

Alea jacta est : Santé !



Mélanges en l'honneur
d'Olivier Guillod





Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Alea jacta est : Santé !

Mélanges en l'honneur
d'Olivier Guillod

Evelyne Clerc
Jean-Philippe Dunand
Dominique Sprumont
(éditeurs)

Collection Neuchâteloise

Helbing Lichtenhahn Bâle

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Appartiennent exclusivement à la maison d'édition et à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel notamment les droits de reproduction, de représentation, de diffusion, de traduction ou d'adaptation, intégrales ou partielles, ainsi que de transfert et d'enregistrement de l'œuvre, par quelque procédé que ce soit (graphique, technique, électronique et/ou digital, y compris la photocopie et le téléchargement). De telles utilisations de l'œuvre en dehors des limites de la loi sont strictement interdites et requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition.

© 2021 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

ISBN 978-3-7190-4508-1

www.helbing.ch

www.unine.ch

Avant-propos

« Sachant que seul est libre qui use de sa liberté et que la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres ».

Ces deux maximes qui ornent le frontispice de la Constitution fédérale semblent avoir été écrites pour désigner deux traits essentiels de la personnalité d'Olivier. Homme libre, sur le terrain de tennis comme dans l'arène de la justice, viscéralement engagé dans la défense des plus vulnérables, notre collègue a construit sa carrière avec détermination mais sans ego. Initiateur du premier cours régulier de droit de la santé dans le paysage académique suisse et co-fondateur de l'Institut de droit de la santé (IDS) en 1993, il a fait œuvre de pionnier en posant les premières pierres et en édifiant patiemment cette nouvelle discipline juridique en Suisse. Son charisme teinté d'un flegme très neuchâtelois en a fait un pédagogue particulièrement apprécié, brisant la barrière entre professeur et étudiants pour se concentrer sur le cœur de l'enseignement, le transfert du savoir, de l'expérience et d'une certaine distance critique. A travers ses cours, ses écrits et ses nombreuses conférences et interventions dans la construction des politiques de santé, le service public et le bien-être des plus faibles forment les piliers de sa pensée et de ses actions, l'humain restant toujours au centre de ses préoccupations.

Par ces Mélanges, offerts par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, collègues et amis ont souhaité mettre en lumière les nombreuses facettes du parcours académique d'Olivier Guillod et les différentes fonctions qu'il a occupées au sein de l'Université de Neuchâtel et au-delà, en véritable bâtisseur de ponts entre les mondes du droit des personnes, de la famille, de la responsabilité civile et celui de la santé.

Nous tenons à remercier chaleureusement les auteurs et auteures pour leurs riches contributions, ainsi que Madame Sylvia Staehli, responsable du secrétariat externe, et Monsieur Victor Palma, Bachelor en droit, étudiant-assistant, pour leur exceptionnel travail de mise en page et relecture de l'ouvrage.

Neuchâtel, septembre 2021

Prof. Dominique Sprumont
Co-fondateur et Directeur-adjoint honoraire
de l'Institut de droit de la santé

Prof. Evelyne Clerc
Présidente du Conseil de l'Institut de droit de la santé

Prof. Jean-Philippe Dunand
Ancien président du Conseil de l'Institut de droit de la santé

Table des matières

Avant-propos.....	V
Table des matières.....	VII
Principaux ouvrages et articles d'Olivier Guillod	XIII
Liste des abréviations.....	XXIX

Regards croisés sur Olivier Guillod (le Professeur, le Gestionnaire, le Visionnaire, ...)

JEAN PERRENOUD

Portrait du Professeur en coureur de fond.....	3
--	---

KILIAN STOFFEL, DANIEL SCHULTHESS, FÉLIX KESSLER,
FABIAN GREUB ET JEAN-MARIE GREATHER

La méthode Guillod au service de l'UniNE.....	15
---	----

LUCA CRIVELLI, ANTOINE FLAHAULT, NINO KÜNZLI, SANDRA NOCERA

Olivier Guillod, un amico della salute pubblica e della Svizzera italiana.....	19
--	----

PIERRE-HENRI BRÉCHAT

Olivier Guillod : une grande œuvre à poursuivre.....	31
--	----

LEILA GHASSEMI

Echos du passé et du futur : fiction au fil des rencontres avec le Professeur Olivier Guillod.....	47
---	----

I. Droit civil

DENIS TAPPY

Lèpre et mariage : du droit canon classique aux réglementations réformées d'Ancien Régime	55
--	----

MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN

Au nom de la mère : réflexions sur l'établissement de la filiation maternelle à la lumière de deux arrêts récents et de l'article 8 CEDH	83
---	----

Table des matières

JESSICA PREILE, AXELLE PRIOR

L'exercice de l'autorité parentale conjointe en pratique :
les décisions à prendre en commun au sujet des enfants,
notamment celles en lien avec leur santé..... 101

FRANÇOIS BOHNET

L'actio duplex (doppelseitige Klage), en particulier en droit matrimonial 123

PHILIPPE MEIER

La multiparenté en assemblée générale..... 143

AURÉLIEN WITZIG

Essai sur la fonction de la protection de la personnalité en droit 161

NIELS SÖRENSEN

Tie-break et procédure civile..... 177

II. Droit de la santé

A. Consentement

DOMINIQUE MANAÏ

35 ans plus tard 199

DAMIAN KÖNIG

Du consentement éclairé du patient à l'intention partagée dans
le projet de soin..... 215

DOMINIQUE SPRUMONT, VLADISLAVA TALANOVA

La recherche sans consentement : l'exceptionnelle exception..... 235

GUILLAUME RODUIT

Trouver l'origine américaine du consentement éclairé : une longue histoire..... 257

B. Droit médical - responsabilité

MATTHIEU BOIS, CHRISTOPH MÜLLER

« Dites trente-trois ! » ou la violation du devoir de diligence du médecin277

PIERRE WESSNER

La responsabilité du médecin et l'objection libératoire tirée
du consentement hypothétique du patient : question de causalité
ou d'illicéité de l'acte dommageable289

RACHEL CHRISTINAT, ANNE-SYLVIE DUPONT

Pratiquer la médecine : un chemin de croix ?305

LARA KHOURY, KATIE SPILLANE

La faute de « système » en responsabilité médicale au Québec325

MÉLANIE LEVY

Please rate your patient experience ! Critical thoughts on emerging
online hospital ratings in Swiss healthcare345

DELPHINE BONNARD, DOMINIQUE CORREIA DE OLIVEIRA,
SONGÜL YAVAVLI

Les enjeux de l'enseignement du droit pour les professionnels de la santé365

MICHELLE COTTIER

Le don de sperme et l'établissement de la filiation au sein des couples
de femmes mariées379

ANAËLLE CAPPELLARI

Petite histoire comparée de l'accès à l'AMP avec don de sperme
pour les couples de même sexe391

MARIA LUDWICZAK GLASSEY

Compétence internationale des autorités pénales suisses en matière
de trafic d'organes humains : *how to use a sledgehammer to crack a nut,*
and miss it411

C. Secret professionnel et protection des données

FRÉDÉRIC ERARD

L'autorité de levée du secret professionnel des ecclésiastiques425

ANDRÉ KUHN, YVAN JEANNERET, CAMILLE MONTAVON

Le secret professionnel de l'étudiant·e.....437

D. Droit et accès aux soins et équité

JÉRÔME SAINT-PHOR

Le droit aux soins de qualité : définition à la lumière du droit international et des théories conceptuelles451

PHILIPPE BAUER

Droits des prévenus, attention dangers !.....473

MANUELE BELLONZI

Accesso ai trattamenti sanitari in situazione di carenza eccezionale di risorse – un breve excursus sui dilemmi etici di terapia intensiva in tempo di Covid-19483

NATHALIE BRUNNER

Quelques considérations en lien avec les soins apportés au système pileux.....501

SABRINA BURGAT, FANNY MATTHEY

L'égalité, c'est bon pour la santé.....515

E. Droit à et de la santé : morceaux choisis

GABRIELLE STEFFEN

Attention, fragile !.....545

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Mobbing et télétravail.....559

VALÉRIE DÉFAGO

Canicule en ville573

Table des matières

PASCAL MAHON

La gestion de la pandémie à l'aune du droit constitutionnel :
quelques réflexions critiques587

BLAISE CARRON, AURÉLIE GANDOY

Les tribulations de deux Neuchâtelois en Chine615

BERNHARD RÜTSCHKE

Staatshaftung für Betriebsschliessungen während der Covid-19-Pandemie635

PETROS C. MAVROIDIS

Trade in the Time of Pandemic649

GIOVANNI DISTEFANO

Pandémies et droit international : réflexions kaléidoscopiques
d'un confiné dans sa (virtuelle) tour d'ivoire.....659

THOMAS GÄCHTER, DANIA TREMP

« Gesamtschweizerisch » geltende Qualitätsverträge677

ASTRID EPINEY

Preisbindungen aus Gründen des Gesundheitsschutzes im Spiegel
der Rechtsprechung des EuGH.....693

VALÉRIE JUNOD

La LTrans dans le secteur pharmaceutique : un périple empirique
semé d'embûches705

JEANINE DE VRIES REILINGH

Bref survol du contrôle étatique des procédures en matière notamment
de dopage, illustré par quelques arrêts topiques727

VALÉRIE WYSSBROD

La réglementation du commerce d'espèces sauvages dans un but
de santé publique et animale743

F. Handicap, assurances sociales et égalité

RAPHAËL GANI, RAFI FELLER

La déduction des frais liés au handicap en matière d'impôt sur
le revenu des personnes physiques759

CHRISTIAN CROSETTA

Fragilité, droits, capacité : pour une anthropologie juridique du handicap.....783

ADRIANO PREVITALI

Le besoin de renforcer l'égalité de traitement dans les assurances sociales803

GUY LONGCHAMP

L'âge (idéal) de la retraite et les assurances sociales819

AGNÈS HERTIG PEA

L'escargot, animal fétiche du droit de vote des femmes en Suisse835

Pratiquer la médecine : un chemin de croix ?

par

RACHEL CHRISTINAT

Dr. iur, avocate, chargée d'enseignement à la Faculté de droit de Neuchâtel

ANNE-SYLVIE DUPONT

Professeure aux Facultés de droit de Neuchâtel et Genève

I. Introduction

Si la carrière scientifique du Professeur Olivier Guillod est la preuve d'une possible cohabitation paisible entre le droit et la médecine, le sujet que nous avons choisi d'y traiter est un indice que cette harmonie ne survivra peut-être pas à son départ de notre *Alma Mater*. Nous formulons en effet l'hypothèse que le droit, plus que jamais, est utilisé pour empêcher, par tous les moyens possibles, la pratique de la médecine, sans réelle réflexion quant à un éventuel impact sur la fourniture de soins de santé.

Pour l'année 2019, l'Office fédéral de la statistique a recensé 41'038 médecins en équivalent plein temps (EPT) actifs en Suisse, contre 34'007 pour l'année 2012¹. Cela implique une augmentation de 4 EPT de médecins par jour ouvré sur cette période. La population résidente permanente en Suisse au 31 décembre 2019 s'élevait à 8'606'033 personnes contre 7'954'662 le 1^{er} janvier 2012². Par conséquent, il y avait 1 EPT de médecin pour 209.7 personnes résidentes en 2019, alors que 2012 affichait 1 EPT de médecin pour 233.9 personnes résidentes. En huit ans, 1 EPT de médecin suit 24.2 patients de moins, ce qui représente une baisse de 10.34 %.

Parallèlement la prime moyenne d'assurance-maladie de base a augmenté de 3.2 % en moyenne par année entre 2010 et 2019³. Or, il est assez largement admis que la

¹ La statistique est disponible sur le site Internet de l'OFS (consulté le 31 mars 2021) : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/sante/systeme-sante/emplois-professions-sante.html>.

² La statistique est disponible sur le site Internet de l'OFS (consulté le 31 mars 2021) : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/effectif-evolution/population.assetdetail.13707339.html>.

³ Ces chiffres sont communiqués par l'OFSP (site consulté le 31 mars 2021) : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-80480.html#:~:text=L'Office%20f%C3%A9d%C3%A9ral%20de%20la,%C3%A9l%C3%A8vera%20%C3%A0%2099%2C70%20francs.>

multiplication des soignants autorisés à facturer à charge de l'assurance obligatoire des soins (AOS) augmente le nombre de prescriptions d'actes remboursables et implique, corollairement, l'inflation des primes. Pour lutter contre ce phénomène notamment, le Parlement a conféré la compétence au Conseil fédéral de limiter le nombre de praticiens admis à facturer des prestations ambulatoires à charge de l'AOS à partir du 1^{er} janvier 2001. Depuis que le Conseil fédéral a activé ce que l'on appelle communément la « clause du besoin » par voie d'ordonnance le 3 juillet 2002 (initialement prévue pour trois ans, la clause a été prolongée jusqu'en 2011 et réintroduite en urgence le 1^{er} juillet 2013), une scission existe dans les soins ambulatoires entre l'exercice de la médecine et la facturation à charge de l'AOS.

Bien que le Tribunal fédéral ait jugé que la restriction de la liberté économique des médecins par le gel des admissions soit admissible en raison de la poursuite d'un but de politique sociale⁴, il n'en demeure pas moins que, dans les faits, les médecins qui y sont soumis sont fondamentalement entravés dans l'exercice de leur profession. A défaut de pouvoir facturer à charge de l'AOS, l'acquisition d'une patientèle est effectivement illusoire. La présente contribution examine ce double niveau d'autorisations et les conditions que les médecins doivent remplir non seulement pour exercer leur profession mais encore pour facturer leurs prestations à charge de l'AOS. Elle relèvera ainsi les différences entre les deux régimes d'autorisations dans le domaine de la médecine ambulatoire.

Une révision législative concernant la limitation des praticiens admis à facturer leurs prestations à l'AOS est actuellement pendante. Si les nouvelles dispositions de la LAMal, dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} janvier 2022, ont déjà été votées par le Parlement au moment de rédiger ces lignes, les dispositions de différentes ordonnances, nouvelles ou modifiées étaient encore en discussion, la procédure de consultation s'étant achevée le 19 février 2021. Cette contribution est l'occasion de comparer l'ancien et le nouveau droit, de manière à définir si l'accès à la profession de médecin sera ou non impacté par cette révision législative.

La contribution examine seulement la situation des médecins qui demandent l'autorisation de pratique pour la première fois en Suisse. Elle laisse par conséquent de côté les professionnels qui bénéficient déjà d'une autorisation dans un autre canton et ceux qui sont admis à pratiquer dans un pays de l'UE ou de l'AELE qui veulent exercer en Suisse sous leur propre responsabilité durant 90 jours au plus par année civile (art. 35 LPMéd)⁵. De plus, elle se borne à l'examen de l'octroi des autorisations de pratiquer la médecine et de facturer à charge de l'AOS. Elle ne développe pas les nouvelles exigences d'inscription au registre des professions médicales universitaires (art. 33a et 51 ss LPMéd).

⁴ ATF 130 I 26, consid. 6.2.

⁵ Ces hypothèses sont développées par GUILLOD, p. 175 ss.

II. L'autorisation de pratiquer la médecine

A. Les compétences fédérales

1. *L'exercice de la médecine sous sa propre responsabilité professionnelle*

En adoptant la LPMéd, la Confédération a usé de la compétence de légiférer en matière d'activités économiques lucratives privées que lui confère l'article 95 al. 1 Cst. Cette loi, qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2007, régit effectivement la formation et l'exercice des professions dans le domaine de la médecine humaine, de la médecine dentaire, de la chiropratique, de la pharmacie et de la médecine dentaire (art. 1 al. 1). Pour notre propos, nous nous limiterons toutefois à la présentation des aspects qui concernent la médecine humaine.

Les règles d'accès à la profession de médecin et d'exercice de la médecine sont désormais unifiées au niveau fédéral, mais uniquement pour celles et ceux qui pratiquent sous leur propre responsabilité professionnelle. Si le médecin œuvre sous la responsabilité d'un tiers, les cantons demeurent en revanche compétents pour régler les modalités de la pratique de la profession. L'article 33a al. 3 LPMéd impose cependant des exigences minimales à la pratique de la médecine sous la surveillance professionnelle d'un tiers en imposant à l'employeur de vérifier si la personne est inscrite au registre des professions médicales universitaires et si elle dispose des connaissances linguistiques nécessaires à l'exercice de la profession.

Un médecin exerce sous sa propre responsabilité professionnelle s'il n'a pas de hiérarchie professionnelle⁶. En d'autres termes, aucun de ses pairs ne le surveille et ne lui donne d'instructions sur la prise en charge de la patientèle. Le statut de salarié ou d'indépendant du médecin n'est pas pertinent dans la réflexion. De ce fait, l'activité professionnelle du médecin qui est engagé dans un cabinet de groupe organisé sous la forme d'une société de capitaux est régie par la LPMéd.

Lors de son entrée en vigueur, la loi ne se référait pas à la notion d'exercice « sous sa propre responsabilité professionnelle », mais à celle d'exercice « à titre indépendant ». La modification a étendu le champ d'application de l'autorisation de pratiquer au sens de la LPMéd⁷. Le message de la LPMéd⁸ renvoyait au « rapport du 14 novembre 2001 du Conseil

⁶ Cf. Message du Conseil fédéral du 3 juillet 2013 concernant la modification de la loi fédérale sur les professions médicales (LPMéd) (FF 2013 5583), p. 5587 s, 5591 s et 5600 s.

⁷ Cf. FF 2013 5584.

⁸ Cf. Message du Conseil fédéral du 3 décembre 2004 concernant la loi fédérale sur les professions médicales (Loi sur les professions médicales, LPMéd) (FF 2005 157), p. 207 s.

fédéral sur un traitement uniforme et cohérent des activités lucratives dépendantes et indépendantes en droit fiscal et en droit des assurances sociales »⁹ pour distinguer l'activité indépendante de l'activité dépendante. En l'occurrence, le rapport ne se référait pas au critère de la responsabilité professionnelle. Ainsi, il convenait d'examiner si le médecin assumait le risque d'entrepreneur et la responsabilité à l'égard des tiers ou pas, s'il avait fait un investissement d'envergure, s'il utilisait ses propres locaux, s'il engageait du personnel, s'il disposait d'une libre organisation de son activité ou s'il était au contraire soumis à un rapport de subordination, à des horaires et à l'obligation d'effectuer personnellement certaines tâches¹⁰. L'activité professionnelle des médecins, qui étaient engagés dans un cabinet médical organisé sous la forme d'une société de capitaux, échappait par conséquent à la LPMéd et était régie uniquement par le droit cantonal. En particulier, ces professionnels de la santé ne devaient pas être titulaires de l'autorisation de pratiquer définie par le droit fédéral¹¹.

Enfin, l'exercice de la médecine dans un hôpital dit public est également soumis à la LPMéd, ce qui n'était pas le cas lors de l'entrée en vigueur de la loi. En effet, l'article 34 al. 2 a LPMéd excluait du champ d'application de la loi la pratique d'une profession dans un service public cantonal ou communal. Cette disposition a toutefois été abrogée le 1^{er} février 2020.

2. *L'autorisation de pratiquer*

A teneur de l'article 34 al. 1 LPMéd, l'exercice de la médecine sous propre responsabilité professionnelle requiert une autorisation de pratique¹². L'octroi de ladite autorisation est soumis à des conditions cumulatives qui portent sur la formation, sur les qualités personnelles et sur les compétences linguistiques du médecin (art. 36 al. 1 et 2 LPMéd). Lorsque le requérant remplit les conditions, l'autorité doit accéder à sa demande et lui délivrer l'autorisation de pratiquer sous sa propre responsabilité professionnelle ; il s'agit par conséquent d'une autorisation de police¹³.

L'autorisation de pratiquer n'est pas acquise définitivement. La loi en exige effectivement le retrait si le requérant ne remplit plus l'une des conditions de l'article 36 LPMéd, ou si l'autorité qui l'a délivrée constate après coup que l'autorisation n'aurait pas dû

⁹ Cf. FF 2002 1076.

¹⁰ Cf. FF 2005 207 s. et FF 2013 5587.

¹¹ Cf. FF 2013 5587.

¹² Concernant les aspects liés à la restriction de la liberté économique des médecins, il est renvoyé à GUILLOD, p. 174.

¹³ DONZALLAZ, N 2836 ; DUMOULIN, art. 36 N 52 ; ETTER, art. 34 N 19 s.

être octroyée (art. 38 LPMéd). Cette hypothèse vise le « retrait de sécurité » qu'il convient de distinguer du « retrait disciplinaire » (art. 43 al. 1 let. d et e LPMéd). Ainsi, l'autorité doit retirer l'autorisation de pratiquer dès qu'un médecin ne respecte plus une seule condition d'octroi, indépendamment de tout manquement de la part du praticien¹⁴. A l'inverse, seule une violation grave ou répétée des devoirs professionnels¹⁵ ne peut justifier de retirer l'autorisation de pratiquer à titre de mesure disciplinaire, de manière temporaire voire définitive¹⁶.

La première condition nécessaire à l'autorisation de pratiquer requiert que le médecin soit titulaire du diplôme fédéral de médecin et du titre postgrade fédéral correspondant (art. 36 al. 1 let. a et al. 2 LPMéd)¹⁷. Les personnes qui ont été formées à l'étranger doivent obtenir la reconnaissance de leur(s) titre(s) en Suisse. La Commission des professions médicales (MEBEKO) est l'autorité compétente en la matière. Les médecins formés à l'étranger sont traités différemment selon leur Etat de provenance, car la reconnaissance implique en principe un traité sur la reconnaissance réciproque conclu avec l'Etat de provenance (art. 15 al. 1 et 21 al. 1 LPMéd). Si les diplômes et les titres postgrades décernés par des Etats membres de l'Union européenne (UE) et de l'Association européenne de libre-échange (AELE) sont largement reconnus (art. 4 OPMéd), la Suisse refuse en principe la reconnaissance des autres diplômes de médecin¹⁸ et titres postgrades étrangers¹⁹. La personne titulaire d'un diplôme de médecin hors UE et AELE, mais qui a été reconnu par un Etat membre, peut en obtenir la reconnaissance indirecte en Suisse, soit la « reconnaissance de la reconnaissance », pour autant qu'elle ou son époux-se possède la nationalité suisse ou celle d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE et qu'elle justifie d'une expérience professionnelle clinique d'au moins trois ans au cours des cinq dernières années en Suisse et/ou dans l'Etat ayant reconnu le diplôme. La reconnaissance indirecte d'un titre postgrade obtenu dans un Etat non-membre de l'UE ou de l'AELE est soumise aux mêmes conditions et le requérant doit en sus fournir une attestation confirmant que l'Etat membre a effectué la première reconnaissance selon l'annexe V de la directive 2005/36/CE relative

¹⁴ Pour davantage de détails, il est renvoyé à CHRISTINAT/SPRUMONT, p. 117 ss.

¹⁵ Les devoirs professionnels du médecin sont établis à l'art. 40 LPMéd.

¹⁶ CHRISTINAT/SPRUMONT, p. 126 ss discutent plus précisément le retrait prononcé à titre de mesure disciplinaire.

¹⁷ L'examen fédéral est réglementé aux art. 12 ss LPMéd et la formation postgrade aux art. 17 ss de cette même loi.

¹⁸ Cf. le site Internet de l'OFSP (pages consultées le 31 mars 2021) : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/berufe-im-gesundheitswesen/auslaendische-abschluesse-gesundheitsberufe/diplome-der-medizinalberufe-ausserhalb-eu-efta.html>.

¹⁹ Cf. le site Internet de l'OFSP (pages consultées le 31 mars 2021) : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/berufe-im-gesundheitswesen/auslaendische-abschluesse-gesundheitsberufe/weiterbildungstitel-der-medizinalberufe-ausserhalb-eu-efta/indirekte-erkennung-weiterbildungstitel.html>.

à la reconnaissance des qualifications professionnelles, dans le respect des conditions minimales de formation selon le chapitre III du titre III de ladite directive. Enfin, les personnes titulaires d'un diplôme ou d'un titre postgrade délivré par un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de traité de reconnaissance mutuelle sont admises à exercer leur profession sous leur propre responsabilité professionnelle pour autant que la MEBEKO juge la formation dont ils se prévalent équivalente. Cette exception ne profite qu'aux personnes qui enseignent dans une filière d'études ou de formation postgrade accréditée et qui exercent leur profession sous leur propre responsabilité professionnelle dans l'hôpital où elles enseignent ou celles qui pratiquent dans une région où il est établi que l'offre de soins médicaux est insuffisante (art. 36 al. 3 LPMéd et art. 14 OPMéd).

A teneur de l'article 36 al. 1 let. b LPMéd, le médecin doit être digne de confiance et présenter, tant physiquement que psychiquement, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession. Cette deuxième condition indispensable à l'autorisation de pratiquer est examinée sévèrement²⁰. Le médecin doit être digne de confiance dans sa relation avec la patientèle d'une part et dans celle qu'il entretient avec les autorités sanitaires d'autre part²¹. De plus, le comportement extraprofessionnel du médecin entre également en compte dans la mesure où il permet d'évaluer l'aptitude à l'exercice de la profession²². L'examen de cette condition confère un pouvoir d'appréciation étendu à l'autorité. Une condamnation pénale ou disciplinaire incompatible avec l'exercice de la médecine prive le médecin d'une autorisation de pratique. D'autres cas de figure sont toutefois plus difficiles à évaluer. La jurisprudence enseigne notamment qu'une violation répétée et grave des devoirs professionnels est susceptible de rompre la confiance pour autant que le médecin ait heurté fondamentalement lesdits devoirs²³. Certains auteurs estiment qu'un cumul de procédures en responsabilité médicale (civile et/ou pénale) pourrait briser la confiance, et ce même en l'absence de condamnation du médecin. Ils estiment que la répétition de problèmes dans la prise en charge des patients peut fonder des doutes sur la capacité du professionnel de la santé de pratiquer sans risque et d'assurer le suivi optimal de la patientèle sans être surveillé par un tiers²⁴. Seuls des critères objectifs peuvent être retenus pour nier au requérant les garanties physiques et psychiques à une pratique irréprochable. Dans ce cas, l'autorité devrait par conséquent fonder son refus sur une expertise²⁵.

²⁰ TF 2C_504/2014 du 13 janvier 2014, consid. 3.5 ; TF 2C_879/2013 du 17 juin 2013, consid. 4.5.

²¹ TF 2C_1011/2014 du 18 juin 2015, consid. 5.2 ; TF 2C_504/2014 du 13 janvier 2014, consid. 3.5 ; TF 2C_879/2013 du 17 juin 2013, consid. 4.5.

²² TF 2C_879/2013 du 17 juin 2013, consid. 4.4.

²³ TF 2C_504/2014 du 13 janvier 2014, consid. 4.1.

²⁴ CHRISTINAT/SPRUMONT, p. 115.

²⁵ DUMOULIN, N 24 et 27.

La dernière condition requise pour qu'un médecin reçoive l'autorisation de pratiquer impose à celui-là de disposer des connaissances nécessaires dans une langue officielle du canton pour lequel l'autorisation est demandée (art. 36 al. 1 let. c LPMéd). Le niveau des connaissances linguistiques requis est précisé aux articles 11a ss OPMéd²⁶.

Enfin, l'article 37 LPMéd énonce que les cantons peuvent prévoir que l'autorisation de pratiquer soit soumise à des restrictions professionnelles, temporelles ou géographiques ainsi qu'à des charges pour autant que ces restrictions et ces charges soient imposées par la Confédération ou qu'elles soient nécessaires pour garantir la fiabilité des soins médicaux et leur qualité. Cette disposition exprime le principe de proportionnalité qui gouverne l'activité de l'administration et qui s'oppose au refus pur et simple de l'octroi de l'autorisation de pratiquer si une mesure moins restrictive suffit à garantir la santé publique²⁷.

B. Les compétences résiduelles des cantons

Si le droit fédéral a unifié les conditions d'accès à l'exercice de la médecine sous propre responsabilité professionnelle, les cantons demeurent investis des tâches d'exécution. En effet, le médecin doit requérir l'autorisation de pratiquer du canton sur le territoire duquel il souhaite exercer sa profession (art. 34 LPMéd). Les cantons sont ainsi compétents pour désigner l'autorité chargée de la délivrance de l'autorisation de pratiquer sous propre responsabilité professionnelle.

En outre, la LPMéd ne régit pas l'exercice de la médecine sous la responsabilité professionnelle d'un tiers (art. 1 al. 3 let. e LPMéd *a contrario*). Les cantons sont donc compétents pour légiférer à ce sujet. Nous ne développons toutefois pas cette hypothèse, qui excède le contenu de cette contribution.

III. L'autorisation de pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins

Comme nous l'avons esquissé en introduction de cette contribution, la réglementation séparée de l'organisation et du financement des soins de santé a pour conséquence que l'autorisation de police délivrée par un canton à un médecin ne signifie pas encore que ce dernier verra ses prestations remboursées par les assurances sociales. Il faut, pour cela, que les conditions posées par les différentes lois en matière d'assurances sociales

²⁶ Ordonnance du 27 juin 2007 concernant les diplômes, la formation universitaire, la formation postgrade et l'exercice des professions médicales universitaires (Ordonnance sur les professions médicales, OPMéd ; RS 811.112.0.

²⁷ CHRISTINAT/SPRUMONT, p. 116.

soient également remplies. Dans le cadre de cette contribution, nous nous limiterons à examiner les conditions d'une pratique à charge de l'AOS dans le cadre de l'assurance-maladie, à l'exclusion d'autres assurances sociales²⁸. Pour ce faire, nous examinerons dans un premier temps le cadre général fixé par la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) (A) avant de nous intéresser à la clause du besoin en particulier (B).

A. Le cadre général de la LAMal

La prise en charge des prestations de soins par l'AOS suppose que plusieurs conditions soient remplies, en premier lieu que ces prestations soient prévues dans le catalogue de la loi²⁹ et revêtent la triple caractéristique de l'efficacité, de l'adéquation et de l'économicité³⁰. Au-delà, elles doivent être fournies par un fournisseur de prestations admis à pratiquer à charge de l'AOS. Cette troisième condition, sur laquelle nous nous concentrerons dans ce chapitre, est concrétisée aux articles 35 ss LAMal ainsi qu'aux articles 38 ss OAMal³¹.

Dans le cadre de cette contribution, nous nous intéresserons plus particulièrement aux conditions imposées aux médecins (1) et aux institutions de soins ambulatoires dispensés par des médecins (2). Après l'entrée en vigueur de la modification de la LAMal du 19 juin 2020, prévue pour le 1^{er} janvier 2022, l'autorisation de pratiquer à charge de l'AOS fera l'objet d'une procédure d'admission formelle³² qui se traduira, pour les médecins, par l'inscription dans un registre des fournisseurs admis, dont les liens avec l'actuel Registre des codes créanciers (RCC) devront être clarifiés (3).

1. Les médecins

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la modification de la LAMal du 19 juin 2020, l'article 36 al. 1 LAMal prévoyait que les médecins étaient en principe admis à pratiquer à charge de l'AOS s'ils étaient titulaires d'un diplôme fédéral de médecin ainsi que d'une formation postgraduée reconnue par le Conseil fédéral. Les personnes au bénéfice d'un titre étranger

²⁸ L'assurance-accidents, l'assurance-invalidité, l'assurance militaire et les prestations complémentaires prévoient également la prise en charge de soins de santé.

²⁹ Cf. art. 24 à 31 LAMal.

³⁰ Cf. art. 32 à 34 LAMal.

³¹ Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal ; RS 832.102).

³² Jusqu'à l'entrée en vigueur de la révision, il n'existe pas de procédure formelle d'admission et il revient en théorie à chaque fournisseur de prouver son admissibilité (BSK KVG-RÜTSCHKE/PICECCHI, art. 36 LAMal N 2). Pour simplifier ces démarches, les associations faitières des assureurs-maladie ont créé un registre géré pour leur compte par une société privée (cf. *infra* III.A.3).

devaient d'abord en obtenir la reconnaissance³³. Les lois cantonales de santé subordonnant elles aussi la délivrance d'une autorisation de pratique à ces mêmes conditions (*supra* II.A), l'admission à pratiquer à charge de l'AOS pour un médecin admis à pratiquer ne posait en principe pas de difficulté sous cet angle-là.

Après l'entrée en vigueur du nouveau droit, les conditions posées par la LAMal pour l'admission de médecins comme fournisseurs de prestations à pratiquer à charge de l'AOS seront resserrées. La loi exigera désormais une procédure d'admission formelle dont les cantons seront responsables (art. 36 nLAMal). Les conditions pour l'admission seront prévues à la fois à l'article 38 OAMal et à l'article 37 nLAMal. Les médecins devront ainsi toujours disposer des titres prévus par la LPMéd³⁴, mais ils devront, en plus, démontrer qu'ils remplissent certaines exigences de qualité en termes de personnel à disposition, de systèmes de gestion et de qualité³⁵. Ils devront en outre avoir travaillé pendant au moins trois ans dans un établissement suisse reconnu de formation postgrade dans le domaine de spécialité faisant l'objet de la demande d'admission. Par ailleurs, ils devront démontrer, sauf exception, qu'ils disposent des compétences linguistiques nécessaires en fonction de la région dans laquelle ils comptent exercer, compétences qui devront être établies par un test de langue passé en Suisse³⁶. L'article 38 al. 3 P-OAMal, dans sa version mise en consultation, prévoit que le niveau de langage doit correspondre au degré C1 du Cadre européen commun de référence ; il est ainsi volontairement fixé à un niveau plus élevé que ne le prévoit la législation sur les professions médicales³⁷, qui se contente du niveau B1³⁸.

Notons que le projet de révision de la LAMal soumis aux Chambres fédérales voulait autoriser le Conseil fédéral à exiger la preuve de connaissances du système suisse de santé par le biais d'un examen théorique³⁹. Cette possibilité a été abandonnée lors des débats parlementaires.

³³ Art. 36 al. 2 LAMal et art. 39 OAMal *cum* art. 15 et 21 LPMéd.

³⁴ Art. 38 al. 1 let. a et b P-OAMal (nous désignons ci-après par l'abréviation « P-OAMal » les modifications de l'ordonnance mises en consultation par le Conseil fédéral dans le cadre de la mise en œuvre de la révision de la LAMal du 19 juin 2020).

³⁵ Cf. art. 38 al. 1 let. c *cum* 58g P-OAMal.

³⁶ Art. 37 al. 1 nLAMal (nous désignons ci-après par l'abréviation « nLAMal » les dispositions de la LAMal dans leur teneur après l'entrée en vigueur de la révision du 19 juin 2020, a priori au 1^{er} janvier 2022).

³⁷ Cf. OFSP, Rapport explicatif du sur les modifications de l'OAMal et de l'OPAS dans le cadre de la mise en œuvre de la modification de la LAMal du 19 juin 2020, p. 5.

³⁸ Cf. art. 11a OPMéd.

³⁹ Cf. Message du Conseil fédéral du 9 mai 2018 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (admission des fournisseurs de prestations) (FF 2018 3263), p. 3293.

2. *Les institutions de soins ambulatoires dispensés par des médecins*

Introduit dans la LAMal au 1^{er} janvier 2001 pour « dissiper toute insécurité juridique » s’agissant des conditions d’admission pour les médecins employés par des cabinets de groupe organisés en la forme de sociétés commerciales⁴⁰, l’article 36a LAMal prévoit que les institutions qui offrent des soins ambulatoires⁴¹ sont des fournisseurs de prestations reconnus pour autant que les médecins qui y travaillent remplissent individuellement les conditions mentionnées au chapitre précédent. Il s’agit ainsi d’éviter que les conditions d’admission des médecins ne soient contournées par la conclusion de rapports de travail, en vue de garantir la qualité des soins⁴² et, nous le verrons plus loin (*infra* III.B), la quantité de l’offre.

Si les conditions sont remplies, l’institution est alors elle-même reconnue comme fournisseur de prestations, ce qui signifie qu’elle est autorisée à facturer à l’AOS en son nom les prestations fournies par les médecins qu’elle emploie.

Après l’entrée en vigueur de la nouvelle du 19 juin 2020, le principe exprimé à l’article 36a LAMal le sera désormais à l’article 37 al. 2 nLAMal. Matériellement, les institutions de soins ambulatoires ne continueront à pouvoir être admises à facturer à l’AOS les prestations fournies par les médecins qu’elles emploient que si ces derniers remplissent, individuellement, les conditions d’admission.

3. *L’inscription dans le registre des fournisseurs admis*

Jusqu’à l’entrée en vigueur de la nouvelle du 19 juin 2020, en l’absence de procédure formelle pour confirmer l’admission des fournisseurs de prestations qui en faisaient la demande à pratiquer à charge de l’AOS, il leur appartenait, en théorie, de démontrer leur admissibilité⁴³. La mise en place, à la demande des associations faitières des assureurs-maladie, du Registre des codes créanciers (RCC), géré pour leur compte par la société SASIS SA, a permis de simplifier ces démarches.

Le RCC « sert de répertoire officiel des ‘créanciers’ pour les assureurs-maladie suisses selon la LAMal, les assureurs complémentaires selon la LCA et les assureurs-accidents selon

⁴⁰ Cf. Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant l’arrêté fédéral sur les subsides fédéraux dans l’assurance-maladie et la révision partielle de la loi fédérale sur l’assurance-maladie (FF 1999 727), p. 769 s.

⁴¹ Cela vaut non seulement pour les organisations de type HMO, mais aussi, d’une manière générale, pour toutes les institutions de soins ambulatoires qui emploient des médecins (ATF 135 V 237, consid. 4.3 ; FF 1999 769 s.).

⁴² ATF 133 V 613, consid. 5.2.1 et 6.2. FF 1999 769 s.

⁴³ Cf. note 32.

la LAA qui agissent en qualité de répondants des coûts⁴⁴. Pour les fournisseurs de prestations, dont les médecins, l'admission à pratiquer à charge de l'AOS était formalisée par l'attribution d'un « numéro RCC », aussi désigné par les termes de numéro de concordat. En l'absence de toute base légale pour un tel registre⁴⁵, la nature juridique de l'inscription a donné lieu à certains débats, mais le Tribunal fédéral a considéré que la demande formulée par le fournisseur de prestations en vue de l'attribution d'un numéro créait entre lui et la société SASIS SA un rapport juridique de droit public, et qu'un refus pouvait être contesté devant le tribunal arbitral au sens de l'article 89 LAMal⁴⁶.

Les numéros RCC sont attribués aux médecins⁴⁷ qui exercent en qualité d'indépendants ou aux institutions de soins ayant la personnalité morale. Les médecins travaillant en qualité de salariés se voient quant à eux obtenir un numéro de contrôle (numéro C). L'octroi d'un numéro RCC à une institution de soins ambulatoires suppose que tous les médecins qu'elle emploie aient eux-mêmes obtenu un numéro de contrôle. L'octroi des numéros RCC ou C est dans tous les cas subordonné à la triple condition de l'autorisation cantonale de pratique (*supra* II), de l'adhésion à la convention tarifaire TARMED⁴⁸ et au respect de la clause du besoin (*infra* III.B).

L'entrée en vigueur de la nouvelle du 19 juin 2020 formalise, nous l'avons dit (*supra* III.A.1), la procédure d'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à charge de l'AOS⁴⁹ et introduit un registre, tenu par le Département fédéral de l'intérieur ou, sur délégation du Conseil fédéral, par un tiers⁵⁰. Dans un cas comme dans l'autre, c'est désormais l'inscription dans ce registre qui fait foi pour l'autorisation à pratiquer à charge

⁴⁴ Conditions générales du Registre des codes-créanciers (CG RCC), art. 1.1 (les CG RCC sont disponibles sur le site Internet de SASIS SA, www.sasis.ch).

⁴⁵ Le fondement de ce registre est de nature contractuelle, son utilisation étant prévue dans les conventions tarifaires (cf. OFAS, Commentaire de l'ordonnance sur le registre des fournisseurs de prestations AOS, p. 3).

⁴⁶ ATF 132 V 303, consid. 4.3. Cf. également BSK KVG-RÜTSCHÉ/PICECCHI, art. 36 LAMal N 2.

⁴⁷ Tous les fournisseurs de prestations admis à facturer à charge de la LAMal doivent obtenir un numéro de concordat, mais nous nous concentrons dans cette contribution sur la situation spécifique des médecins.

⁴⁸ L'adhésion est en principe faite par le biais des sociétés médicales cantonales. Certains cantons connaissent des modalités particulières, décrites sur le site Internet.

⁴⁹ Cf. art. 36 nLAMal.

⁵⁰ Cf. art. 40a ss nLAMal. Au moment de rédiger ces lignes, deux ordonnances d'exécution ont été mises en consultation, l'une pour le cas où la tenue du registre serait déléguée à un tiers, l'autre pour le cas où l'OFSP s'en chargerait lui-même. Les art. 40a ss nLAMal étaient absents du projet soumis aux Chambres par le Conseil fédéral. Leur introduction découle d'une proposition de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (CSSS-CE), soumise au Conseil des Etats le 3 juin 2019. Leur adoption n'a pour ainsi dire pas fait l'objet de discussions.

de la LAMal. Ce registre vient s'ajouter aux nombreuses bases de données déjà existantes⁵¹. Si une certaine coordination a été envisagée avec certains registres, notamment avec celui des professions médicales (MedReg) et celui des professions de la santé (GesReg)⁵², il n'en va pas de même de la coordination avec le RCC, qui continuera vraisemblablement d'exister, dans la mesure où il remplit des fonctions essentielles pour d'autres assurances sociales (AI et AA) et pour la facturation dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire⁵³. Dans l'hypothèse où la tenue du nouveau registre serait confiée à un tiers, il n'est pas certain qu'elle le serait à la société SASIS SA, dans la mesure où la délégation de cette tâche publique devrait faire l'objet d'une procédure d'adjudication conforme à la loi fédérale sur les marchés publics⁵⁴.

B. La clause du besoin

Lorsqu'un médecin entend pratiquer à charge de l'AOS, l'obstacle le plus difficile à surmonter est celui de la clause du besoin. Introduite dans la LAMal en 2001 dans le but de maîtriser l'augmentation des coûts de la santé, cette clause, prévue à l'article 55a LAMal, donne aux cantons la compétence de limiter le nombre de médecins qui pratiquent sur leur territoire. L'histoire de cette disposition, assez chaotique, mérite d'être brièvement rappelée (1) avant que l'on en examine les différentes conditions d'application, jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle du 19 juin 2020 (2) et après (3).

1. La clause du besoin en quelques dates

L'article 55a LAMal a été introduit dans la LAMal pour la première fois au 1^{er} janvier 2001⁵⁵. Son objectif est triple : limiter la croissance des coûts de l'assurance-maladie sociale, permettre un certain pilotage du secteur ambulatoire par les cantons et garantir la qualité des soins⁵⁶. De manière moins ouvertement assumée, il s'agissait surtout, dans le contexte de l'adoption de l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne, de limiter l'installation de médecins en provenance des Etats membres de cette dernière⁵⁷.

⁵¹ Au Registre des codes créances (RCC) dont nous avons parlé dans ce chapitre s'ajoutent le Registre des professions médicales (MedReg), le Registre des professions de la santé (GesReg) et le Registre des professions de la psychologie (PsyReg).

⁵² Cf. OFAS, Commentaire de l'ordonnance sur le registre des fournisseurs de prestations AOS, p. 5.

⁵³ Cf. OFAS, Commentaire de l'ordonnance sur le registre des fournisseurs de prestations AOS, p. 5.

⁵⁴ Cf. art. 9 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1).

⁵⁵ RO 2000 2305.

⁵⁶ Cf. BSK KVG-DUSS, art. 55a LAMal N 4 ss.

⁵⁷ EUGSTER, p. 385 ss, N 784. Cf. également FF 2018 3269.

Conçue comme une norme d'urgence, limitée dans le temps, et faisant l'objet de fortes pressions politiques, la clause du besoin, mise en œuvre pour la première fois avec effet au 4 juillet 2002 par voie d'ordonnance, a été plusieurs fois prolongée, puis abrogée au 31 décembre 2011⁵⁸. Face à l'augmentation massive de numéros RCC octroyés dès 2012⁵⁹, elle a été réintroduite dans la loi au 1^{er} juillet 2013⁶⁰. Son abrogation a à nouveau été discutée dans le courant de l'année 2016⁶¹, mais elle a néanmoins été prolongée jusqu'au 30 juin 2019⁶², puis jusqu'au 30 juin 2021⁶³, pour laisser le temps aux Chambres fédérales d'adopter une solution définitive. Celle-ci entrera en vigueur avec la nouvelle du 19 juin 2020.

2. *Le futur ancien article 55a LAMal*

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle du 19 juin 2020, l'article 55a LAMal permet au Conseil fédéral de faire dépendre de la preuve d'un besoin l'admission des médecins à pratiquer à la charge de l'AOS. Ce dernier a fait usage de la compétence ainsi déléguée en adoptant une ordonnance⁶⁴ prévoyant à son article premier, que les médecins ne sont admis à pratiquer à la charge de l'AOS que si les nombres définis en annexe, par canton et par spécialité médicale, ne sont pas atteints⁶⁵. Cette limitation vaut tant pour les médecins exerçant en pratique libérale qu'au sein d'une institution de soins ambulatoires⁶⁶. Les

⁵⁸ Cf. BSK KVG-DUSS, art. 55a LAMal N 3.

⁵⁹ Le nombre de numéros RCC octroyés en 2012 a plus que doublé au niveau suisse par rapport à 2011 (+ 129 %). A titre d'exemple, il a presque triplé dans le canton de Genève (+ 176 %) et quadruplé celui du Tessin (+ 293 %).

⁶⁰ Cf. Message du Conseil fédéral du 21 novembre 2012 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (Réintroduction temporaire de l'admission selon le besoin) (FF 2012 8709).

⁶¹ Cf. Message du Conseil fédéral du 18 février 2015 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (Pilotage du domaine ambulatoire) (FF 2015 2109), p. 2110 ss.

⁶² Cf. Avis du Conseil fédéral du 6 avril 2016 sur le Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 24 février 2016 au sujet de l'initiative parlementaire sur la prolongation de la validité de l'art. 55a LAMal (FF 2016 3359), p. 3361 ss. Cf. également PERRENOUD/YAVAVLI/YERLY/SPRUMONT, p. 48 ss.

⁶³ Cf. Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 30 août 2018 sur l'initiative parlementaire pour la prolongation pour une durée déterminée de la limitation de l'admission à pratiquer définie à l'article 55a LAMal (FF 2018 6397) et avis du Conseil fédéral du 17 octobre 2018 (FF 2018 6745).

⁶⁴ Ordonnance du 3 juillet 2013 sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire (RS 832.103).

⁶⁵ La jurisprudence a précisé que les nombres fixés dans l'annexe correspondaient à des équivalents plein temps (EPT), et non au nombre absolu d'autorisations délivrées (TAF C-3385/2018 du 29 mai 2019).

⁶⁶ Art. 1 al. 1 OLAF. Sous l'empire de l'ancienne version de l'OLAF (RO 2002 2549), la question de l'application de la clause du besoin aux médecins pratiquant au sein d'institutions de soins ambulatoires avait été discutée et avait reçu une réponse négative (ATF 133 V 613).

cantons conservent, dans ce contexte, la possibilité de procéder à des aménagements, par exemple en prévoyant que ces limitations s'appliquent également aux médecins pratiquant dans le domaine ambulatoire des hôpitaux⁶⁷, ou, à l'inverse, qu'elles ne s'appliquent pas à certains domaines de spécialité⁶⁸. A titre d'illustration, le canton de Neuchâtel a fait usage de la première possibilité⁶⁹, mais non de la seconde.

Conformément à l'article 55a al. 2 LAMal, les personnes qui ont exercé pendant au moins trois ans dans un établissement suisse de formation postgrade ne sont pas soumises à la preuve du besoin et doivent être autorisées à pratiquer à charge de l'AOS indépendamment du nombre d'autorisations déjà délivrées. Dans les faits, cette exemption relativise l'utilité de la clause de besoin pour maîtriser l'offre de soins, et en fait davantage un outil protectionniste, les personnes formées en Suisse en bénéficiant systématiquement, contrairement aux médecins en provenance d'autres pays, en particulier d'Etats membres de l'Union européenne. Cette discrimination indirecte est jugée conforme aux engagements internationaux de la Suisse⁷⁰.

Les effets de cette discrimination sont cependant atténués du fait de l'interprétation très large qui est faite par les tribunaux des conditions d'application de l'exception de l'article 55a al. 2 LAMal. S'il est en effet clair que les établissements suisses de formation postgrade au sens de cette disposition sont les établissements répertoriés dans le registre de l'Institut suisse pour formation médicale postgraduée et continue (ISFM)⁷¹, d'autres éléments de cette disposition ont dû être précisés. Le Tribunal administratif fédéral a ainsi eu l'occasion, sur la base de l'interprétation téléologique de cette disposition, de définir qu'il importait peu que l'établissement soit agréé par l'ISFM pour la spécialité médicale dans laquelle le médecin exerçait⁷². A plus forte raison, il faut en déduire qu'il est sans importance que le médecin ait été en formation auprès de cet établissement, ou qu'il y ait simplement exercé en qualité de médecin salarié.

3. La nouvelle clause du besoin

La nouvelle du 19 juin 2020 a apporté la solution législative définitive attendue et discutée depuis longtemps. Le nouvel article 55a LAMal s'écarte sur plusieurs points de la

⁶⁷ Cf. art. 2 al. 1 OLAF.

⁶⁸ Cf. art. 3 let. a OLAF. Pour plus de détails sur les compétences des cantons et sur la nature du droit d'exécution, cf. BSK KVG-DUSS, art. 55a LAMal N 19 ss.

⁶⁹ Cf. art. 2 al. 1 de l'arrêté d'application de l'ordonnance sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire (RSN 821.121.20).

⁷⁰ Cf. BSK KVG-DUSS, art. 55a LAMal N 14. Pour une discussion, cf. GÄCHTER/BURCH, N 12 ss.

⁷¹ Le registre est accessible en ligne : <https://www.siwf-register.ch/default.aspx>.

⁷² Cf. TAF C-6576/2017 du 14 août 2019, consid. 5.

solution d'urgence précédemment adoptée. La première différence de taille est la compétence désormais confiée aux cantons de décider s'ils limitent ou non le nombre de médecins qui pratiquent à charge de l'AOS sur leur territoire. Cette décision peut valoir pour l'ensemble des disciplines médicales ou certaines d'entre elles seulement, et peut s'étendre à tout le territoire du canton, ou seulement à certaines régions⁷³. En revanche, si une limitation est posée, elle s'étend, pour le territoire visé et la discipline médicale concernée, à l'ensemble de l'activité ambulatoire, qu'elle soit exercée en cabinet, en institution de soins ou dans le secteur ambulatoire des hôpitaux⁷⁴.

S'il appartiendra, après l'entrée en vigueur de la nouvelle du 19 juin 2020, aux cantons de définir le nombre de médecins admis à pratiquer à charge de l'AOS en fonction des différentes disciplines, il reviendra au Conseil fédéral de définir la méthodologie à adopter pour ce faire⁷⁵. De cette manière, la planification du secteur ambulatoire reposera sur une logique similaire à celle qui prévaut en matière de planification hospitalière⁷⁶. Les cantons ont par ailleurs l'obligation d'entendre au préalable les représentants des fournisseurs de prestations, des personnes assurées et des assureurs⁷⁷ ; la forme de cette consultation n'a volontairement pas été précisée dans la loi⁷⁸. Les cantons qui entendent faire usage de la compétence que l'article 55a nLAMal leur confie doivent par ailleurs se coordonner avec les autres cantons⁷⁹.

La deuxième différence majeure est la disparition de la dérogation en faveur des médecins qui ont pratiqué pendant un certain temps dans un établissement de formation postgraduée⁸⁰. Ces personnes seront désormais également soumises à la limitation des admissions. L'article 55a al. 5 nLAMal réserve toutefois deux exceptions : les médecins admis à pratiquer à charge de l'AOS et ayant fourni des prestations ambulatoires avant l'entrée en vigueur de la nouvelle, de même que les médecins qui exerçaient dans le secteur

⁷³ Art. 55a al. 1, 1^{re} phr., nLAMal.

⁷⁴ Art. 55a al. 1, 2^e phr. et let. a et b, nLAMal. Cf. également FF 2018 3294 s.

⁷⁵ Art. 55a al. 2, 1^{re} phr., nLAMal. Le Conseil fédéral doit notamment tenir compte des flux intercantonaux de patients ainsi que de l'évolution des taux d'activité (2^e phrase), en particulier le temps partiel chez les femmes (cf. FF 2018 3295).

⁷⁶ La planification hospitalière relève de la compétence des cantons (art. 39 al. 1 let. d et e LAMal) mais le Conseil fédéral doit édicter des critères de planification uniformes (art. 39 al. 2^{er} LAMal et 58a ss OAMal). L'analogie est volontaire (cf. FF 2018 3295).

⁷⁷ Art. 55a al. 3 nLAMal.

⁷⁸ Cf. FF 2018 3295.

⁷⁹ Cf. art. 55a al. 3, 2^e phr., LAMal. Le message du Conseil fédéral mentionne la possibilité d'une coordination au sein d'organes nationaux ou régionaux de coordination (cf. Message 2018 [n. 39], p. 3295). La Conférence des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) ou l'une des quatre conférences régionales semblent visées.

⁸⁰ Cf. art. 55a al. 2 aLAMal.

ambulatoire d'un hôpital ou dans une institution de soins ambulatoires avant l'entrée en vigueur des limitations cantonales ne seront pas soumis à ces dernières. Pour les seconds, toutefois, l'exception ne vaudra que s'ils poursuivent leur activité dans le domaine ambulatoire du même hôpital, ou dans la même institution. Cette solution ressemble davantage à une règle de droit transitoire, destinée à protéger dans leur bonne foi et dans leurs droits acquis les personnes qui auraient pris des dispositions en fonction de l'ancien droit⁸¹.

Finalement, une « clause couperet » permettra aux cantons qui constatent, pour une spécialité médicale, une augmentation des coûts annuels supérieure à la moyenne suisse dans cette discipline, ou à la moyenne cantonale des coûts dans d'autres disciplines, de prévoir avec effet immédiat qu'aucune nouvelle admission à pratiquer à la charge de l'AOS ne sera délivrée dans la discipline concernée⁸². La formulation de cette clause laisse planer un doute sur la nécessité d'adopter, au préalable, des règles cantonales d'exécution. Le texte de la loi permet de penser que oui (« le canton peut prévoir... »), alors que le message du Conseil fédéral laisse entendre que l'article 55a al. 6 nLAMal constitue une base légale suffisante⁸³.

La disposition transitoire qui accompagne la nouvelle du 19 juin 2020 suscite également quelques questions. Il y est prévu (al. 1) que les cantons disposent d'un délai de deux ans pour adapter leur législation. Pendant ce délai, l'ancien droit, tel que décrit ci-dessus (*supra* III.B.2), restera applicable. L'utilisation du verbe « adapter » signifie que la disposition transitoire est uniquement destinée aux cantons qui ont élaboré du droit cantonal dans le cadre de la mise en œuvre de l'OLAF. Pour les cantons qui n'ont pas légiféré, l'ancien droit n'a à notre sens plus vocation à s'appliquer, et ce dès son abrogation. Finalement, notons que l'obligation faite aux cantons d'adapter leur législation dans un délai de deux ans n'a pas pour effet, pour le cas où ce délai ne serait pas tenu, de priver ces derniers de leurs prérogatives législatives. En revanche, une lacune de législation excédant cette durée ne serait pas comblée par l'application de l'ancien droit à titre transitoire.

C. Appréciation

Depuis son introduction dans la LAMal en 2001, la clause du besoin fait l'objet de critiques très vives au sein des médecins, qui lui reprochent de limiter leur liberté économique. De fait, la constitutionnalité de l'article 55a LAMal a été discutée à plusieurs reprises, sans que le débat n'ébranle les décisions de justice ou les réflexions politiques⁸⁴.

⁸¹ Cf. FF 2018 3296.

⁸² Cf. art. 55a al. 6 nLAMal.

⁸³ Cf. FF 2018 3296.

⁸⁴ Pour une discussion au sujet de la constitutionnalité de la clause du besoin, cf. JOSEPH, p. 411 ss ; ROSSINI, p. 81 ss ; NOVIER, p. 103 ss.

De fait, la solution qui sera définitivement ancrée dans la loi après l'entrée en vigueur de la nouvelle du 19 juin 2020 restaure l'égalité de traitement entre les médecins, mais représente une limitation encore plus massive de leur liberté économique: dès lors qu'être formé dans un établissement suisse ne permet plus d'échapper à la clause du besoin, et que l'ensemble du secteur ambulatoire est désormais obligatoirement concerné par la limitation dans les cantons qui l'introduisent, les médecins n'ont plus la certitude, au terme de leur formation, de pouvoir exercer à charge de l'AOS la profession qu'ils ont apprise. Alors même que l'on prédit, dans le contexte de la crise sanitaire de la COVID-19⁸⁵, une pénurie de personnel médical à plus ou moins court terme, l'on peut se demander si ce durcissement est opportun.

Quoi que l'on en dise, ce durcissement des conditions permettant de pratiquer à charge de l'AOS transforme en véritable chemin de croix l'accès à la pratique de la médecine ambulatoire. L'on aura beau jeu de dire ici que l'on n'interdit pas, techniquement, la pratique de la médecine. Dans les faits, ne pas être admis à pratiquer à charge de l'AOS revient, *de facto*, à une interdiction de pratiquer, peu de patientes et de patients étant disposés à et en mesure de financer de leur poche les prestations des médecins qu'ils consultent.

IV. Conclusion

Les statistiques de l'année 2019⁸⁶ enseignent que 1089 diplômes fédéraux de médecine ont été décernés en Suisse et 2940 diplômes étrangers ont été reconnus. Les organisations responsables de la formation postgrade ont délivré 1796 titres (ce chiffre englobe aussi les titres décernés aux dentistes, aux chiropraticiens et aux pharmaciens) et la MEBEKO en a reconnu 1366. Enfin, 3065 autorisations de pratiquer sous propre responsabilité professionnelle ont été octroyées.

Les exigences pour pouvoir exercer la médecine sous propre responsabilité professionnelle sont élevées, ce qui poursuit un but de protection de la santé publique. Le fait qu'il s'agisse d'une autorisation de police confère à toute personne qui en remplit les conditions d'octroi le droit de l'obtenir. Les conditions sont claires, de sorte qu'il appartient à ceux qui souhaitent devenir médecin de se donner les moyens d'accéder à leur ambition. La délivrance de l'autorisation de facturer à charge de l'AOS repose *a priori* également sur des conditions clairement définies dans la législation. La clause du besoin a néanmoins

⁸⁵ La crise sanitaire provoquée par la pandémie de SARS-CoV2, dite crise de la COVID-19, a débuté en Suisse au mois de février 2020. Elle n'est pas terminée au moment de rédiger ces lignes.

⁸⁶ Rapport de l'Office fédéral de la santé publique OFSP, Professions médicales 2019, disponible à l'adresse Internet suivante (page consultée le 31 mars 2021) : <file:///C:/Users/Proprietaire/Downloads/alle-medizinal-personen-2019.pdf>.

introduit de l'imprévisibilité et par conséquent de l'insécurité pour les médecins formés à l'étranger, car elle fait dépendre l'autorisation de facturation à charge de l'OAS d'éléments sur lesquels le requérant n'a aucun pouvoir, soit sur la densité de médecins déjà installés. En outre, aucun registre n'établit la densité de médecins par canton et par région. Le recensement des EPT de médecins installés relève de la compétence des autorités sanitaires cantonales, qui peuvent être empruntées dans l'accomplissement de cette tâche car les médecins exploitant un cabinet ne doivent pas annoncer leur taux d'activité. Il est donc impossible à ce jour de prédire si un médecin soumis à la clause du besoin pourra obtenir son autorisation de facturer à charge de l'AOS sans entreprendre de démarche concrète. Or, comme nous l'avons vu, l'obtention de l'autorisation de facturer nécessite une autorisation de pratiquer. Le médecin doit par conséquent commencer par requérir l'autorisation de pratiquer dans un canton sans même savoir s'il pourra y facturer ses prestations. L'installation des médecins formés à l'étranger est donc relativement hasardeuse. Comme la limitation ne concerne que les professionnels formés à l'étranger, elle est à notre sens particulièrement inique puisque les personnes concernées doivent satisfaire aux mêmes conditions que les médecins formés en Suisse pour obtenir une autorisation de pratiquer. Ils garantissent par conséquent le même niveau de compétences.

Le durcissement de la législation gommara certes une inégalité. Cependant, le fait que tous les médecins puissent être touchés par cette clause selon la volonté des cantons accentuera considérablement l'imprévisibilité et l'insécurité du droit. Comment un jeune étudiant pourra-t-il entreprendre des études longues et exigeantes de médecine sans avoir la certitude de pouvoir facturer son travail lorsqu'il achèvera avec succès une dizaine d'années (au moins) de formation universitaire et postgrade ? Il semble fondamentalement injuste de faire supporter aux médecins formés les effets de la clause du besoin. Un système cohérent voudrait que les besoins futurs en professionnels de la santé soient déterminés par les Autorités, afin que le *numerus clausus* à l'entrée des études de médecine soit absolument coordonné avec les besoins précités. Le système devrait effectivement garantir que tous les médecins formés en Suisse ne soient pas entravés dans l'exercice de leur profession. Une telle planification pose naturellement des difficultés, notamment en raison de l'incertitude entourant l'évolution démographique d'un pays. En outre, elle a le défaut de réintroduire l'inégalité de traitement entre les médecins formés en Suisse et ceux formés à l'étranger.

On peut donc craindre que ce durcissement décourage notre jeunesse d'entreprendre une formation déjà réputée particulièrement exigeante. Avec cette nouvelle législation, la Suisse risque de devenir complètement dépendante des médecins étrangers, et notre pays est peut-être un peu prétentieux en surfant sur la vague de son eldorado qui ne devrait pourtant pas être considéré comme acquis. Il est effectivement possible que la Suisse perde son attractivité face à d'autres pays, ce qui mettrait le système sous pression pour augmenter les avantages proposés aux médecins pour les attirer. L'accroissement de la pénurie de

médecins renforcerait la concurrence entre les hôpitaux et les salaires des médecins hospitaliers risqueraient de s'enlever davantage. A ce jour, les hôpitaux périphériques n'arrivent déjà plus à s'aligner sur la rémunération pratiquée dans les centres universitaires. Il est donc possible qu'il y ait proportionnellement moins de médecins à l'avenir mais qu'ils soient plus rémunérés. Le système qui est en train d'être instauré freinera-t-il vraiment la hausse des primes durablement ou limiterait-il seulement la liberté économique des médecins ?

Bibliographie

BLECHTA GABOR P./COLATRELLA PHILOMENA/RÜEDI HUBERT/STAFFELBACH DANIEL (édit.), Krankenversicherungsgesetz. Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, Basler Kommentar, Bâle 2020 (cité : BSK KVG-AUTEUR).

CHRISTINAT RACHEL/SPRUMONT DOMINIQUE, La surveillance disciplinaire dans le domaine de la santé, in : Tanquerel/Bellanger (édit.), Le droit disciplinaire, Genève/Zurich/Bâle 2018

DONZALLAZ YVES, Traité de droit médical, Vol. II, Berne 2021

DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, in : Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont (édit.), Medizinalberufegesetz (MedBG) : Kommentar/Loi sur les professions médicales (LPMéd) : commentaire, Bâle 2009

ETTER BORIS, Medizinalberufegesetz, Berne 2002

EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in : Meyer (édit.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, 3^e éd., Bâle 2016

GÄCHTER THOMAS/BURCH STEPHANIE, « Zulassungsstop » in der Krankenversicherung: zur erneuten Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung, hill 2013

GUILLOD OLIVIER, Droit médical, Bâle 2020

JOSEPH MANON, L'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins, thèse Lausanne 2019

NOVIER MERCEDES, Le droit du travail du médecin-assistant et du chef de clinique. Aperçu du droit fédéral et de la situation en Suisse romande, Genève 2016

PERRENOUD STÉPHANIE/YAVAVLI SONGÜL/YERLY DELPHINE/SPRUMONT DOMINIQUE, Droit de la santé : quelques développements récents, in : Baume/Brunner/Burgat/Christinat (édit.), Les nouveaux modèles de fourniture de soins, Berne 2017

ROSSINI STÉPHANE, Le gel de l'admission des cabinets médicaux et la cohérence du processus de décision, in : Dupont/Guilod (édit.), *Réflexions romandes en droit de la santé. Mélanges offerts à la Société suisse des juristes par l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel à l'occasion de son congrès annuel 2016, Zurich/Saint-Gall 2016*