ministère de la santé, *Médecine & droit*, n° 70, 2005, p. 15.
  - JUFFER F. AND AL., Behavior problems and mental health referrals of international adoptees. A meta-analysis, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 2501.
  - MACMILLAN H. AND AL., Effectiveness of home visitation by public health nurses in prevention of the recurrence of child physical abuse and neglect: a randomised controlled trial, *Lancet* 365 (2005), p. 1786.
  - MILLER LC., International adoption, behavior, and mental health, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 2533.
  - OGUZ N.Y., MILES S.H., The physician and prison hunger strikes: reflecting on the experience in

Turkey, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 169.

### Nouvelles techniques de l'information et santé

- GARG A.X. AND AL., Effects of Computerized clinical decision support systems on practitioner performance and patient outcomes. A systematic review. *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 1223.
- KOPPEL R. AND AL., Role of computerized physician order entry systems in facilitating medication errors, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 1197.
- LASSERRE D., Dossier médical et informatique, *Droit déontologie & soin*, vol. 5, n° 2, 2005, p. 194.
- MCKINNEY P. ET AL., A feasibility study of signed consent for the collection of patient identifiable information for a national paediatric clinical audit database, *British medical journal*, vol. 330, n° 7496, 2005, p. 877.
- MEREDITH B., Data protection and freedom of information, *British medical journal*, vol. 330, n° 7490, 2005, p. 490.
- WEARS R.L. AND AL., Computer technology and clinical work. Still waiting for Godot, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 1261.

### Personnes âgées et santé

- CHURCHILL L.R., Age-rationing in health care: flawed policy, personal virtue, *Health care analysis*, vol. 13, n° 2, 2005, p. 137.
- JUENGST E.T. AND AL., Biogerontology, « anti-aging medicine » and the challenges of human enhancement, *Hastings Center Report*, vol. 33, n° 4, July-August 2003, p. 21.
- GEMS D., Is more life always better?: the new biology of aging and the meaning of life, *Hastings Center Report*, vol. 33, n° 4, July-August 2003, p. 31.
- HACKLER CH., HESTER M.D., Age and the allocation of organs for transplantation: a case study, *Health care analysis*, vol. 13, n° 2, 2005, p. 129.

- LESSER H., Priorities in the use of research into ageing, *Health care analysis*, vol. 13, n° 1, 2005, p. 53.
- LOEWY E.H., Age discrimination at its best: should chronological age be a prime factor in medical decision making, *Health care analysis*, vol. 13, n° 2, 2005, p. 101.
- PRETZLAFF R.K., Should age be a deciding factor in ethical decision-making ?, *Health care analysis*, vol. 13, n° 2, 2005, p. 119.
- ROSIN A.J., VAN DIJK Y., Subtle ethical dilemmas in geriatric management and clinical research, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 355.
- SPRINGER LOEWY R., Ageisms, *Health care analysis*, vol. 13, n° 2, 2005, p. 147.

### Procréation médicalement assistée

- BALDWIN T., Reproductive liberty and elitist contempt: reply to John Harris, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 288.
- HARRIS J., No sex selection please, we're British, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 286.
- HARRIS J., Sex selection and regulated hatred, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 291.
- KIRIAKAKI I., Die neuen Gesetze Griechenlands zur Anwendung der Methoden der Reproduktionsmedizin und ihre familienrechtliche Relevanz, *Medizinrecht*, H. 3, 2005, p. 143.
- PARENS E., KNOWLES L.P., Reprogenetics and public policy: reflections and recommendations, *Hastings Center Report*, vol. 33, n° 4, July-August 2003, special supplement, p. 1.
- PETERSON M.M., Assisted reproductive technologies and equity of access, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 280.

### Recherche biomédicale

- ADAMIS D., MARTIN F.C., TRELOAR A. AND AL., Capacity, consent, and selection bias in a study of delirium, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 137.
- ALTAVILLA A., L'Europe face à la recherche sur les cellules souches: enjeux éthiques et juridiques, *Revue générale de droit médical*, n° 14, 2004, p. 159.

- BARTH J., KUFNER K., BENDEL J., Ein klares Ja!: Einstellungen und Ambivalenzen der deutschen Allgemeinbevölkerung zur Forschung mit extrakorporalen Embryonen, *Ethik in der Medizin*, H. 2, 2005, p. 127.
  - CHALMERS D., Research Involving Humans: A Time for Change ?, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2004, p. 583.
  - CHEMTOB-CONCÉ M.-C., Le nouvel encadrement juridique et éthique de la recherche biomédicale en France, *Revue générale de droit médical*, n° 14, 2004, p. 255.
  - DAL RÉ R., ORIEGO R., MOREJON E., Multicentre trials review process by research ethics committees in Spain: where do they stand before implementing the new European regulation? *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 344.
  - DAVIS D.S., Genetic research & communal narratives, *Hastings center report*, vol. 34, n° 4, July-August 2004, p. 40.
  - DE ANGELIS C.D. AND AL., Is this clinical trial fully registered? A statement from the international committee of medical journal editors, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 2927.
  - DUPIN-SPRIET Th., MAILLOIS A.-C., Le nouveau cadre juridique de la recherche biomédicale, *Revue Droit & Santé*, n° 4, 2005, p. 91.
  - EDWARDS S.D., McNamee M.J., Ethical concern regarding guidelines for the conduct of clinical research on children, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 351.
  - Kink, N.M.P., Accident & desire: inadvertent germline effects in clinical research, *Hastings center report*, vol. 33, n° 1, January-February 2003, p. 23.
  - LEMMENS T., Piercing the veil of corporate secrecy about clinical trials, *Hastings center report*, vol. 34, n° 5, September-October 2004, p. 14.
  - LONDON A.J., Justice and the human development approach to international research, *Hastings center report*, vol. 35, n° 1, January-February 2005, p. 24.
  - LONDON A.J., Threats to the common good: biochemical weapons and human subjects research, *Hastings center report*, vol. 33, n° 6, July-August 2003, p. 17.
  - LURIE P., AND AL., US exceptionalism comes to research ethics, *Lancet* 365 (2005), p. 1117.
  - MCHALE J.V., Law and Clinical Research – From Rights to Regulation ? An English Perspective, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2004, p. 718.
  - MCLEAN S.A.M., Regulating Research and Experimentation: A View from the UK, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2004, p. 604.
  - MATHENY AN TOMMARA A. H., Do as I say, not as I do: Why bioethicists should seek informed consent for some case studies, *Hastings center report*, vol. 34, n° 3, May-June 2004, p. 28.
  - MILLER F.G., BRODY H., A critique of clinical equipoise: therapeutic misconception in the ethics of clinical trials, *Hastings Center Report*, vol. 33, n° 3, May-June 2003, p. 19.
  - Moral standards for research in developing countries: from «reasonable availability» to «fair benefits», [by the participants in the 2001 conference on ethical aspects of research in developing countries], *Hastings center report*, vol. 34, n° 3, May-June 2004, p. 17.
  - MORREIM E.H., High-Profile research & the media: the case of the abiocor artificial heart, *Hastings center report*, vol. 34, n° 1, January-February 2004, p. 11.
  - RICHARDSON H.S., BELSKY L., The ancillary-care responsibilities of medical researchers: an ethical framework for thinking about the clinical care that researchers owe their subjects, *Hastings center report*, vol. 34, n° 1, January-February 2004, p. 25.
  - STEINBROOK R., Gag clauses in clinical trial agreements, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p. 2160.
  - STEINBROOK R., Standards of ethics at the national institutes of health, *New England Journal of Medicine*, 352 (2005), p.1290.
- Responsabilité médicale**
- BERLINGER N., Avoiding cheap grace: medical harm, patient safety and the culture(s) of forgi-

- veness, *Hastings center report*, vol. 33, n° 6, November-December 2003, p. 29.
- BONNEAU J., La responsabilité sans faute des hôpitaux pour matériel défectueux, *Revue générale de droit médical*, n° 14, 2004, p. 247.
  - BUDETTI P.P., Tort reform and the patient safety movement, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 2403.
  - DECAMPS-MINI D., La responsabilité d'un établissement de santé pour défaillance du matériel de conservation d'embryons, *Revue générale de droit médical*, n° 14, 2004, p. 273.
  - FIALOVA D. AND AL., Potentially inappropriate medication use among elderly home care patients in Europe, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 1348.
  - HART D., Diagnosefehler: seine Verortung als behandlungsfehler und die Verpflichtung zur Aufklärung, *Liber Amicorum [mélanges] Eike Schmidt*, Müller, Heidelberg, 2005, p. 131.
  - HOFFMAN D.N., The medical malpractice insurance crisis again, *Hastings center report*, vol. 35, n° 2, March-April 2005, p. 15.
  - JOURDAIN P., Le médecin et la sage femme salariés bénéficient de l'immunité du préposé, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, n° 1, p. 143.
  - KESSLER D.P. AND AL., Impact of malpractice reforms on the supply of physicians services, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 2618.
  - LEAPE LL. AND AL., Five years after *To err is human*, what have we learned? *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 2384.
  - MANAOUIL C., GRASER M., VERRIER A., JARDÉ O., Responsabilité de l'équipe médicale en droit administratif - Interactions avec le droit pénal et le droit civil, *Revue générale de droit médical*, n° 14, 2004, p. 41.
  - MITSCH W., Die «hypothetische Einwilligung» im Arztstrafrecht, *Juristen Zeitung*, 6, 2005, p. 279.
  - PAPANIKOLAOU D., La responsabilité pénale des membres d'une équipe médicale, *Revue générale de droit médical*, n° 14, 2004, p. 79.
  - STUDDERT D.M. AND AL., Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 2609.
  - WEISSMAN J.S. AND AL., Error reporting and disclosure systems. Views from hospital leaders, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 1359.
- ### Santé mentale et psychique
- SENON J.-L., JONAS C., Protection de la personne : droit des patients en psychiatrie, *Médecine & droit*, n° 71, 2005, p. 33.
- ### SIDA, lutte contre les épidémies
- ARON G.-CL., L'infection nosocomiale : une législation complexe, une législation incomplète, *Revue générale de droit médical*, n° 14, 2004, p. 127.
  - JANSSEN L.A., HIV exceptionalism, CD4+ cell testing, and conscientious subversion, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 322.
  - WEAIT M., Criminal law and the sexual transmission of HIV : R v Dica, *Modern law review*, vol. 68, iss. 1, January 2005, p. 121.
- ### Système de santé, politique de la santé
- MARMOT M., Social determinants of health inequalities, *Lancet* 365 (2005), p. 1099.
  - MARTIN-PAPINEAU N., Entre confirmation et réorientation : la régionalisation de la santé en France, *Revue de droit sanitaire et social*, 2005, n° 2, p. 253.
  - MOSES H., AND AL., Why have academic medical centers survived? *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 1495.
  - WERNER R.M. AND AL., The unintended consequences of publicly reporting quality information, *Journal of American Medical Association*, 293 (2005), p. 1239.
- ### Transplantations
- AL-KHADER A.A., A model for scoring and grading willingness of a potential living donor, *Journal of Medical Ethics*, 31 (2005), p. 338.

- EIBACH U., Organ- und Gewebespender: Ethische und rechtliche Überlegungen zum beratenden Gespräch mit Angehörigen über Organentnahmen, *Medizinrecht*, 2005, H. 4, p. 215.
- LANG H., Deregulierte Verantwortungslosigkeit? Das Transplantationsrecht im Spannungsfeld von Kostendruck, regulierter Selbstregulierung und staatlicher Funktionsverantwortung, *Medizinrecht*, 2005, H. 5, p. 269.
- RESNICK D., The Jessica [sic] Santillan tragedy: lessons learned, *Hastings Center Report*, vol. 33, n° 4, July-August 2003, p. 15.
- TAUPITZ J., PITZ A., WICKLEIN M., Postmortale Gewebeentnahme: Verbieta das datenschutzrecht den Kontakt zwischen Arzt und Angehörigen?, *Medizinrecht*, 2005, H. 5, p. 262.
- GOLAY M., ZESIGER V., KABENGELE MPINGA E., ARZEL B., CHASTONAY P., Accès aux médicaments: le droit au traitement!, *Bulletin des médecins suisses*, n° 18, 2005, p. 1096.
- JUNOD V., Les devoirs d'information des sociétés cotées envers leurs investisseurs notamment dans le secteur pharmaceutique, *Semaine judiciaire*, II, n° 7, 2005, p. 175.

### Assurances sociales

### Ouvrages et Monographies/ Bücher und Monographien

- DUGUET A.M., (COORD.), *Séminaire d'actualité de droit médical: le respect du corps humain pendant la vie et après la mort: droit, éthique et culture*, Bordeaux, Les études hospitalières, 2005.
- DUPUY O., *La gestion des informations relatives au patient: dossier médical et dossier médical personnel*, Bordeaux, Les études hospitalières, 2005.
- REINHARZ HAZAN Y., CHASTONAY PH. (DIR.), *Santé et droits de l'homme*, Genève, Médecine & Hygiène, 2004.
- BECK K., Wettbewerb in der Krankenversicherung: Schlagwort oder Realität?, *Bulletin des médecins suisses*, n° 20, 2005, 1228.
- DUC J.-L., Notion de domicile dans les assurances sociales, *Pratique juridique actuelle*, n° 3, 2005, p. 302.
- FUCHS M., Invalidenversicherung – quo vadis?, *Bulletin des médecins suisses*, n° 10, 2005, p. 637.
- GLÄTTLI A., Traitement chirurgical de l'obésité – mise à jour de l'ordonnance sur les prestations de l'assurance de soins (OPAS), *Bulletin des médecins suisses*, n° 24, 2005, p. 1452.
- HIERLING D., COULLERY P., Der Billigkeitsbegriff im Tarifrecht der Krankenversicherung: ein verkanntes Kostendämpfungsinstrument?, *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle*, 2005, p. 159.
- KUHN H.-P., RABIA L., Prolongation de la clause du besoin: informations sur le projet mis en consultation le 21 mars 2005, *Bulletin des médecins suisses*, n° 14, 2005, p. 810.
- NOVIER M., Nul n'est censé ignorer... que la clause du besoin a été renouvelée pour trois ans!, *Revue Médicale Suisse*, n° 23, 8 juin 2005, p. 1582.
- OGGIER W., Risikoausgleich oder Risikoselektion zum zweiten, *Bulletin des médecins suisses*, n° 20, 2005, p. 1232.
- RASELLI N., Verfahrensrechtliche Probleme bei der Beurteilung von Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle*, 2005, p. 273.

## II. Doctrine suisse/ Schweizerische Lehre

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

### Articles/ Aufsätze

#### Agents thérapeutiques, dispositifs médicaux

- BYLAND W., OBERHÄNSLI R., Risiko von Medikamenteninteraktionen – einfach und ökonomisch erfassen, *Bulletin des médecins suisses*, n° 24, 2005, p. 1467.
- DIETRICH N., Thérapies résidentielles des dépendances en Suisse, *Droit déontologie & soin*, vol. 4, n° 4, 2004, p. 422.

### Droits des patients, droit de la personnalité

- BAUMANN-HÖLZLE R., ARN C., Ethiktransfer in Institutionen des Gesundheitswesens, *Bulletin des médecins suisses*, n° 12, 2005, p. 735.
- BERGER J.-P., Du droit de savoir... au devoir de dire, *Revue Médicale Suisse*, n° 19, 11 mai 2005, p. 1295.
- LACK P., Die individuell im Beratungsgespräch erstellte Patientenverfügung als Klärungs-, Selbstbestimmungs- und Kommunikationsinstrument, *Bulletin des médecins suisses*, n° 11, 2005, p. 689.
- NAU J.-Y., Du refus de traitement et de la déontologie médicale (I), *Revue Médicale Suisse*, n° 24, 15 juin 2005, p. 1644.
- NAU J.-Y., Du refus de traitement et de la déontologie médicale (II), *Revue Médicale Suisse*, n° 26, 29 juin 2005, p. 1761.
- ROBERT C.-N., Le droit de savoir, *Revue Médicale Suisse*, n° 19, 11 mai 2005, p. 1298.

### Ethique biomédicale

- MARTIN J., Le statut du fœtus - Influence à son égard des développements médicaux et techniques, *Revue Médicale Suisse*, n° 21, 25 mai 2005, p. 1456

### Euthanasie

- MAURON A., HURST S., A la recherche d'une bonne mort, *Revue Médicale Suisse*, n° 22, 1<sup>er</sup> juin 2005, p. 1522.
- PETTE J., A propos de la mort « en direct » et de l'assistance au suicide, *Revue Médicale Suisse*, n° 18, 4 mai 2005, p. 1240.

### Exercice des professions de la santé, politique professionnelle

- HOEGGER A., Steuerliche Spätfolgen der Arztpraxis in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder GmbH, *Bulletin des médecins suisses*, n° 17, 2005, p. 1019.
- HOHLFELD P., THIERFELDER C., JÄGER F. (pour le groupe de travail MGF), Mutilations génitales féminines, Recommandations suisses à l'intention des professionnels de la santé, *Bulletin des médecins suisses*, n° 16, 2005, p. 961.

- HOLZBERGER Brigitta, Revision des Binnenmarktgesetzes (BGBM), *SJZ 101*, (2005) n° 8, p. 187.
- KABENGELE MPINGA E., ZESIGER V., ARZEL B., GOLAY M., CHASTONAY P., De l'épidémiologie à la réhabilitation des victimes des tortures: quels rôles pour les professionnels de la santé?, *Bulletin des médecins suisses*, n° 18, 2005, p. 1086.
- KLOPP A.-M., Se taire ou divulgue ? Ou de l'importance du secret, *Revue suisse de criminologie*, 1/05, p. 61.
- REINHARD U., Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes (ArG) auf Spitäler und Spitalärzte, *Bulletin des médecins suisses*, n° 19, 2005, p. 1137.
- TAG B., Die Verschwiegenheit des Arztes im Spiegel des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung des Kantons Zürich, *Revue pénale suisse*, tome 122, 2004, p. 1.

### Génétique humaine et biotechnologies

- NAU J.-Y., De la laïcité républicaine et du clonage thérapeutique, *Revue Médicale Suisse*, n° 23, 8 juin 2005, p. 1587.

### Médecine légale

- BÜCHLER A., Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchungen: die neuen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die genetischen Untersuchungen beim Menschen (GUMG), *Revue du droit de tutelle*, n° 1, 2005, p. 32.

### Nouvelles techniques de l'information et santé

- MEER A., WIRTHNER A., SIMONIN C., Medizinische Call Center entlasten den ärztlichen Notfalldienst, *Bulletin des médecins suisses*, n° 18, 2005, p. 1073.

### Personnes âgées et santé

- TRITTEN C., Les directives médico-éthiques et recommandations de l'Académie suisse des sciences médicales relatives au traitement et à la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance, *Revue du droit de tutelle*, vol. 60, n° 2, 2005, p. 70.

### Procréation médicalement assistée

- NAU J.-Y., Les homosexuelles suédoises pourront avoir recours à la procréation médicalement

assistée; le Vatican condamne, *Revue Médicale Suisse*, n° 25, 22 juin 2005, p. 1700.

### Recherche biomédicale

- GYSIN R., Biobanken: Grosser Appetit von Forschung, Pharma und Polizei, in *Plädoyer*, n° 3, 2005, p. 11.
- RADZUWEIT S., ZANINI G.M., PELLI P., Das Ende der freien Krebsforschung, *Bulletin des médecins suisses*, n° 25, 2005, p. 1533.
- SPRUMONT D., L'indépendance de la recherche peut-elle sacrifier la protection des sujets?, *Bulletin des médecins suisses*, n° 25, 2005, p. 1531.

### Santé mentale et psychique

- BAUMANN M., Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung: Anmerkungen zu einer nötigen, aber verbesserungsbedürftigen Regelung im neuen Erwachsenenschutzrecht, *Revue du droit de tutelle*, vol. 60, n° 2, 2005, p. 58.
- BIRCHLER U., «Tauglichkeit» des Instrumentariums vormundschaftlicher Massnahmen zur Betreuung von Adoleszenten/jungen Erwachsenen mit psychischen Störungen, *Revue du droit de tutelle*, vol. 60, n° 1, 2005, p. 20.
- BRIDLER S., Den eigenen Weg zur psychischen Gesundheit finden, *Pro mente sana*, 1/05 (2005), p. 22.
- BRUNNER M., Psychiatrische Gutachter agieren im rechtsfreien Raum, *Plädoyer*, n° 3, 2005, p. 36.
- CHASTONAY P., ZESIGER V., ARZEL B., GOLAY M., KABENGELE MPINGA E., Santé mentale et droits de l'homme: quelques pistes de réflexion?, *Bulletin des médecins suisses*, n° 18, 2005, p. 1089.
- HELL D., Was ist eigentlich Gesundheit?, *Pro mente sana* 1/05 (2005), p. 24.
- LÜTHY Ch., Wie wird die aufsuchende Hilfe finanziert?, *Pro mente sana* 2/05 (2005), p. 14.

### Système de santé, politique de la santé

- ADLER R.H., MINDER C.E., Das therapeutische Ergebnis komplementärmedizinischer Anwendungen kann wissenschaftlich nicht gemessen

werden. Stimmt das?, *Bulletin des médecins suisses*, n° 25, 2005, p. 1524.

- BURRI B., Le libre choix du médecin en milieu hospitalier, *Bulletin des médecins suisses*, n° 13, 2005, p. 777.
- KABENGELE MPINGA E., ZESIGER V., ARZEL B., GOLAY M., CHASTONAY P., La discrimination dans l'accès au travail: un déterminant de la santé, *Bulletin des médecins suisses*, n° 18, 2005, p. 1083.
- KLAUSS G., BUSATO A., ZAHND D., Analyse des régions de desserte hospitalière en suisse, *Sécurité sociale*, 2005, n° 2, p. 104.
- SAURER A., Le secteur pharmaceutique et médico-technique: la «main invisible» du système de santé et «la victoire du Dr Knock», *Bulletin des médecins suisses*, n° 20, 2005, p. 1221.
- SCHLOSSBERG D., Gesundheitspolitik 2005 – quo vadis?, *Bulletin des médecins suisses*, n° 18, 2005, p. 1059.
- SCHÖNENBERGER M., Strategisches Management im Krankenhaus, *Bulletin des médecins suisses*, n° 9, 2005, p. 562.
- ZIEGLER M.A., Mobilität von Managed-Care-Versicherten – Eine Fallstudie, *Bulletin des médecins suisses*, n° 24, 2005, p. 1471.

### Ouvrages et Monographies/ Bücher und Monographien

- JOYE C. (éd.), *L'analyse génétique humaine: quelles perspectives législatives?*, Genève, Schulthess, 2004.
- MOREILLON L. [et al.], *Aspects pénaux du droit du vivant*, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn [etc.] 2004.
- SCHAFFHAUSER R., SCHLAURI F. (Eds.), *Sozialversicherungsrechtstagung 2004: Referate der Tagung vom 22. Juni 2004 in Luzern*, St. Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis 2004.
- THOMMEN M., *Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter: eine strafrechtliche Analyse der Stellvertretenden Einwilligung*, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, 2004.

ISSN 1660-5799

# Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht

Erscheint dreimal pro Jahr

N° 7 – September/Septembre 2005

## 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 Manaï**, 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

**Christoph Zenger**, Dozent, Lehrbeauftragter, Universität Bern

### Membre honoraire

**Michel Bélanger**, Prof. aux Universités, Montesquieu, Bordeaux IV

**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<sup>er</sup>-Mars 26, 2000 Neuchâtel, e-mail: [messagerie.ids@unine.ch](mailto:messagerie.ids@unine.ch).

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

### Abonnements/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](mailto:Abonnements@medhyg.ch).

Abonnements (en CHF): Suisse. Individuel: 60.-, institutionnel: 80.-, prix au numéro: 30.-

La revue est également disponible en ligne pour les abonnés:

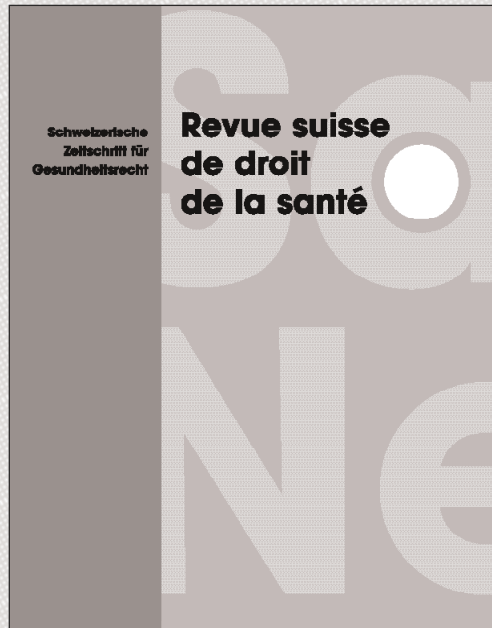
<http://www.rsds.ch>.

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.

## AVIS AUX ABONNÉS

### VOTRE REVUE EST EN LIGNE



[www.rsds.ch](http://www.rsds.ch)

Lors de votre première connexion ce formulaire s'affichera... entrez les informations et vous aurez accès à l'ensemble des numéros.

E-mail

Mot de passe

Login

Nouvel utilisateur

Vous pouvez vous identifier en entrant vos coordonnées ci-dessus.

S'il s'agit de votre premier login dans la Librairie/ Gateway de Médecine et Hygiène et que vous désiriez accéder à la version web des revues M&H, veuillez utiliser votre **numéro client M&H (y compris le 0) comme mot de passe**. Vous pourrez le changer une fois identifié dans la rubrique « Mon compte ».

Si vous ne pouvez plus retrouver votre numéro client M&H ou que votre e-mail n'est pas enregistré dans notre base de données, vous pouvez envoyer un mail à [librairie@medhyg.ch](mailto:librairie@medhyg.ch)

## 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<sup>e</sup> 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 Guillod  
Rapport N° 5 • 56 pages • 2004 • Fr. 28.-

■ **Accès au dossier, carte santé**

Actes de la 10<sup>e</sup> journée de droit de la santé  
Rapport N° 6 • 48 pages • 2004 • Fr. 28.-

■ **Droit de la santé: fondements et perspectives**

Actes de la 10<sup>e</sup> journée de droit de la santé  
Rapport N° 7 • 80 pages • 2004 • Fr. 38.-

■ **Soins de longue durée, soins de dépendance**

Contribution aux débats relatifs à la révision de la LAMal  
Rapport N° 8 • 56 pages • 2004 • Fr. 38.-

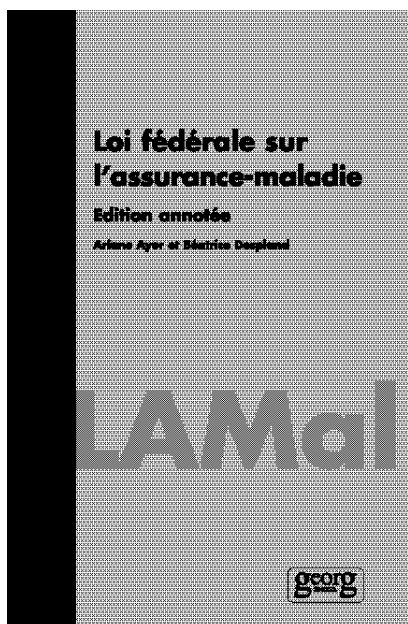
En tant qu'abonné à la Revue suisse de droit de la santé, une remise de 10% vous sera consentie.

Tél. +41 22 702 93 11

Fax +41 22 702 93 55

E-mail: abonnements@medhyg.ch

# Loi fédérale sur l'assurance-maladie



Cette édition annotée regroupe les lois et ordonnances sur l'assurance-maladie ainsi que la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA).

Les annotations intègrent la jurisprudence publiée depuis l'entrée en vigueur de la LAMal jusqu'au 31 mai 2004.

L'ouvrage est complété par une bibliographie générale et une table de concordance reprenant les arrêts cités.

Avant-propos • Avertissement au lecteur • Abréviations • Modifications législatives ■ ► Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) ► Ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA) ► Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) ► Ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal) ► Ordonnance du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins, OPAS) ► Ordonnance sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie

obligatoire ► Ordonnance sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie (OCP) ► Ordonnance sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie (OCOR) ► Ordonnance sur les subsides fédéraux destinés à la réduction de primes dans l'assurance-maladie (ORPM) ► Ordonnance concernant la réduction des primes dans l'assurance-maladie en faveur des rentiers qui résident dans un Etat membre de la Communauté européenne, en Islande ou en Norvège (ORPMCE) ► Loi fédérale sur l'adaptation des participations cantonales aux coûts des traitements hospitaliers dispensés dans le canton selon la loi fédérale sur l'assurance-maladie ■ Répertoire de la jurisprudence citée • Bibliographie • Index

## BON DE COMMANDE

à retourner aux Editions Médecine&Hygiène  
Case postale 456 – CH 1211 GENÈVE 4  
Fax ++22/702 93 55 – E-mail : Librairie@medhyg.ch

Le soussigné désire recevoir:

\_\_\_\_\_ ex. **Loi fédérale sur l'assurance-maladie**  
Edition annotée – Ariane Ayer, Béatrice Despland  
Juillet 2004, 437 p., broché. **CHF 70.–**

Nom: \_\_\_\_\_

Prénom: \_\_\_\_\_

Adresse: \_\_\_\_\_

Code postal/lieu: \_\_\_\_\_

Lieu et date: \_\_\_\_\_

Je règle par carte :

VISA  AMERICAN EXPRESS  EUROCARD

Carte N°: \_\_\_\_\_

Date d'expiration: \_\_\_\_\_

Je désire recevoir une facture

Signature: \_\_\_\_\_