

Institut de droit de la santé
Faculté de droit
■ Av. du 1^{er}-Mars 26
■ CH-2000 Neuchâtel

Office fédéral de la santé publique OFSP
Division Maladies transmissibles
3003 Berne

Neuchâtel, le 31 mars 2008

Révision totale de la Loi fédérale sur les épidémies
Prise de position de l'Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel

Madame, Monsieur,

Dans le cadre de la procédure de consultation portant sur la révision totale de la Loi sur les épidémies, vous trouverez ci-après notre prise de position.

A titre liminaire, nous rejetons fermement et sans réserve la proposition d'introduire dans la loi la possibilité d'un traitement forcé comme mesure ordinaire de lutte contre les épidémies. Une telle exigence n'existe pas dans la législation actuelle, elle viole plusieurs droits et libertés fondamentaux, elle ferait de la Suisse une exception en comparaison internationale (certains pays interdisant expressément tout traitement forcé) et n'est pas en soi apte à atteindre les objectifs de la loi selon son article premier. Il paraît essentiel de souligner en introduction le caractère liberticide de cette proposition sur laquelle nous reviendrons plus en détail.

Ceci dit, nous ne pouvons que saluer la plupart des autres éléments de la proposition de révision totale de la loi qui devrait offrir à la Suisse les moyens de faire face aux défis toujours renouvelés de santé publique que constituent les maladies transmissibles. La révision apporte plusieurs améliorations, non seulement en terme d'organisation de la prévention et de lutte contre les épidémies, mais également de compatibilité de notre système avec les exigences actuelles au niveau international, notamment le Règlement sanitaire international.

En dehors de l'article 35, il s'agit d'un projet solide et cohérent. Nous souscrivons au rapport du DFI lorsqu'il affirme que « si le présent avant-projet s'aligne sur la loi de 1970 sur le plan matériel, la structure et la systématique sont en revanche nouvelles ». Cela augmente la lisibilité du texte et facilitera la mise en œuvre de la loi. Par soucis d'efficacité, nous reprendrons pour l'essentiel la liste des questions proposées pour la procédure de consultation. Nous vous remercions cependant de bien vouloir également tenir compte de nos remarques qui émergent du questionnaire. Certaines questions paraissent en effet trop limitatives. Par exemple, les questions 4, 5 et 6 ne parlent que de base légale suffisante, alors que ces dispositions posent des problèmes de fonds et de forme qui vont au-delà du simple respect du principe de la légalité.

Avant d'aborder le questionnaire, nous avons ainsi une remarque concernant l'art. 7 nLEp concernant le principe de précaution. La portée de cette disposition n'est pas claire, pas plus que ses destinataires. En fait, c'est le concept même de « principe de précaution » qui pose problème comme le constate d'ailleurs le rapport du DFI (« Bien qu'il n'existe pas de définition standard pour ce principe, ... »).

Nous proposons ainsi de tracer cette disposition. Tout au plus pourrait-on reconnaître à ce principe une valeur symbolique en l'intégrant à l'art. 3 nLEp en rajoutant la proposition suivante in fine : « Ce faisant, elle tient compte du principe de précaution ».

Questionnaire du DFI

Question 1

Formellement, seul l'article 6 nLEp correspond à l'article 10 LEp alors que l'article 5 nLEp introduit un changement par rapport à la situation actuelle. Cette nouveauté est cependant utile car elle permet à la Confédération d'agir en cas de difficulté des organes d'exécution ordinaires de faire face à leurs responsabilités en prenant les mesures ordinaires qui s'imposent. L'exemple du SRAS illustre bien ce type de situations où les cantons n'arrivent pas se mettre d'accord bien qu'une réponse unique soit nécessaire pour toute la Suisse. Ce type de cas s'apprécie différemment par rapport à ceux visés par l'art. 5 al. 1 lit. b nLEp. En effet, dans ce dernier cas, ce n'est plus simplement le choix de la Confédération d'agir, mais une obligation liée au RSI. D'un point de vue systématique, il semble ainsi judicieux de mieux distinguer les deux situations.

De plus, l'art. 5 al. 3 nLEp pourrait porter à confusion par rapport aux mesures ordinaires et celles prévues dans le RSI. L'article 58 nLEp est suffisant pour définir l'autorité opérationnelle compétente (DFI) sans qu'il soit nécessaire de préciser les mesures qu'elle peut prendre, ces mesures étant déjà fixées par la loi et le RSI. Il s'agit justement de la principale différence par rapport à l'art. 6 nLEp, respectivement 10 LEp, qui, comme véritable clause du besoin, laissent ouvert le type de mesures qui peuvent être prises dans des situations extraordinaires.

Question 2

Historiquement, la répartition des responsabilités et des tâches entre la Confédération et les cantons en matière de lutte contre les épidémies a toujours posé problème. Les arguments de l'époque, plutôt politiques et liés au fédéralisme, ne résistent pas aux besoins et aux moyens actuels dans ce domaine. L'art. 3 nLEp doit être lu à la lumière des art. 54 et 55 nLEp qui instituent des organes aptes à pouvoir intégrer la position des cantons.

Question 3

a) oui. Il conviendrait d'y inclure des représentants des médecins, pharmaciens et chimistes cantonaux, ainsi que de la CDS. De même, il serait utile de prévoir des représentants du monde académique et hospitalier, réunissant des experts reconnus en la matière. Enfin, la participation de représentants de la société civile, par ex. association de patients et de consommateurs, et des spécialistes en question éthique, de droit de la santé et en économie.

b) oui. Ce comité devrait être davantage tourné vers la pratique avec une forte intégration des experts travaillant dans et pour les administrations concernées.

Question 4

En dehors de l'art. 35 nLEp, les mesures prévues dans la révision correspondent à la situation actuelle. Les articles 31 à 34 et 36 ne posent ainsi pas de problème en soi. Il y a toutefois un glissement sémantique important par rapport aux normes actuelles qui distinguent les mesures qui doivent être

prises (surveillance médicale et isolement) de celles qui peuvent l'être (examens médicaux et restriction de l'activité professionnelle). Ceci répond à la logique de l'art. 29 nLEp qui précise les modalités de mise en œuvre des mesures ordinaires. Une mesure n'est obligatoire que si une autre moins contraignante ne peut être envisagée pour atteindre le même objectif.

Cette disposition reprend en fait les principes de proportionnalité et d'intérêt public. La portée normative de cette disposition est ainsi très limitée. S'il s'agit d'une solution *a priori* élégante pour éviter les répétitions inutiles dans cette section, la souplesse introduite par l'art. 29 lit. a est en partie remise en cause par la lettre b. Toute mesure doit en effet servir « à éviter un risque sérieux pour la santé de tiers ». C'est justement le but premier de toutes les mesures prévues par la loi. Si cette expression devait avoir un sens plus restrictif, il faudrait le préciser, ce qui conduirait à admettre *a contrario* que certaines mesures ne visent pas ce même but et seraient, partant, injustifiées.

La question n'est pas de savoir si l'art. 29 nLEp donne une base légale suffisante pour agir, mais si cette disposition est pertinente. La base légale de chaque mesure consiste en la disposition sur laquelle elle repose. Pour l'art. 29, il ne s'agit donc pas d'une question de base légale, mais plutôt d'articulation avec les principes constitutionnels. Dans ce sens, cet article ne paraît pas nécessaire. Nous proposons de le tracer.

L'art. 30 nLEp paraît plus important à maintenir. Il consacre le droit d'être informé des personnes concernées, mais aussi la durée nécessairement limitée des mesures ordinaires prises à l'encontre de personnes et l'obligation d'en réévaluer régulièrement le bien-fondé. Il conviendrait toutefois de préciser les autorités compétentes et la procédure à respecter, comme le mentionne déjà le rapport du DFI.

Question 5

L'enjeu n'est pas ici de savoir si l'art. 35 nLEp constitue une base légale suffisante pour imposer un traitement forcé, mais si un tel traitement est admissible aussi bien sous l'angle des droits fondamentaux que du droit international et comparé, ainsi que de son efficacité à atteindre les objectifs visés. D'un point de vue juridique et conformément à l'article 190 de la Constitution fédérale, il n'est d'ailleurs pas possible de conclure que l'art. 35 nLEp ne serait pas une base légale suffisante puisque cette disposition ne pourra plus faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité après son adoption. Comme nous l'avons indiqué en introduction, tout traitement forcé est inacceptable comme mesure ordinaire de lutte contre les épidémies. Prévoir une base légale visant à l'autoriser est intolérable, d'autant plus que ni le questionnaire, ni le message du DFI ne font ressortir qu'il s'agit d'un changement radical par rapport au droit actuel.

Premièrement, comme l'indique le rapport du DFI, « la LEp ne prévoit pas explicitement la possibilité d'ordonner un traitement médical ». Cet avis est partagé par la doctrine. Le traitement forcé n'entre ainsi en aucun cas dans les mesures ordinaires de lutte contre les épidémies. Tout au plus, peut-il être envisagé sur la base de l'art. 10 LEp dans le cadre de mesures exceptionnelles, ou uniquement lorsque ledit traitement n'implique qu'une atteinte légère aux droits de la personnalité de la personne concernée. L'art. 35 nLEp n'apporte pourtant aucune précision sur le caractère exceptionnel de la mesure ou, au contraire, sur son application limitée à des situations n'entraînant que des atteintes légères. On notera que si l'art. 35 nLEp limitait le traitement forcé aux seuls cas exceptionnels, il ne ferait que compléter l'art. 6 nLEP, respectivement 10 LEp sans avoir de portée propre. A l'opposé, si le traitement forcé ne peut s'envisager qu'en cas d'atteinte légère aux droits de la personnalité des personnes concernées, alors il n'y a plus exigence d'une base légale au sens formel. Dans les deux cas, l'art. 35 nLEp s'avère inutile.

L'art. 35 nLEp doit se lire également en parallèle à l'art. 21 al. 2 lit. d nLEP qui traite des campagnes de vaccinations obligatoires. Même si la vaccination s'adresse en principe à des personnes en bonne santé, il s'agit d'un traitement médical au sens large, notion qui recouvre les mesures prophylactiques, diagnostiques, thérapeutiques et palliatives. Pas plus que pour l'art. 35 nLEp, il n'est pas prévu de sanctions spécifiques pour les faire respecter. On rappellera que le but de la loi est de protéger la santé de la population. Le fait de rendre une vaccination obligatoire vise à garantir une couverture vacci-

nale la plus large possible, même si certains individus y échappent. Dans ce cas, c'est leur propre santé qu'ils mettent en danger, plus celle des autres. Dans un épisode récent d'épidémie de méningites dans le canton de Fribourg, le problème a d'ailleurs été plutôt de limiter l'accès au vaccin aux enfants provenant de l'extérieur et donc non concernés par la vaccination que de contraindre l'ensemble des enfants concernés de recevoir le vaccin.

Deuxièmement, en dehors de situations exceptionnelles et dans le respect du principe de proportionnalité, une analyse de droit comparé (Allemagne, France, UK, USA) fait apparaître que non seulement le traitement forcé n'est pas autorisé, mais encore expressément interdit [INFEKTIONSSCHUTZGESETZ § 28 Schutzmaßnahmen (1)... Eine Heilbehandlung darf nicht angeordnet werden (Allemagne)] (pour plus de détail, Christian Hänni, Stephan Harbarth et Dominique Sprumont, La résistance aux antibiotiques: quels enjeux juridiques, Rapport IDS no. 9, 2006, pp. 94-110). On notera que les législations analysées sont récentes, le contexte sanitaire et politique de leur adoption/révision ne diffère donc pas véritablement de la situation actuelle en Suisse.

Troisièmement, la formulation de l'art. 35 nLEp est ambiguë. Elle ne parle pas directement de traitement forcé. La disposition prévoit pourtant expressément que les personnes concernées « peuvent être contraintes à suivre un traitement médical », alors que le rapport du DFI exclut le recours à « la contrainte physique ». De quel type de contraintes s'agit-il alors ? Le rapport n'ayant pas de portée normative, rien n'empêche une autorité de conclure que l'art. 35 nLEp autorise l'usage de la contrainte physique, ceci n'étant pas formellement exclu par ledit article. *A contrario*, si la contrainte physique est exclue alors comment amener quelqu'un à suivre un traitement contre son gré ? Peut-on envisager de ne pas l'informer ? Cela serait explicitement contraire à l'art. 30 nLEp et aux droits des patients en général. Peut-on l'induire en erreur sur le fait qu'il est en droit de refuser le traitement ? Cela est tout aussi problématique sous l'angle du libre choix (consentement) du patient.

Quatrièmement, il se pose la question de l'aptitude et la nécessité de cette mesure pour atteindre l'objectif de la loi qui est la protection de l'être humain contre les maladies transmissibles. L'affirmation selon laquelle un traitement forcé « est autorisé s'il est avéré, selon la doctrine médicale dominante, qu'il entraîne une amélioration de l'état de santé ou une guérison (ou s'il permet d'empêcher une aggravation) ». Un rapide survol des directives de l'Académie suisse des sciences médicales permet de constater pourtant la grande réticence du corps médical d'admettre toute forme de traitement forcé. Il existe des directives de 2005 sur les « Mesures de contrainte en médecine », mais celles-ci traitent soit de traitement en psychiatrie, soit de traitement de personnes incapables de donner leur consentement. L'adhésion du patient au traitement constitue une priorité, voire une nécessité lorsque celui-ci recouvre la capacité de discernement. Il existe également des directives de 2002 sur « L'exercice de la médecine auprès de personnes détenues ». De nouveau, le respect du consentement du patient capable de discernement est présenté comme une obligation incontournable. L'expression de traitement sous la contrainte s'avère ainsi s'appliquer uniquement à des situations où les patients ne sont pas capables de consentir eux-mêmes au traitement. De plus, l'usage de traitement forcé apparaît toujours comme une mesure exceptionnelle.

Compte tenu des remarques ci-dessus, nous demandons que l'art. 35 nLEp soit éliminé du projet de loi. Certes, dans certaines circonstances exceptionnelles et dans le plus strict respect du principe de proportionnalité, des traitements forcés sont envisageables. Le droit actuel autorise déjà une telle possibilité sur la base de l'article 10 LEp et pour les atteintes légères par une interprétation téléologique restrictive des articles 15ss LEp. Une telle situation est conforme au droit international et en comparaison internationale. Elle renforce le caractère exceptionnel de toute mesure de contrainte en limitant les risques d'abus. Il serait regrettable que la Suisse fasse ici œuvre de pionnière en adoptant une règle contraire aux droits des patients et à l'éthique médicale et qui ne peut en aucun cas être considérée comme une mesure ordinaire de santé publique.

Question 6

Il est regrettable que l'art. 39 nLEp ne mentionne plus la limite fixée par l'art. 21 al. 3 LEp. Comme pour l'art. 35 nLEp, il s'agit de mesures particulièrement graves dont il s'agit de restreindre le champ d'application. Si une localité entière devait être placée en quarantaine, on tomberait alors dans le

champ des mesures particulières, voire exceptionnelles et le transfert de compétences décisionnelles à la Confédération est alors souhaitable. Nous demandons ainsi à réintroduire la teneur de l'art. 21 LEp :

Art. 39 nLEp

Al. 3 La durée et l'étendue des mesures doit être limitée à ce qui est nécessaire pour éviter la propagation d'une maladie transmissible. Il n'est pas permis de mettre le ban sur des localités entières ou des régions.

En ce qui concerne l'art. 39 al. 3 nLEp in fine, nous renvoyons à nos commentaires sur l'article 30. Il conviendrait en effet de préciser les autorités compétentes et la procédure à respecter afin de réévaluer le bien-fondé des mesures.

Question 7

Si nous avons déjà exprimé nos réserves par rapport au principe de précaution, il est vrai que des efforts supplémentaires sont nécessaires en matière de prévention et de responsabilisation des personnes et milieux concernés. Il s'agit toutefois d'être attentif à ce que cela n'affaiblisse pas la loi et les mesures de lutte *stricto sensu*. Les moyens et les structures pour la lutte contre les épidémies relèvent des tâches obligatoires de l'Etat. Il ne faudrait pas ainsi que la prévention aboutisse à une diminution des ressources disponibles à des fins de lutte contre les épidémies. Nous reviendrons là-dessus aux questions 8 et 10.

Question 8

Le mode de financement des moyens de lutte contre les épidémies est à l'image du fédéralisme, mais aussi de notre système d'assurances sociales qui confèrent à l'Etat un rôle plutôt subsidiaire en la matière. S'agissant toutefois de tâches obligatoires de l'Etat, il convient de mettre sur pied un système de financement qui soit conforme aux objectifs de la loi et qui facilite la mise en œuvre des mesures nécessaires. En ce qui concerne les vaccinations, la LAMal a conduit indirectement à un désengagement des cantons dans l'organisation de campagnes vaccinations. La situation n'est pas satisfaisante et l'avant-projet de loi n'apporte pas de solution convaincante. Il y a ainsi une contradiction à prévoir à l'art. 21 al. 2 lit. c que les cantons effectuent des vaccinations gratuites, alors que les assurances maladie sont supposées participer aux mesures de prévention. Cette question ne peut cependant se régler uniquement sous l'angle de la LEp, mais aussi sous celui de la LAMal.

On notera enfin que certaines mesures de protection prévues dans la nLEp, par exemple à l'art. 33 al. 3, ne sont pas garanties en Suisse et qu'il faudrait mettre des moyens importants pour créer les chambres de confinement nécessaires. Le manque (relatif) de ressources se fait également sentir dans la lutte contre les maladies nosocomiales dans lequel la Suisse a du retard en comparaison internationale.

Question 9

a) et b) De telles indemnités paraissent non seulement justes mais nécessaires. Il serait d'ailleurs souhaitable de simplifier le système actuel dans la mesure où les personnes concernées doivent attendre parfois longtemps avant d'être indemnisées et que les cas restent très rares. Cette remarque vaut également pour l'art. 64 nLEp. Même si politiquement la création d'un fonds d'indemnisation n'est jamais bien reçue, il paraît important de souligner l'inutile lenteur du système actuel.

Question 10

Il faudrait confier aux cantons la responsabilité d'organiser les campagnes de vaccination avec toutefois une obligation aux assureurs maladie de payer collectivement les vaccins eux-mêmes. Ce financement pourrait se faire par pool d'assurances au niveau cantonal.

En vous souhaitant bonne réception de la présente, nous vous présentons, Madame, Monsieur, nos salutations les meilleures.

Institut de droit de la santé
Université de Neuchâtel

Prof. Dominique Sprumont
Directeur adjoint