

Date de dépôt : 16 novembre 2016

Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur l'évaluation des bases légales et du fonctionnement de la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients

Mesdames et
Messieurs les députés,

Conformément à l'article 32 de la loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients, du 7 avril 2006 (LComPS; rs/GE K 3 03), les effets de cette loi sont évalués par une instance extérieure. Tous les 2 ans, le Conseil d'Etat présente au Grand Conseil un rapport communiquant les résultats de cette évaluation.

Pour rappel, la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (ci-après : la commission de surveillance) est une instance disciplinaire principalement chargée d'instruire, en vue d'un préavis ou d'une décision, les cas de violation des dispositions de la loi sur la santé, du 7 avril 2006 (LS; rs/GE K 1 03), concernant les professionnels de la santé et les institutions de santé, ainsi que les cas de violation des droits des patients.

Elle fonctionne également comme organe de recours contre les amendes infligées par le médecin cantonal et le pharmacien cantonal.

En application de l'article 32 LComPS, le département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (ci-après : département) a, en date du 24 novembre 2015, confié à l'Institut de droit de la santé de Neuchâtel – soit pour lui son directeur, le Professeur Olivier Guillod (ci-après : mandataire) – le mandat de rédiger un rapport évaluant la loi sur la commission de surveillance.

Il a été demandé au mandataire d'effectuer (i) un état des lieux, afin de déterminer si l'organisation et le fonctionnement actuels de la commission de surveillance, sous l'angle aussi bien législatif que pratique, lui permettaient de remplir efficacement sa mission et de répondre aux attentes de ses administrés; (ii) une comparaison intercantonale, afin de déterminer par quelles voies les

droits des patients étaient pris en compte et valorisés dans les autres cantons, et (iii) des propositions d'amélioration du fonctionnement de cette autorité.

Le rapport a été rendu au mois de mars 2016.

L'appréciation générale du fonctionnement de la commission de surveillance est positive. Le mandataire souligne ainsi : « *Le fonctionnement de la Commission de surveillance [...] nous a paru globalement satisfaisant, compte tenu de la nature et de la complexité de ses missions. Nous n'avons pas trouvé d'éléments propres à étayer le reproche, parfois entendu en dehors de la Commission, que celle-ci servirait à "blanchir" les professionnels de la santé [...]* [N]ous estimons qu'[elle] travaille avec neutralité et sérieux, dans le souci d'éclaircir tous les points potentiellement pertinents d'une affaire et de rédiger des décisions très complètes ».

Les principaux points du rapport sont résumés ci-dessous.

1. Appréciation de l'activité de la commission de surveillance à travers l'examen de quelques dossiers

Dix dossiers, dûment caviardés, ont été transmis par la commission de surveillance au mandataire.

Celui-ci relève que certains des dossiers examinés ont fait l'objet d'une instruction très longue – voire « *inhabituellement longue* » – et que certaines décisions font l'objet d'une rédaction extrêmement détaillée, pas systématiquement indispensable selon lui.

Il poursuit en mettant en exergue le déroulé de deux procédures. Il constate : « La chronologie [...] montre la multiplicité des actes qui jalonnent la procédure, le soin (peut-être excessif) mis à récolter des informations complémentaires, les délais de réponse des tiers, l'espacement des séances des sous-commissions, des périodes de silence interrompues parce que la plaignante demande des nouvelles, mais aussi la bonne réactivité générale du greffe ».

Le Conseil d'Etat relève que l'expert a mis l'accent sur deux procédures qui ont été essentiellement menées par la commission de surveillance dans son ancienne composition. Depuis le 1^{er} juin 2014, une majorité des membres a été renouvelée (9 sur 17 bénéficiant du droit de vote). Sur les 41 affaires pour lesquelles l'instruction a commencé après le 1^{er} juin 2014 et s'est terminée au 11 mai 2016, 24 ont été traitées en une seule séance de sous-commission. La durée moyenne de l'instruction des 17 autres affaires s'est élevée à 6 mois.

Cependant, il est vrai qu'un retard important a été accumulé par le greffe au niveau de la rédaction des décisions (i.e. après la fin de l'instruction par les sous-commissions), du fait notamment du changement de direction en été 2014

(cf. rapport d'activité de la commission de surveillance 2014-2015). Les décisions sont rédigées dans l'ordre d'échéance des prescriptions des affaires, et les administrés doivent ainsi attendre parfois 2 ans après la fin de l'instruction pour se voir notifier une décision.

S'agissant de la forme des décisions, celle-ci a été revue à l'occasion du changement de direction. Les décisions sont depuis lors plus courtes et ont gagné en qualité. Le mode de rédaction appliqué est celui en vigueur au pouvoir judiciaire (la partie « en fait » ne retient que les faits établis et pertinents, alors qu'auparavant, elle ne faisait que paraphraser les écritures des parties).

2. Appréciation du fonctionnement de la commission de surveillance par quelques-uns de ses membres

Le mandataire a procédé à l'audition du président et de la directrice de la commission de surveillance, de la membre représentant les associations de défense des droits des patients, du pharmacien cantonal, du médecin cantonal, ainsi que du président de l'Association des médecins de Genève.

Il en ressort en substance que la commission de surveillance fonctionne actuellement de manière satisfaisante, et que celle-ci fait preuve d'une plus grande transparence et d'une plus grande flexibilité qu'autrefois.

3. Comparaison intercantonale du cadre juridique applicable aux domaines de compétence de la commission de surveillance

La situation relative à la surveillance des professionnels de la santé et à la protection des droits des patients a été examinée pour 7 cantons, soit Berne, Fribourg, Jura, Neuchâtel, Valais, Vaud et Zurich.

Il apparaît que les systèmes adoptés sont parfois très différents les uns des autres. Dans les cantons romands, les législations instituent 2 types d'instance, l'une exerçant des prérogatives de surveillance disciplinaire en lien avec le respect des droits des patients, l'autre ayant pour mission de mettre en œuvre ces droits par le biais de mécanismes alternatifs de résolution des litiges.

Le mandataire estime cependant qu'il n'est pas en mesure, dans le cadre de son mandat, de procéder à une réelle comparaison intercantonale de l'efficacité des différents systèmes.

4. Propositions du mandataire afin d'améliorer le fonctionnement de la commission de surveillance

a) Scinder les compétences de la commission de surveillance

Le mandataire suggère que les compétences de surveillance des professionnels de la santé et des institutions de santé, d'une part, et de

protection des droits des patients, d'autre part, soient scindées et attribuées à 2 entités distinctes.

En effet, il considère que chacune de ces compétences vise un but différent : la surveillance servirait ainsi à maintenir la confiance générale de la population dans les professions de la santé, tandis que le respect des droits des patients serait lié à un individu particulier et nécessiterait ainsi une attention focalisée d'abord sur une situation individuelle. Or, le mandataire estime qu'à ce jour, la commission de surveillance joue dans les faits un rôle quasiment exclusif d'autorité disciplinaire.

Cependant, de l'avis du Conseil d'Etat, la suggestion faite par le mandataire n'est pas satisfaisante.

En effet, si la distinction entre surveillance disciplinaire et protection des droits des patients peut théoriquement se comprendre, il n'en demeure pas moins que l'obligation d'un professionnel de la santé a toujours pour corollaire un droit du patient – ce que le mandataire reconnaît d'ailleurs.

La distinction établie par celui-ci semble plutôt porter sur le moment auquel la commission de surveillance devrait intervenir. Ainsi, dans le cas de la surveillance disciplinaire, l'autorité examinerait après coup une situation donnée, alors que, dans le cas de la protection des droits des patients, elle agirait en amont pour éviter qu'une violation de ces droits ne se produise, a priori en faisant une injonction au professionnel de la santé concerné. Or, il y a lieu de relever que ces cas sont rares. En principe, ils concernent le droit d'accès au dossier médical, et le droit aux visites lors d'un séjour en institution de santé. L'utilité de 2 autorités distinctes semble dès lors toute relative.

Par ailleurs, il est sans conteste plus simple pour un administré de saisir une seule et même autorité.

Dès lors, le Conseil d'Etat n'estime pas nécessaire de suivre cette recommandation.

b) *Repenser le rôle et les modalités d'accès à l'instance de médiation*

En l'état actuel de la loi, la saisine de l'instance de médiation se fait par le biais d'une décision du bureau de la commission de surveillance. Or, le mandataire constate le scepticisme de ses membres à ce sujet, qui se traduit par un renvoi presque inexistant vers cette instance.

Le mandataire souligne cependant que « [l]es expériences menées dans d'autres cantons, spécialement les cantons de Vaud et du Valais, tendent à soutenir l'utilité d'une telle instance ». Il suggère dès lors que l'accès à cette instance soit ouvert de manière simple et directe, en parallèle à l'accès à la commission de surveillance, « avec des garanties que l'affaire traitée par

l'instance de médiation ne soit pas automatiquement communiquée à la Commission de surveillance ».

Le Conseil d'Etat est en accord avec le mandataire sur la question de l'utilité de la médiation. Une réflexion sur la meilleure manière de valoriser l'accès à cette instance est actuellement en cours auprès du département, lequel examine si une modification législative est nécessaire.

c) *Réduire le nombre de membres composant la commission de surveillance*

La commission de surveillance est constituée d'un président et de 19 membres titulaires (dont 8 médecins, 2 infirmiers, 1 membre d'une organisation se vouant statutairement à la défense des droits des patients, 1 avocat, 2 représentants de partis politiques n'appartenant pas à l'une des professions de la santé visées par la LS, 1 pharmacien, et 1 travailleur social). Le directeur général de la santé, le médecin cantonal et le pharmacien cantonal sont membres titulaires sans droit de vote. Pour les affaires vétérinaires, le vétérinaire cantonal assiste aux séances, sans droit de vote.

Le mandataire doute de l'efficacité d'une commission dotée d'un nombre aussi élevé de membres, et estime qu'une composition aussi large et variée n'est pas nécessaire à son bon fonctionnement.

Il explique : « La grande diversité des professions représentées au sein de la Commission enrichit sans doute le débat, mais la Commission n'est pas un organe de délibération éthique où la variété des points de vue est un gage de qualité des opinions qui sont émises. »

Il suggère ainsi d'examiner l'opportunité de réduire le nombre de membres.

Pour pallier les éventuelles répercussions d'une telle mesure, telle que la perte d'une certaine expertise, il propose de recourir ponctuellement à des experts.

Le mandataire conclut finalement qu'il n'a cependant pas suffisamment d'éléments à disposition pour pouvoir clairement affirmer que les avantages de la mesure contrebalanceraient ses inconvénients.

Le Conseil d'Etat relève cependant que la composition de la commission de surveillance reflète les différents intérêts en présence dans les procédures qu'elle connaît, et permet à celle-ci d'avoir à sa disposition les compétences nécessaires pour être en mesure de trancher les cas qui lui sont soumis. Par ailleurs, la validation, en commission plénière, des conclusions prises par les sous-commissions donne une force certaine aux décisions rendues.

A ce jour, la commission de surveillance a déjà la possibilité de faire appel à des spécialistes externes lorsque la branche concernée par une affaire n'est

pas représentée au sein de la commission (« membres ad hoc »). Le recours à ces experts implique cependant un travail administratif important. L'expert doit ainsi d'abord donner son accord sur le principe de sa participation, avant que les noms des parties ne lui soient communiqués. Il doit également être exhorté par écrit à respecter le secret de fonction, et sa disponibilité pour les séances doit être vérifiée à l'avance, alors que les membres ordinaires sont convoqués selon un planning annuel.

Il s'agit également de préciser que les membres de la commission de surveillance ont tous une activité professionnelle principale en dehors de la commission. Il n'est dès lors pas envisageable de les solliciter plus qu'aujourd'hui, ce qui serait inévitablement le cas en cas de réduction de leur nombre.

Pour ces raisons, le Conseil d'Etat n'envisage pas de suivre la proposition du mandataire.

d) *Se référer aux notions juridiques développées dans le cadre du droit de la responsabilité civile*

Le mandataire relève que la commission de surveillance a développé une pratique qui distingue les « erreurs professionnelles » – qui ne justifieraient pas le prononcé d'une sanction disciplinaire – des « fautes professionnelles », qui, en tant que violations grossières ou répétées des règles de l'art, poseraient une réelle question de surveillance disciplinaire. Pour lui, une telle distinction n'est pas simple à effectuer dans la pratique et il lui semblerait plus efficace de se référer aux notions de responsabilité civile de « fautes ordinaires » (soit des « *comportements pouvant arriver à tout professionnel* ») et de « fautes graves » (soit la violation de précautions élémentaires qui permettraient d'éviter la survenance d'un dommage).

Si le Conseil d'Etat rejoint les conclusions du mandataire, il considère néanmoins que celles-ci ne nécessitent pas d'être formalisées au niveau législatif, la rédaction, au sein du greffe de la commission de surveillance, d'indications à destination de ses membres atteignant de manière suffisante l'objectif d'efficacité visé par la mesure.

e) *Mettre en place une base de données regroupant les décisions rendues par la commission de surveillance*

Afin de respecter au mieux l'égalité de traitement entre les administrés, le mandataire suggère que la commission de surveillance établisse une banque de données lui permettant de retrouver les informations relatives à la nature et à la quotité des peines qu'elle a pu prononcer. Cette banque de données pourrait

également permettre à la commission de surveillance de mettre en ligne sa jurisprudence, laquelle serait ainsi à disposition du grand public.

Le Conseil d'Etat ne peut que saluer toute mesure renforçant la transparence relative au fonctionnement de la commission de surveillance. Les modalités techniques et les implications financières d'une mise en ligne de la jurisprudence de la commission de surveillance et de l'établissement d'une banque de données sont actuellement examinées par le département. La réalisation de telles mesures n'impliquera cependant pas de modifications législatives.

Les modifications législatives nécessaires seront présentées par le département à la fin de l'automne 2016.

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les Députés, à prendre acte du présent rapport.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :
Anja WYDEN GUELPA

Le président :
François LONGCHAMP

Annexe :

Rapport d'évaluation des bases légales et du fonctionnement de la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients du mois de mars 2016

Institut de droit de la santé

Faculté de droit

- Av. du 1^{er}-Mars 26
- CH-2000 Neuchâtel

Rapport

Évaluation des bases légales et du fonctionnement de la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients

*Mandat confié à l'Institut de droit de la santé
par l'Etat de Genève*

Mars 2016

Olivier Guillod
Professeur, Directeur de l'IDS

Nathalie Brunner et Alice Conti
Collaboratrices scientifiques à l'IDS

1. Préambule

L'Etat de Genève, par le Département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé, a confié à l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel (ci-après : IDS) le mandat d'évaluer les bases légales et le fonctionnement de la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients.

La Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients du canton de Genève a selon la législation sanitaire genevoise pour double compétence de veiller au respect des prescriptions légales régissant l'activité des professionnels et des établissements de santé d'une part, et au respect des droits des patients d'autre part.

Le mandat a été accompli sous la direction du professeur Olivier Guillod, directeur de l'Institut de droit de la santé, par Mme Nathalie Brunner, avocate de formation, collaboratrice scientifique de l'IDS, et par Mme Alice Conti, licenciée en sciences humaines et sociales et collaboratrice scientifique de l'IDS.

Nous avons procédé à un examen et à une appréciation de l'exécution des missions dévolues à la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients, en combinant trois perspectives :

- une étude succincte (compte tenu notamment d'un précédent rapport d'évaluation détaillé sur ce point de la prof. Dominique Manai) du cadre juridique applicable à la Commission ;
- l'analyse d'un échantillon d'une dizaine de dossiers (dûment anonymisés au préalable) traités par la Commission ;
- l'audition de plusieurs personnes directement liées à la problématique, le 18 janvier et le 21 janvier 2016 à Genève : Mme Tatiana Tence, avocate et membre de la Commission en tant que représentante des patients ; M. Christian Robert, pharmacien cantonal et membre de la Commission ; M. Jacques-André Romand, médecin cantonal et membre de la Commission ; M. Louis Gaillard, avocat et président de la Commission ; Mme Nathalie Bürgenmeier, directrice de la Commission depuis juillet 2014 ; M. Michel Matter, médecin spécialiste en ophtalmologie, président de l'Association des médecins de Genève (AMG).

A titre de comparaison et éventuellement d'inspiration, nous avons ensuite analysé le cadre législatif et réglementaire applicable à la surveillance des professionnels de la santé et à la protection des droits des patients, soit les deux domaines de compétence de la Commission, dans tous les cantons romands ainsi que dans les cantons de Berne et de Zurich.

Sur ces bases, nous avons dressé un certain nombre de constats, formulé quelques remarques critiques et présenté diverses suggestions relatives aux compétences attribuées dans le canton de Genève à la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients, à sa composition ainsi qu'à son fonctionnement.

2. Cadre légal

2.1. La Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients

La loi genevoise sur la santé (ci-après : LS)¹ institue, à son art. 10, une commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (ci-après : la Commission), qui est chargée de différentes missions relevant de la surveillance de l'exercice des professions de la santé et de l'exploitation des institutions sanitaires.

Aux termes de l'art. 125b al. 1 LS, la Commission a en effet pour compétence générale de « traiter des plaintes et des dénonciations résultant d'une infraction à la présente loi ou à ses dispositions d'exécution ». Elle peut prononcer certaines sanctions administratives à l'encontre de professionnels de la santé et de responsables et exploitants d'institutions de santé, selon les modalités prévues à l'art. 127 LS. La Commission peut ainsi prononcer des blâmes, des avertissements et des amendes jusqu'à CHF 20'000.- pour les professionnels de la santé et jusqu'à CHF 50'000.- pour les institutions de santé (art. 127 al. 1 let. a et al. 3 let. a). Le retrait temporaire ou définitif de l'autorisation de pratiquer une profession de la santé ne peut en revanche être prononcé à titre de sanction que par le Département compétent (art. 127 al. 1 let. b et c LS). Il en va de même de la limitation ou du retrait de l'autorisation d'exploiter une institution de santé et de la limitation ou du retrait de l'autorisation en matière de produits thérapeutiques (art. 127 al. 3 let. b LS).

L'art. 125b al. 1 LS attribue cette même compétence de traiter les plaintes et dénonciations résultant d'une infraction à la LS ou à ses dispositions d'exécution au médecin cantonal et au pharmacien cantonal. Ces derniers n'ont toutefois, à teneur de l'art. 127 al. 1 let. d et al. 3 let. c LS, que la faculté de prononcer des amendes, d'un montant de CHF 5'000.- au maximum contre un professionnel de la santé et de CHF 10'000.- au maximum contre une institution de santé.

La LS ne contient pas de disposition arrêtant les critères selon lesquels attribuer le traitement d'une plainte ou d'une dénonciation relative à une infraction à la LS ou à ses dispositions d'exécution à la Commission, au médecin cantonal ou au pharmacien cantonal. Le pouvoir sanctionnateur du pharmacien cantonal et du médecin cantonal étant moindre que celui de la Commission, on peut toutefois en déduire que les premiers traitent en principe des cas légers tandis que la seconde traite des cas plus graves.

L'art. 125b al. 2 LS donne au surplus à la Commission la compétence exclusive de traiter des violations des droits des patients prévus au chapitre V de la loi sur la santé, qui régit les relations entre patients et professionnels de la santé ou institutions de

¹ RS GE K 1 03.

santé, lors de prises en charge ambulatoires ou stationnaires dans le secteur privé ou public (voir l'art. 34 LS).

La législation genevoise (art. 35 ss LS) reconnaît aux patients de nombreux droits, en particulier le droit du patient séjournant en institution de santé d'en sortir à tout moment (art. 36 LS), de maintenir des liens avec l'extérieur (art. 37 LS) et de bénéficier d'un accompagnement (art. 38 LS), plus spécialement en fin de vie (art. 39 LS). La loi sur la santé consacre en outre le droit aux soins (art. 42 LS), le droit au libre choix du professionnel et de l'institution de santé (art. 43 et 44 LS), le droit d'être informé (art. 45 LS), le droit d'accepter ou de refuser des soins et de retirer un consentement précédemment donné (art. 46), le droit de décider des soins par anticipation dans une directive anticipée et de désigner un représentant dans le domaine médical (art. 47 et 48 LS renvoyant aux dispositions du Code civil) et le droit de consulter son dossier (art. 55 LS).

Les buts assignés à la Commission sont précisés à l'art. 1 de la loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (ci-après : LComPS)². Il en ressort que la Commission doit veiller d'une part « au respect des prescriptions légales régissant les professions de la santé et les institutions de santé », d'autre part « au respect du droit des patients ».

A cet effet, la Commission exerce, d'office ou sur requête, les compétences énumérées à l'art. 7 LComPS :

- d'une part, elle « instruit en vue d'un préavis ou d'une décision les cas de violation des dispositions de la loi sur la santé (...), concernant les professionnels de la santé et les institutions de santé, ainsi que les violations des droits des patients » (art. 7 al. 1 let. a LComPS) ;
- d'autre part, elle « fonctionne comme organe de recours contre les amendes infligées par le médecin cantonal et le pharmacien cantonal concernant les professionnels de la santé et les institutions de santé » (art. 7 al. 1 let. b LComPS). Comme on l'a déjà mentionné, la LS donne en effet également la compétence au médecin cantonal et au pharmacien cantonal de traiter des plaintes et dénonciations lors d'infractions à cette loi et de prononcer des amendes n'excédant pas CHF 5'000.- (art. 125b al. 1, 127al. 1 let. d LS) ;
- la Commission peut également édicter « les directives et les instructions nécessaires au respect des dispositions de la loi sur la santé » (art. 7 al. 1 let. c LComPS) ;
- enfin, la LComPS exclut des compétences confiées à la Commission celle de modifier ou d'annuler des notes d'honoraires ou des factures des professionnels de la santé et des institutions de santé, ainsi que celles de statuer sur

² RS GE K 3 03.

des actions en responsabilité civile et d'allouer des dommages et intérêts (art. 7 al. 3 LComPS).

La Commission est constituée de vingt personnes dont un président disposant d'une « formation juridique adéquate », seize membres titulaires ayant le droit de vote et trois membres titulaires sans droit de vote (art. 3 al. 1 à 4 LComPS). La présidence de la Commission est actuellement assurée par M. Louis Gaillard, avocat et ancien magistrat. Onze des seize membres titulaires avec droit de vote proviennent de différentes professions de la santé³ ; les cinq autres membres titulaires sont un « membre d'une organisation se vouant statutairement à la défense des droits des patients », un avocat, un travailleur social et deux représentants de partis politiques n'appartenant pas à l'une des professions de la santé reconnues par la LS. Selon la nature du dossier, la Commission peut également s'adjoindre les compétences d'un autre professionnel de la santé, avec droit de vote (art. 3 al. 5 LComPS).

Les séances plénières de la Commission se tiennent valablement si cinq de ses dix-sept membres ayant le droit de vote sont présents (soit un quorum étonnamment bas de moins de 30% des membres avec droit de vote), dont au moins un homme et une femme ainsi que le président, un membre non professionnel de la santé et deux médecins dont l'un n'exerçant pas dans un établissement de soins public (art. 18 LComPS).

La Commission dispose d'un greffe composé de greffiers-juristes rattachés au Département, qui participent à ses séances ainsi qu'à celles des sous-commissions (art. 6 LComPS). Les séances de la Commission et des sous-commissions doivent en effet faire l'objet de procès-verbaux (art. 6 LRComPS).

La Commission peut se saisir d'office d'une affaire, être saisie par une plainte d'un patient ou par une dénonciation du département, des professionnels de la santé, des institutions de santé, d'autres autorités ou de particuliers (art. 8 LComPS). Plainte et dénonciation doivent lui être adressées par écrit (art. 17 al. 1 du règlement concernant la constitution et le fonctionnement de la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients, ci-après : LRComPS)⁴.

La Commission doit constituer un bureau de cinq membres (ci-après : le Bureau), chargé d'examiner préliminairement les dossiers. Le Bureau peut décider de les classer, de les envoyer en médiation ou de les transmettre pour instruction à une sous-commission (art. 10, 14, 15 LComPS). Le Bureau est composé du président de la Commission, d'un membre n'appartenant pas aux professions de la santé, d'un médecin, du pharmacien cantonal et du médecin cantonal (art. 6 LRComPS).

³ Deux médecins spécialistes en médecine générale ou interne, un médecin pratiquant des interventions de type chirurgical ou diagnostique, un médecin spécialiste en psychiatrie, deux infirmiers, un médecin-dentiste, un médecin spécialiste en pharmaco-toxicologie, un pharmacien, un ophtalmologue, un gynécologue.

⁴ RS GE 3 03.01.

Lorsque la Commission est saisie d'une plainte ou d'une dénonciation, le greffe se charge de constituer le dossier, en s'adressant aux parties. Il le transmet ensuite à la sous-commission compétente (art. 17 LRComPS).

Sept sous-commissions, composées de deux membres de la Commission au moins, et présidées par un membre qu'elles ont elles-mêmes désigné à cette fonction en leur sein (art. 16 LRComPS), instruisent les dossiers et livrent leurs conclusions à l'intention de cette dernière (art. 17 LComPS). Elles sont constituées par la Commission, qui répartit également leurs domaines d'activités. Actuellement, les sept sous-commissions, avec leur domaine de compétence, sont les suivantes :

- sous-commission 1, forte de cinq membres dont trois médecins : médecins-infirmiers-sages-femmes ;
- sous-commission 2, forte de quatre membres dont deux médecins : médecins-infirmiers-opticiens ;
- sous-commission 3, forte de cinq membres dont trois médecins (dont le médecin cantonal) : médecins-infirmiers ;
- sous-commission 4, forte de cinq membres dont deux médecins et deux avocats : dentistes ;
- sous-commission 5, forte de cinq membres dont le pharmacien cantonal : pharmaciens ;
- sous-commission 6, forte de quatre membres dont deux médecins : autres professionnels de la santé (psychologues-psychothérapeutes, physiothérapeutes, etc.) ;
- sous-commission 7, forte de quatre membres dont deux avocats : vétérinaires ;

2.2. L'instance de médiation

La LS institue également, à son art. 11, une instance de médiation « pour aider les patients et les professionnels de la santé à résoudre leur différends », instance dont les compétences sont précisées par la LComPS.

La LComPS comprend une unique disposition relative à cette instance, qui ne peut pas être saisie directement par les parties à un litige. L'art. 16 al. 1 LComPS prévoit en effet que le Bureau peut proposer à ces dernières une résolution de leur différend par ce biais, « à moins qu'un intérêt public prépondérant ne justifie une instruction de l'affaire par la Commission ». L'examen préalable des dossiers relève en effet de la

compétence du Bureau, qui peut décider de les classer, de les envoyer en médiation ou de les transmettre pour instruction à une sous-commission (art. 10 LComPS).

Le médiateur doit transmettre copie de la plainte au professionnel mis en cause. Il convoque les parties et les informe qu'elles ont un délai de trois mois pour négocier un accord (art. 16 al. 2 LComPS).

L'issue de la procédure de médiation doit être communiquée au Bureau : le protocole d'accord est transmis à ce dernier pour information ou, cas échéant, l'échec de la médiation est porté à sa connaissance (art. 16 al 3 LComPS).

L'art. 16 LComPS ne précise pas si l'issue positive d'une médiation empêche toute saisine ultérieure du dossier par la Commission, afin d'apprécier si des violations d'obligations professionnelles ont été commises et, dans l'affirmative, doivent être sanctionnées.

Enfin, le Bureau a également la compétence de mettre un terme à la médiation « si l'intérêt public l'exige » et d'instruire alors la cause selon la procédure ordinaire devant une sous-commission (art. 16 al 5 LComPS).

2.3. Appréciation intermédiaire du cadre législatif

La législation sanitaire genevoise attribue à la Commission des compétences importantes, prioritairement en matière de surveillance de l'exercice des professions de la santé, mais aussi dans la perspective de faire mieux respecter les droits des patients par les professionnels de la santé et les institutions de santé. Ce cumul des deux rôles ne se retrouve pas dans tous les cantons et peut constituer une source de ma-lentendus par rapport aux attentes placées dans le travail de la Commission.

La Commission est amenée à intervenir en qualité d'organe instructeur et/ou déci-sionnel, en suivant une procédure dont les contours ne sont pas tous clairement ar-rêtés au niveau légal ou réglementaire, notamment pour ce qui relève de sa saisine. En particulier, la législation cantonale ne contient pas de disposition arrêtant les cri-tères selon lesquels doit s'effectuer l'attribution du traitement d'une plainte ou d'une dénonciation à la Commission, ou au médecin cantonal ou encore au pharmacien cantonal.

La composition de la Commission, forte de vingt membres, frappe, car elle semble de prime abord pléthorique. De même est-il surprenant *a priori* de fixer un quorum à moins de 30% des membres avec droit de vote (et même 25% de tous les membres). Certes, les deux points mis ensemble se comprennent un peu mieux, mais l'opportunité de convoquer pour les séances plénières de la Commission vingt personnes, par ailleurs toutes très occupées, reste discutable.

Le nombre de membres dans les sous-commissions (quatre ou cinq) instruisant les dossiers paraît également élevé, compte tenu de l'assistance fournie à chaque sous-commission par le greffe, au regard de l'art. 17 al. 1 LComPS exigeant que les sous-commissions soient formées d'au minimum deux membres. Par ailleurs, il est ressorti des auditions menées avec plusieurs membres de la Commission que les sous-commissions ont une charge de travail très variable, certaines sous-commissions instruisant peu d'affaires, contrairement à d'autres.

Enfin, les compétences des membres ne semblent pas systématiquement avoir été « exploitées » dans la « bonne » sous-commission. Il semble regrettable, par exemple, que les compétences juridiques (deux avocats ; le président de la Commission ne siégeant pas dans les sous-commissions) soient concentrées dans deux commissions au rôle limité (sous-commissions 4 et 7 pour les dentistes et les vétérinaires) plutôt que réparties entre davantage de sous-commissions. Il est surprenant aussi que la personne représentant les organisations de défense des droits des patients siège dans la sous-commission « vétérinaires ».

La composition de la Commission et des sous-commissions prévue dans la législation sanitaire genevoise pourrait constituer un facteur ralentissant le traitement des dossiers, ne serait-ce qu'en rendant plus complexes la fixation des dates et l'organisation des séances. Le point est à vérifier à travers l'examen concret du travail de la Commission, tout comme les aspects de procédure qui pourraient avoir un effet analogue.

L'art. 9 LComPS confère la qualité de partie au patient qui a déposé une plainte auprès de la Commission, ce qui implique de lui notifier à ce titre différents actes et diverses informations. Certains patients qui n'ont pas formellement cette qualité de partie, notamment les « simples » dénonciateurs, reçoivent néanmoins aussi une information sur les suites données aux procédures ouvertes après leur intervention. Les tâches accomplies par le greffe de la Commission sont donc multiples et intrinsèquement chronophages, en plus de nécessiter une grande rigueur et beaucoup de tact.

D'autre part et selon les termes de la LS, l'instance de médiation doit contribuer à la résolution de conflits opposant patients et professionnels de la santé. Mais la LComPS, à laquelle l'art. 11 LS renvoie expressément pour la détermination des compétences de cette instance, ne comprend aucune disposition favorisant la réalisation de ce but. Les parties ne peuvent en effet pas saisir directement le médiateur, l'accès aux offices de ce dernier étant conditionné par l'appréciation du dossier effectuée par le Bureau. D'autre part, ce dernier est en mesure de mettre un terme à une médiation déjà initiée, pour l'instruire selon les voies habituelles, « si l'intérêt public l'exige » (art. 16 al. 5 LComPS).

Le droit cantonal accorde ainsi à la Commission des prérogatives relevant presque exclusivement du domaine disciplinaire, sans vraiment lui confier la mission de con-

tribuer activement à une résolution extrajudiciaire des litiges opposant patients et professionnels de la santé ou institutions de santé.

3. Appréciation de l'activité de la Commission à travers l'examen de quelques dossiers

Plusieurs dossiers exemplatifs de l'activité de la Commission, dûment caviardés, ont été mis à notre disposition.

La complexité de l'état de fait de la plupart des dossiers, mais aussi le système de surveillance des professionnels de la santé et des institutions de santé mis en place par le législateur genevois, qui implique le recours à une Commission et des sous-commissions composées de nombreux membres, ne semblent pas de nature à favoriser un traitement rapide des dossiers.

Certains des dossiers examinés ont fait l'objet d'une instruction relativement longue, et parfois compliquée. En effet et selon les cas de figure, l'établissement des faits nécessite la réalisation de multiples actes d'instruction qui sont, par la force des choses, souvent chronophages (récolte de renseignements auprès de différents tiers qui ne répondent pas forcément par retour de courrier, établissement d'expertises dans des délais élastiques, etc.). A cet égard, la Commission est en particulier tributaire du délai que mettent les personnes ou institutions qu'elle sollicite à répondre aux demandes de renseignements qui leur sont adressées.

La durée de traitement des dossiers dépend également de la fréquence des réunions de la Commission et de ses sous-commissions.

Enfin, les règles assez détaillées du RComPS ainsi que l'obligation de suivre les règles prévues dans la loi sur la procédure administrative pour le surplus (art. 13 al. 4 LComPS) obligent naturellement à observer scrupuleusement les nombreuses garanties de procédure existantes. La présence fréquente d'avocats des parties ne contribue pas forcément non plus à accélérer les procédures. Le strict respect des règles de procédure par le greffe de la Commission implique pour sa part l'accomplissement de nombreuses tâches, par exemple celle de notifier des documents et informations aux personnes ayant la qualité de parties à la procédure. A cet égard, nous devons souligner le soin mis à informer régulièrement les plaignants de l'avancement de la procédure.

Enfin, certaines des décisions rendues par la Commission font l'objet d'une rédaction extrêmement détaillée, qui ne nous a pas paru systématiquement indispensable dans tous les dossiers. Des décisions rendues dans une forme simplifiée suffiraient sans doute pour les affaires relativement bénignes. Il faudrait cependant déterminer si cela permettrait effectivement un gain de temps, tant il est vrai qu'il est parfois plus facile et rapide de rédiger « au kilomètre » que de faire un bon résumé. Voltaire annonçait ainsi à un ami : « Je vous écris une longue lettre parce que je n'ai pas le temps d'en écrire une courte ».

La chronologie de certains des dossiers traités par la Commission et que nous avons pu consulter est tout de même assez éloquente. Elle montre notamment la multiplicité des actes qui jalonnent la procédure, le soin (peut-être excessif) mis à récolter des informations complémentaires, les délais de réponse des tiers, l'espace des séances des sous-commissions, des périodes de silence interrompues parce que la plaignante demande des nouvelles, mais aussi la bonne réactivité générale du greffe.

Voici un exemple de traitement chronologique d'un dossier qui a abouti à une décision après une durée inhabituellement longue (presque quatre ans de procédure) et dans lequel on ne comprend pas toujours pourquoi beaucoup de temps a été passé à récolter des informations provenant de dossiers médicaux tenus par des professionnels de la santé non visés par la plainte :

- une patiente s'est adressée à la Commission le 31 mai 2011 « pour porter plainte pour erreur médicale » à l'encontre de deux médecins, en lien avec le suivi particulièrement éprouvant de sa grossesse, respectivement de l'interruption de cette dernière.
- Lors de sa séance du 15 juin 2011, le Bureau a décidé de l'ouverture d'une procédure contre les deux praticiens.
- Le 17 juin 2011, la plaignante en a été informée par courrier. Le même jour, le Bureau a informé l'un des médecins - un gynécologue - du dépôt de la plainte et de l'ouverture subséquente d'une procédure à son encontre, et l'a invité à se prononcer sur les griefs de la patiente.
- Le 21 juin 2011, le médecin cantonal a été informé par courrier de la saisine de la commission.
- Le gynécologue s'est déterminé sur les allégués de la plainte par courrier du 29 juillet 2011.
- Le 3 août 2011, le greffe a accusé réception de cette détermination et invité le gynécologue, à la demande de la sous-commission en charge de l'instruction, à produire le dossier médical de sa patiente. Le même jour, un courrier a également été adressé à cette dernière pour l'informer des actes d'instruction auxquels il avait déjà été procédé ; la plaignante a en outre été invitée à lever de leur secret professionnel plusieurs médecins ayant participé d'une manière ou d'une autre au suivi de sa grossesse et à l'interruption de cette dernière.
- Le gynécologue a transmis copie du dossier de sa patiente le 18 août 2011.
- Il en a été accusé réception le 24 août 2011 ; le même jour, la patiente a été informée de la production de son dossier médical et de la possibilité de venir le consulter au greffe.

- La sous-commission en charge du dossier a siégé le 8 février 2012, soit presque six mois après réception du dossier médical dont elle avait demandé la production. Elle a souhaité procéder à des actes d'instruction complémentaires, notamment en consultant les dossiers médicaux tenus par d'autres praticiens ayant participé à la prise en charge de la patiente.
- Une demande de levée du secret professionnel des médecins détenant ces derniers a par conséquent été adressée à la patiente le 22 février 2012.
- La production de ces dossiers a été demandée par courrier du 2 mars 2012. Des accusés de réception des dossiers retournés à la commission ont été envoyés à leurs expéditeurs, la plaignante étant pour sa part informée des différents échanges de courriers.
- La sous-commission s'est réunie à nouveau le 25 avril 2012 ; elle a alors décidé de procéder à des actes d'instruction complémentaires, et a demandé la production d'autres dossiers médicaux encore.
- A ce titre, un courrier a été adressé à trois médecins le 8 mai 2012 ; des accusés de réception leur ont été envoyés à réception de leurs dossiers respectifs, un des médecins n'ayant toutefois pas donné suite.
- Par courrier du 7 janvier 2013, la plaignante s'est enquis de l'état du dossier.
- Le greffe lui a répondu que l'instruction était toujours en cours, le 14 janvier 2013.
- La sous-commission s'est réunie le 30 janvier 2013, et a souhaité pouvoir obtenir des informations complémentaires pour pouvoir se prononcer.
- Le 4 février 2013, un rappel a été adressé au médecin dont la production du dossier avait été sollicitée le 8 mai 2012.
- Par courrier du 5 février 2013, des renseignements complémentaires ont été demandés à l'un des médecins faisant l'objet de la plainte.
- Le 19 février 2013, un autre médecin encore a été sollicité aux fins de renseignements.
- Le médecin sollicité le 5 février a transmis sa réponse le 21 février 2013.
- Un accusé de réception lui a été transmis le 26 février 2013, la patiente en étant également informée.
- La sous-commission s'est réunie le 27 février 2013 ; le greffe a été invité à approfondir certaines questions juridiques.

- Elle s'est réunie à nouveau le 24 avril 2013 et a souhaité un complément ultérieur d'instruction.
- Un courrier a ainsi été adressé le 29 avril 2013 à l'un des médecins objet de la plainte pour obtenir des précisions supplémentaires.
- Réponse y a été donnée le 10 mai 2013,
- Avec un accusé de réception du greffe du 22 mai 2013.
- La plaignante s'est adressée à la commission le 11 septembre 2013, aux fins de connaître l'état du dossier.
- Un courrier du 24 septembre 2013 l'a informée de la poursuite de ses travaux par la sous-commission en charge de l'affaire.
- Cette dernière s'est réunie à nouveau le 6 novembre 2013 ; estimant que la prise en charge de la patiente n'avait pas été adéquate, les membres de la sous-commission ont décidé de rendre, à l'intention du Département, un préavis de suspension du droit de pratiquer du médecin.
- Le 19 mars 2014, la patiente a adressé un courrier à la Commission pour s'enquérir de l'état d'avancement de son dossier.
- Le greffe lui a indiqué qu'aucune décision n'avait encore été rendue à ce sujet par courrier du 25 mars 2014.
- Une autre sous-commission a traité du dossier lors d'une séance le 17 juillet 2014 ; ses membres ont souhaité confirmer le préavis de la précédente sous-commission, le greffe étant encore invité à procéder à quelques vérifications au sujet d'une sanction disciplinaire prononcée à l'encontre du gynécologue en 2007.
- Un courrier a été adressé à ce dernier, ainsi qu'à la plaignante, le 19 décembre 2014 pour les informer de la clôture des travaux d'instruction de la sous-commission.
- Une séance plénière s'est tenue le 27 avril 2015 ; la Commission a alors décidé de proposer au Département la suspension du droit de pratiquer du médecin pour la durée d'un mois.
- La décision de préavis, rédigée sur dix pages, a été adressée au chef du Département le 30 avril 2015 : il a été retenu que le gynécologue n'avait pas violé les règles de l'art en posant son diagnostic ; tel était en revanche le cas du traitement administré pour l'interruption de grossesse ; il a également été reproché au praticien un manque de diligence pour avoir déprogrammé

l'interruption de grossesse et pour avoir globalement géré de manière inadéquate la prise en charge de sa patiente.

- Le 6 mai 2015, soit quasiment quatre ans après la plainte de la patiente, la Commission a informé la Direction générale de la santé de la sanction prononcée par le chef du Département le jour même.

Dans un autre dossier, la chronologie de la procédure, qui a duré au total plus de deux ans dans une affaire relativement simple, est la suivante :

- la Commission a été saisie d'une dénonciation du pharmacien cantonal, du 7 juin 2013, en lien avec la remise de stupéfiants par une pharmacie n'ayant pas respecté les dispositions légales en la matière, par exemple pour ce qui relève de la tenue des dossiers des patients.
- Le même mois, le Bureau a décidé d'ouvrir une procédure à l'encontre de la pharmacie ; il en a informé le pharmacien cantonal par courrier du 11 juillet 2013.
- La dénonciation a aussi été adressée à la pharmacienne responsable qui a été invitée à se prononcer sur les griefs dont le pharmacien cantonal faisait état. La pharmacienne responsable s'est exprimée à leur sujet dans un courrier du 28 août 2013 ;
- il en a été accusé réception le 10 septembre 2013.
- Dans sa séance du 10 septembre 2013, la sous-commission a établi que la pharmacienne responsable avait contrevenu à plusieurs dispositions légales lors de la remise de certains stupéfiants, et en lien avec la documentation de cette dernière.
- L'intéressée en a été avertie par courrier du 12 décembre 2013, qui l'invitait également à faire des observations complémentaires si souhaité.
- La pharmacienne responsable s'est prononcée par courrier du 20 décembre 2013.
- Le 7 janvier 2014, un courrier lui a été adressé pour l'informer que le dossier était prêt à être jugé.
- Le 21 janvier 2014, la sous-commission a traité de cette affaire ; elle a estimé qu'une amende devrait être prononcée à l'encontre de la pharmacienne, mais a toutefois souhaité que quelques actes d'instruction complémentaires soient encore accomplis.

- A cet effet, un courrier a été adressé le 23 janvier 2014 à la pharmacienne responsable, pour l'inviter à produire certains documents et fournir quelques renseignements complémentaires.
- Réponse y a été donnée le 5 février 2014.
- Le dossier a été traité lors de la séance plénière du 24 septembre 2015, soit un peu plus de deux ans après la dénonciation, un blâme étant finalement prononcé à l'encontre de la pharmacienne responsable.

Indépendamment de la durée, parfois étonnamment longue, de certaines procédures, la nature de plusieurs dossiers traités par la Commission nous a également surpris. La LComPS exclut en effet des compétences confiées à la Commission celle de statuer sur des actions en responsabilité civile (art. 7 al. 3). Or, dans plusieurs affaires, des plaignants faisaient état d'erreurs dans leur prise en charge ou dans celle de leur proche, sans pour autant émettre de prétentions en dommages et intérêts. La Commission a dès lors instruit ces dossiers certes sous l'angle disciplinaire, mais comme l'aurait fait une autorité chargée de se prononcer sur la responsabilité civile des professionnels de la santé concernés, en cherchant à établir dans quelle mesure ces derniers avaient violé les règles de l'art médical lors de la prise en charge litigieuse des plaignants.

Un tel dossier ne relève pas, à strictement parler du moins, des droits des patients au sens de l'art. 125b al. 2 LS (on ne trouve rien dans le chap. V de la LS à ce sujet) et de l'art. 7 al. 1 let. a LComPS. Il n'entre pas non plus dans les infractions à la LS et à ses dispositions d'exécution selon l'art. 125b al. 1 LS et l'art. 7 al. 1 let. a LComPS.

En revanche, la Commission justifie sa saisine sur la base de l'art. 40 de la loi fédérale sur les professions médicales universitaires (LPMed)⁵, qui dresse une liste de devoirs s'appliquant aux professionnels qui lui sont soumis⁶, et dont le non-respect peut être sanctionné disciplinairement (art. 43 LPMed) par les autorités cantonales de surveillance.

Le premier des huit devoirs professionnels des personnes exerçant une profession médicale universitaire énoncés à l'art. 40 LPMed consiste à « exercer leur activité avec soin et conscience professionnelle et respecter les limites des compétences qu'elles ont acquises dans le cadre de leur formation universitaire, de leur formation postgrade et de leur formation continue » (nos italiques). La Commission considère que la violation manifeste, grave ou répétée des règles de l'art constitue une violation des devoirs professionnels imposés par l'art. 40 LPMéd, susceptible de justifier le

⁵ RS 811.11.

⁶ Les médecins, dentistes, pharmaciens, vétérinaires et chiropraticiens. Dans le canton de Genève, l'art. 80 LS étend toutefois le champ d'application de l'art. 40 LPMéd à tous les autres professionnels de la santé régis par la LS.

prononcé d'une sanction disciplinaire contre le professionnel fautif. Cette position lui impose de faire une distinction assez périlleuse entre des erreurs professionnelles, qui seraient en soi excusables et ne justifieraient pas une sanction disciplinaire, et des fautes professionnelles qui auraient un caractère inexcusable et appelleraient donc une sanction disciplinaire. On reviendra sur ce point délicat dans notre appréciation finale.

4. Appréciation du fonctionnement de la Commission par quelques-uns de ses membres

4.1. Le déroulement des auditions

Nous avons auditionné plusieurs membres de la Commission et de son greffe, aux fins de recueillir des informations concrètes sur le rôle et le fonctionnement de cette autorité et de connaître leur appréciation personnelle. A notre demande, les personnes avaient préalablement été déliées du secret de fonction. Ont ainsi été entendus M. Louis Gaillard, Président de la Commission ; Mme Nathalie Bürgenmeier, Directrice de la Commission ; Mme Tatiana Tence, représentante des associations de défense des droits des patients ; M. Christian Robert, pharmacien cantonal ; M. Jacques-André Romand, médecin cantonal.

Nous avons aussi souhaité auditionner M. Michel Matter, en sa qualité de président de l'Association des médecins de Genève, afin de connaître la perception de la Commission chez les médecins genevois.

L'audition s'est déroulée dans les locaux de la direction de la santé à Genève, sous forme d'entretiens conduits sur la base d'une grille de questions, adaptée partiellement sur le moment en fonction des réponses et informations données par les personnes auditionnées. Les entretiens ont été enregistrés, avec la permission expresse de chaque personne auditionnée, afin de pouvoir transcrire le contenu essentiel des réponses reçues et de pouvoir vérifier au besoin notre compréhension de certaines réponses. Les enregistrements seront détruits dès la fin du mandat.

Nous reproduisons dans le paragraphe suivant les principaux éléments que nous avons tirés de ces entretiens, sans attribuer un propos ou l'autre à une personne déterminée, dans la mesure où les remarques constituent notre propre appréciation de la situation, au surplus souvent fondée sur les dires de plus d'une personne entendue.

4.2. Eléments principaux ressortant des auditions

Dans leur ensemble, les personnes auditionnées estiment que la Commission fonctionne actuellement de manière satisfaisante, compte tenu du nombre et de la complexité des dossiers qu'elle est amenée à traiter et des moyens, spécialement des ressources humaines, mis à sa disposition. Même si le constat de bon fonctionnement n'est pas surprenant, venant des membres de la Commission, il nous est apparu que des critiques autrefois adressées à la Commission (par exemple une certaine opacité dans son fonctionnement, une surreprésentation de certains milieux dans sa composition) ont été entendues et que des aménagements (notamment une meilleure transparence, davantage de flexibilité) ont été apportés pour y répondre. Il ap-

paraît dès lors que le fonctionnement de la Commission sous la présidence et la direction actuelles est meilleur qu'il y a quelques années.

La composition de la Commission est diversement appréciée. La diversité des profils professionnels siégeant dans la Commission est vue comme un atout, aussi bien en termes d'expertise sectorielle que de regard pluridisciplinaire porté sur des comportements de professionnels de la santé. La représentation des différents milieux concernés fait l'objet de quelques remarques critiques. Le nombre de membres de la Commission est jugé élevé par quelques personnes entendues, alors que d'autres trouvent au contraire que cela permet de posséder au sein de la Commission et des sous-commissions toute l'expertise scientifique et technique voulue. En revanche, la composition du bureau semble adéquate, afin d'assurer une cohérence globale à l'activité de surveillance des professionnels de la santé et des institutions de santé exercée par la Commission, le médecin cantonal et le pharmacien cantonal.

L'accès à la Commission paraît facile, même si la connaissance de son existence dans le grand public est probablement limitée. En revanche, les milieux médicaux, les pharmaciens et les avocats connaissent la Commission. Quelques lourdeurs administratives (par exemple pré-instruction par le bureau, articulation avec la Commission de levée du secret, difficulté à fixer des dates de séance, rédaction de projets de décision très détaillés) semblent encore ralentir le processus de traitement des dossiers et nourrir le constat, voire le reproche, que les procédures sont parfois très ou trop longues. Il est souligné cependant que les raisons de cette longueur tiennent aussi aux réticences à collaborer de certaines parties à la procédure ou de tiers. Les personnes entendues ont en effet globalement considéré que les actes d'instruction effectués par les sous-commissions étaient pertinents et menés avec efficacité. Quelques problèmes de disponibilité des membres ont en même temps été signalés, qui peuvent contribuer à prendre du retard dans les investigations à mener.

Nous avons déjà constaté la durée objectivement très longue de certaines procédures, mais nous ne disposons pas de toutes les informations qui permettraient de savoir si, et dans l'affirmative dans quelle mesure, ces durées découlent de ressources humaines insuffisantes ou d'un manque d'efficacité. Plusieurs personnes entendues ont souligné que la dotation en ressources humaines de la Commission était insuffisante au regard du nombre croissant et de la complexité des dossiers qu'elle doit traiter. Le greffe de la Commission a perdu l'équivalent d'un demi-poste ces deux dernières années. Il devrait pouvoir compter sur un-e juriste à plein temps (60% actuellement). Des fluctuations dans la dotation en personnel de la Commission depuis 2012 expliqueraient aussi des retards pris à certains moments dans le traitement des dossiers, qu'il est ensuite difficile de rattraper sans péjorer le traitement des nouveaux cas.

Pour certaines personnes auditionnées, un délai de douze mois, voire au maximum de dix-huit mois en fonction de la nature complexe de l'affaire, entre la saisine de la

Commission et le prononcé de la décision, représenterait une durée de procédure raisonnable et satisfaisante. Tant pour les patients que pour les professionnels de la santé impliqués, la célérité de la procédure en constitue un aspect essentiel, afin notamment de ne pas être plongés dans une longue période d'incertitude. Or, à ce jour, le délai d'une année, et même celui de dix-huit mois, ne peut pas être systématiquement respecté.

Le reproche parfois entendu en dehors de la Commission et de l'AMG d'un manque de sévérité, voire d'un certain laxisme de la Commission envers les professionnels de la santé dénoncés, est, à juste titre à notre avis, contesté par les personnes entendues. Les dossiers traités par la Commission que nous avons pu consulter ne nous ont pas laissé l'impression d'un manque d'assiduité de la Commission dans l'éclaircissement des faits ni d'une indulgence notable dans le prononcé de sanctions. Sans disposer de données objectives et étendues, notre impression, fondée sur notre expérience et nos contacts avec d'autres services de la santé cantonaux, est que la surveillance n'est pas plus laxiste à Genève que dans les autres cantons.

Le recours à la médiation est quasiment inexistant, alors qu'aux yeux de quelques personnes auditionnées, certaines affaires instruites par une sous-commission se seraient prêtées à cette forme de résolution alternative des litiges. Le Bureau de la Commission semble montrer du scepticisme par rapport à la médiation, en arguant d'une part qu'une fois la dénonciation ou la plainte déposée, il serait trop tard pour espérer trouver une issue au conflit par la médiation, d'autre part que des questions touchant l'intérêt public se posent le plus souvent et excluraient donc le recours à la médiation, conformément à l'art. 16 al. 5 LComPS.

L'attitude du Bureau à ce sujet démontre à notre avis qu'il considère la Commission comme une autorité disciplinaire et qu'il perçoit de manière beaucoup moins claire son rôle comme organe de protection ou de promotion des droits des patients. Le fait qu'une seule personne représentant les organisations de défense des droits des patients siège dans la Commission montre aussi que cette dernière est conçue en premier lieu comme une autorité disciplinaire.

A réception des plaintes ou dénonciations, le greffe de la Commission vérifie si l'affaire relève bien de la compétence de la Commission (par exemple, la plainte concerne un professionnel de la santé installé dans le canton de Vaud et n'entre donc pas dans la compétence de la Commission). Il règle aussi des cas patents où un droit d'un patient n'a pas été respecté (par exemple un professionnel de la santé refuse de laisser un patient consulter son dossier ; un simple téléphone suffit normalement à trouver une issue satisfaisante). Dès qu'il s'est assuré que le dossier relevait bien de la Commission, il le transmet, par voie électronique, au Bureau de la Commission.

Les décisions du Bureau de répartir les cas entre la Commission et le médecin cantonal ou le pharmacien cantonal s'opèrent apparemment sans difficultés particu-

lières, même si le cadre légal et réglementaire ne fournit aucun critère de répartition, si ce n'est la majeure compétence sanctionnatrice de la Commission. Quand les faits sont complexes ou peu clairement établis et que des actes d'instruction paraissent nécessaires, le dossier est en principe confié à une sous-commission. De même, dès que les droits d'un patient semblent touchés, le dossier est traité en principe par une sous-commission. Lorsqu'il s'agit de violations de règles techniques ou administratives (par exemple sur la délivrance des médicaments), sans qu'un patient identifié soit directement touché dans ses droits, le dossier est en principe traité par le médecin cantonal ou le pharmacien cantonal. Une répétition de ce type de violations peut toutefois conduire à la transmission du dossier à la Commission, en vue de prononcer une sanction plus forte.

Enfin, il est ressorti que des efforts notables ont été accomplis depuis deux ans pour tenter de rattraper le retard et pouvoir répondre au plus vite et de manière efficiente aux nombreuses plaintes et dénonciations qui parviennent à la Commission. Plusieurs mesures ponctuelles (rédaction de décisions plus concises, généralisation du courrier électronique, etc.) ont déjà été prises dans ce sens.

5. Comparaison intercantonale du cadre juridique applicable aux domaines de compétence de la Commission

5.1. Introduction

Dans la plupart des cantons, les patients estimant que leurs droits n'ont pas été respectés ont la faculté de s'en plaindre auprès d'instances particulières, dont l'étendue de la compétence matérielle est variable, et selon des procédures spécifiques. Ces autorités peuvent également, selon les cas, se saisir d'office de certaines situations ou intervenir à la suite de « dénonciations » émanant de tierces personnes ou d'autorités.

Comme dans le canton de Genève, il existe des instances pouvant prononcer des sanctions de caractère administratif à l'encontre d'un professionnel de la santé qui aurait manqué à ses devoirs en ne respectant pas les droits du patient ou toute autre obligation professionnelle, et/ou étant chargées d'émettre un préavis à l'intention de l'autorité compétente pour le prononcé de mesures et sanctions disciplinaires. Cette partie de l'activité relève de la seule surveillance de l'exercice des professions de la santé, puisqu'elle consiste à apprécier et, le cas échéant, à sanctionner les agissements incorrects d'un professionnel de la santé, et non pas à contribuer à l'accomplissement de droits des patients et/ou à trouver une solution lors d'un différend survenu entre un patient et un professionnel de la santé ou un établissement de soins.

Selon les cantons, ces instances ne sont pas toujours appelées à intervenir également pour instruire et/ou sanctionner des violations d'obligations professionnelles autres que le non-respect des droits des patients. La surveillance générale de l'exercice des professions de la santé et de l'exploitation des institutions sanitaires est en effet généralement du ressort des services et autorités administratifs « classiques » qui peuvent, selon les cantons et les situations, requérir le préavis d'une autre instance (par exemple un conseil de santé ou une commission *ad hoc*) lorsqu'il s'agit par exemple de prononcer certaines sanctions disciplinaires ou d'envisager la suspension ou le retrait d'un droit de pratiquer une profession de la santé ou d'une autorisation d'exploiter un établissement de santé.

Certaines législations cantonales instituent également des organes de médiation, ou prévoient le recours à la conciliation, afin de permettre la réalisation de droits des patients qui n'auraient pas été respectés ainsi que pour tenter de régler des conflits survenus entre patients et professionnels de la santé et/ou institutions de soins sans recourir aux voies de droit classiques (plainte pénale, action civile, dénonciation disciplinaire).

Les législations des cantons romands instituent ces deux types d'instances, l'une exerçant des prérogatives de surveillance disciplinaire des professionnels de la santé en lien avec le respect des droits des patients, l'autre ayant pour mission de mettre

en œuvre ces derniers par le biais de mécanismes alternatifs de résolution des litiges. Ce second type d'instance est en revanche moins répandu dans les cantons suisses alémaniques, ou alors il est prévu avec un champ d'action restreint, par exemple limité aux seules situations impliquant des patients hospitalisés⁷.

L'IDS n'est pas en mesure de procéder à une comparaison à proprement parler de « l'efficacité » des différents systèmes adoptés par les cantons. L'appréciation de cette efficacité devrait en effet s'effectuer par rapport à des critères déterminés qui dépendent eux-mêmes des biens que les législateurs cantonaux ont voulu protéger en attachant des conséquences à la violation des droits des patients, respectivement des devoirs des professionnels et institutions de santé. Elle supposerait au surplus de rassembler de larges données quantitatives qui n'existent souvent pas, ou dont le travail de récolte et d'analyse excéderait largement les limites du présent mandat.

Ainsi et d'une part, certains législateurs cantonaux ont souhaité que la violation des droits des patients puisse être « réparée », et ont prévu par conséquent des systèmes permettant la réalisation de ces droits (par exemple par le biais d'une injonction qui pourrait être adressée au professionnel de la santé de mettre en œuvre un droit) ou d'apaiser, voire régler une situation conflictuelle. Le recours à la « médiation »⁸ apparaît souvent comme une solution adaptée à la résolution de conflits survenant entre soignants et patients, mais qui ne pourraient pas ou difficilement être réglés par les voies de droit ordinaires, par exemple lors de problèmes de communication, d'insatisfaction, ou encore lors d'attitudes certes discutables de professionnels de la santé, mais qui ne constituent pas à proprement parler une violation d'une obligation professionnelle qui serait justiciable. L'efficacité et l'utilité d'une telle procédure devraient donc essentiellement être appréciées en fonction des attentes des intéressés, c'est-à-dire en premier lieu les patients et professionnels ou institutions de santé impliqués dans des situations conflictuelles. Or, il semble difficile voire impossible de « recenser » ces dernières afin de déterminer l'incidence que le recours à une procédure de médiation a eu, ou aurait pu avoir, sur ces dernières.

Les législateurs cantonaux ont également prévu que la violation des droits des patients par les soignants/institutions puisse être sanctionnée disciplinairement. Les procédures prévues dans ce cadre ne visent donc pas à mettre en œuvre un droit des patients ou à aplanir un conflit, mais à sanctionner un comportement professionnel non respectueux des prescriptions légales. Il s'agirait, pour déterminer l'efficacité d'une telle démarche, d'apprécier notamment l'influence qu'une sanction aurait sur la manière dont un professionnel de la santé appréhende et respecte désormais les

⁷ Le rapport du Conseil fédéral « Droits des patients et participation des patients en Suisse », du 24.6.2015, élaboré en réponse aux postulats 12.3100, 12.3207 et 12.314, dresse un aperçu succinct des solutions retenues par les cantons, p. 17 ss ; voir aussi Johanne GAGNEBIN HAGUI, Du médiateur en santé à l'ombudsman hospitalier : une approche pluridisciplinaire, thèse, Neuchâtel, 2012, 131 ss, 138 ss.

⁸ La médiation est entendue ici dans un sens large, les solutions législatives adoptées par la plupart des cantons ne prévoyant pas toujours des processus respectant strictement le mécanisme de ce mode particulier de résolution des litiges.

droits de ses patients ou ses autres obligations professionnelles. Du côté des patients, il s'agirait également de déterminer si le prononcé d'une sanction disciplinaire à l'encontre d'un soignant est de nature à leur apporter satisfaction dans une situation conflictuelle. Or une pareille analyse, pour autant qu'il soit réaliste d'y procéder, dépasse le cadre limité du mandat qui a été confié à l'IDS.

Quelques solutions législatives adoptées par les cantons faisant partie de la Conférence Latine des Affaires Sanitaires et Sociales (CLASS) et par celui de Zurich seront abordées succinctement ci-après.

5.2. Berne

Dans le canton de Berne, la loi sur la santé publique (LSP)⁹ attribue à plusieurs services de la Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale la compétence d'accorder et de retirer les autorisations de pratiquer des professions de la santé, et d'exploiter certaines organisations de soins, ainsi que de prononcer les mesures administratives et disciplinaires en lien avec ces activités (art. 8 al. 3, 15 al. 1, 16 al. 1, 17 ss LSP).

Selon les professions et organisations concernées, différents offices - office du médecin cantonal, office du pharmacien cantonal, office des personnes âgées et handicapées - sont amenés à exercer ces compétences (art. 11 à 14 de l'ordonnance sur les activités professionnelles dans le secteur sanitaire, ordonnance sur la santé publique, OSP¹⁰).

Pour leur part, la surveillance des hôpitaux, maisons de naissance et services de sauvetage, les autorisations d'exploitation et le prononcé de décisions inhérentes à ces activités sont réglementées par la loi sur les soins hospitaliers (LSH, art. 118 ss)¹¹ et son ordonnance d'application (ordonnance sur les soins hospitaliers, OSH)¹². A l'instar de la LSP, La LSH attribue l'exercice de ces compétences aux services de la Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale (art. 118 LSH).

La législation bernoise réserve ainsi la surveillance de l'exercice des professions de la santé et de l'exploitation des institutions et organisations de soins aux seuls services de l'administration cantonale. Si elle ne contient que peu de détails au sujet de la procédure applicable aux activités de surveillance, elle réserve expressément l'application de la loi sur la procédure administrative aux décisions prises dans ce cadre (art. 46 al. 1 LSP).

⁹ RS BE 811.01.

¹⁰ RS BE 811.111.

¹¹ RS BE 812.11.

¹² RS BE 812.112.

En revanche, la législation hospitalière prévoit la possibilité, pour le Gouvernement cantonal, de conclure « un contrat de prestations concernant la gestion d'un organe de médiation » destiné aux seuls patients des hôpitaux et maisons de naissances auxquels le canton a confié un mandat de prestations, ainsi que du secteur du sauvetage (art. 5 LSH, 8, 10 OSH).

Cette instance de médiation a pour mission de faire « office d'intermédiaire entre les parties », « trouver des solutions de conciliation » et émettre des recommandations le cas échéant. Elle peut également, « lorsque l'intervention des autorités lui paraît nécessaire », avertir la Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale (art. 9 OSH).

L'administration cantonale a confié l'accomplissement des activités de médiation à un avocat-notaire, au bénéfice de formations complémentaires spécifiques. Selon les informations contenues dans les rapports annuels publiés sur son site internet¹³, l'essentiel des réclamations qui sont adressées au médiateur peut être réglé par le biais de « consultations » ; seules certaines d'entre elles aboutissent à une procédure de médiation au sens propre du terme. Enfin, le médiateur n'a pas eu à saisir la Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale lors des derniers exercices.

5.3. Fribourg

Dans le canton de Fribourg, la surveillance du domaine sanitaire en général, et plus spécifiquement celle des professionnels et institutions de santé, relève de la compétence du département en charge de la santé (la « Direction »). Pour l'exercice de cette tâche, il peut recourir, notamment, au service de la santé publique ainsi qu'au médecin cantonal et au pharmacien cantonal (art. 7, 127a al. 1 de la loi fribourgeoise sur la santé, LSan¹⁴).

La Direction est en particulier compétente pour prononcer des mesures administratives visant à limiter, assortir de charges ou retirer des autorisations d'exercer une profession de la santé ou d'exploiter une institution sanitaire, ainsi que pour prononcer des mesures et sanctions disciplinaires lors de violations de la loi et de ses dispositions d'exécution (art. 124 ss LSan). Le code de procédure administrative s'applique à cet effet, sous réserve de dispositions contraires (art. 127i al. 1 LSan).

Lors de telles éventualités, la Direction transmet le dossier pour préavis ou décision à la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (art. 127a al. 2 LSan). Cette instance a pour mission générale de veiller au respect des obligations imposées aux professionnels et institutions de santé soumis

¹³ <http://www.ombudsstelle-spitalwesen.ch/de/jahresberichte-fallbeispiele/index.php>

¹⁴ RS FR 821.0.1.

à surveillance, par exemple les dispositions concernant les droits des patients (art. 17 al. 1 et 2 LSan). Ni la Direction ni la commission ne sont en revanche compétentes pour traiter de contentieux en lien avec les honoraires ou en matière de responsabilité civile (art. 127a al. 4 LSan).

Les préavis de la commission à l'intention de la Direction contiennent une proposition de classement ou de mesure ; l'instance peut aussi prononcer elle-même certaines mesures disciplinaires¹⁵ (art. 127f et 127g LSan).

La commission peut également agir d'office, sur plainte d'un patient ou sur dénonciation écrite de tiers (art. 127a al. 3 LSan), en particulier lors de violations de droits des patients (art. 43 LSan).

D'autre part, la loi sur la santé impose à la commission de désigner en son sein un ou plusieurs médiateurs « chargés de concilier les parties » (art. 17 al. 3 LSan). La commission peut en effet proposer à ces dernières qu'un litige soit soumis à un médiateur, sans toutefois que la loi ne fixe de critères pour déterminer à quelles conditions cette option peut être proposée ; la loi ne prévoit pas non plus expressément qu'un patient puisse saisir directement le médiateur. Si la médiation est refusée, la commission doit se saisir de l'affaire ; en cas d'acceptation, il appartient à la commission d'en fixer les conditions comme la procédure (art. 127d LSan).

Selon les informations obtenues par l'IDS, le secrétariat de la commission est régulièrement saisi de demandes tendant à obtenir en premier lieu une médiation. Dans une pareille hypothèse, le dossier n'est pas préalablement soumis à la commission, son secrétariat se limitant à contrôler sommairement que la question relève bien de la compétence de cette dernière, puisqu'elle devra se saisir du dossier en cas d'échec de la médiation. En cas de doute sur la compétence matérielle de la commission ou du médiateur, il y a échange de vues avec le président. Si la médiation n'est pas demandée d'emblée par les parties, elle est proposée aussi souvent que possible ; tel ne sera pas le cas, par exemple, si un litige a déjà fait l'objet d'une tentative sérieuse de règlement « à l'amiable », qui a échoué. Elle n'est pas proposée non plus dans les cas où la commission a été saisie par dénonciation d'un tiers.

L'ordonnance sur la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients et patientes¹⁶ détermine la composition de l'instance, soit onze membres permanents (deux personnes représentant les associations de patients, une représentant les institutions de santé, deux médecins dont un spécialiste en psychiatrie, quatre autres professionnels de la santé, deux juristes assumant la présidence et la vice-présidence), des membres non permanents représentant les professions non représentées dans la commission permanente, et deux médiateurs (art. 2 de l'ordonnance).

¹⁵ Avertissements, blâmes, certaines amendes, prononcé d'une obligation de suivre une formation complémentaire.

¹⁶ RS FR 821.0.16.

La commission est dotée d'un bureau (présidence et secrétariat juridique) ayant en particulier pour compétence de désigner les délégations instruisant le dossier (art. 3 de l'ordonnance). Les délégations sont en principe constituées de trois membres permanents, au besoin d'un membre non permanent voire d'un expert externe ; elles sont chargées d'instruire les affaires et de rendre les décisions incidentes, et de « proposer à la Commission permanente des projets de décisions ou de préavis » (art. 4 de l'ordonnance). Pour sa part, la commission permanente, qui se réunit en principe six fois l'an, rend les préavis à l'intention de la Direction, prend les décisions relevant de sa compétence ou peut demander des actes d'instruction complémentaires aux délégations (art. 5 de l'ordonnance). Une séance plénière réunissant membres permanents et non permanents se tient au moins une fois par année, notamment pour rendre le rapport d'activité. Enfin, la commission est dotée d'un secrétariat juridique chargé du suivi des affaires et, en particulier, de l'organisation des procédures de médiation.

Selon les informations obtenues par l'IDS auprès des autorités compétentes, les suites données par la commission annuellement aux dossiers considérés comme « liquidés » sont variées. Un tiers environ des dossiers devient sans objet ou a fait l'objet d'un retrait de plainte, ou encore fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière. Un autre tiers des dossiers se conclut par des décisions de classement, à défaut de violation avérée d'une obligation professionnelle. Le dernier tiers des dossiers se répartit entre décisions de sanctions, propositions de préavis à l'intention de la Direction et cas réglés par le biais d'une médiation.

Enfin, précisons encore que la loi sur la santé prévoit également une procédure particulière pour le traitement des plaintes émanant de patients du Réseau fribourgeois de soins en santé mentale. Ce dernier doit en effet « se pourvoir d'un règlement interne fixant cette procédure et désignant les personnes responsables », pour « permettre aux patients et patientes et à leurs proches de faire valoir leurs droits en relation aussi bien avec les soins qu'avec les conditions de prise en charge ou de séjour, tout en empêchant la délation et les critiques sans raison », chaque plainte devant être traitée « de manière rapide et efficace », les plaignants devant au surplus être informés des mesures prises en conséquence (art. 43a LSan).

5.4. Jura

La loi sanitaire jurassienne¹⁷ invite le Gouvernement à nommer un médiateur accueillant les plaintes de patients dont les droits ont été violés, ou auquel peut être soumis un litige opposant un patient à un établissement hospitalier ou médico-social (art. 24a et 28d de la loi sanitaire).

¹⁷ RS JU 810.01.

D'autre part, l'exécutif doit également nommer une commission chargée de surveiller le respect des dispositions légales relatives aux droits des patients séjournant dans de telles institutions (art. 28c al. 1 de la loi sanitaire).

Cette commission est chargée d'instruire et de statuer sur les cas dont elle est saisie (art. 28c al. 1 let. c). Elle constate l'existence ou l'inexistence d'une violation de droits des patients et, le cas échéant, propose aux autorités compétentes « les mesures utiles propres à éviter de nouvelles infractions à ces dispositions » (art. 28c al. 2 de la loi sanitaire) ; la loi ne fournit pas de détails relatifs aux mesures qui pourraient être prises en la matière.

La commission a aussi, et notamment, pour compétence de « procéder à des inspections et à des contrôles destinés à assurer le respect des dispositions générales relatives aux droits des patients (art. 28c al. 1 let. d de la loi sanitaire) ». Les différentes attributions de cette commission sont précisées à l'art. 9 al. 2 de l'ordonnance concernant les droits des patients¹⁸.

Les procédures en vigueur devant le médiateur et la commission sont réglementées par cette dernière ordonnance. Ainsi, un patient ou l'un de ses proches peuvent saisir le médiateur de leurs « doléances en relation avec les droits reconnus aux patients, à l'exclusion des plaintes concernant le montant des honoraires », pour tenter de résoudre le différend par une conciliation des parties (art. 3 à 6 de l'ordonnance concernant les droits des patients). Si la procédure de médiation échoue, le plaignant doit être informé de la possibilité de saisir la commission de surveillance des droits des patients (art. 9 de l'ordonnance concernant les droits des patients).

Pour sa part, la commission de surveillance des droits des patients exerce ses différentes attributions d'office ou sur requête (art. 14 al. 1 de l'ordonnance concernant les droits des patients). Si une plainte lui est adressée pour violation d'un droit des patients, il appartient à son président d'examiner à titre préliminaire si elle a été précédée d'une procédure de médiation. Dans la négative, il doit « informer le plaignant de cette possibilité et (l'inviter) à se déterminer à ce sujet et, cas échéant, transmettre la plainte au médiateur » (art. 17 de l'ordonnance concernant les droits des patients).

Si la médiation est refusée, le dossier est instruit par le président selon les règles du code de procédure administrative ; le président peut également confier cette tâche à un membre ou une délégation de la commission. L'instruction terminée, le dossier est soumis à la commission pour décision (art. 18, 20 al. 1 de l'ordonnance concernant les droits des patients).

La commission constate dans sa décision « si les actes incriminés constituent une violation des droits reconnus aux patients ou non ». Dans l'affirmative, elle propose

¹⁸ RS JU 810.021.

aux autorités compétentes des « mesures propres à éviter de nouvelles violations de ces droits », sans que la législation cantonale ne précise en quoi peuvent consister lesdites mesures. Si elle constate que la législation sanitaire a été enfreinte, elle en informe le Service de la santé publique (art. 20 de l'ordonnance concernant les droits des patients).

Précisons encore que le médiateur, et son suppléant, sont nommés par le Gouvernement (art. 4 de l'ordonnance concernant les droits des patients). Pour sa part, la commission se compose de sept à neuf membres¹⁹, se réunissant au moins deux fois par année à la demande de son président – qui doit être juriste – ou de trois de ses membres (art. 11 à 13 de l'ordonnance concernant les droits des patients).

Les rapports d'activités de la commission auxquels l'IDS a pu accéder mettent notamment l'accent sur les visites régulières que cette dernière effectue au sein d'institutions jurassiennes, afin de déterminer si leurs patients et résidents sont informés de leurs droits et si ces derniers sont effectivement respectés ; dans la négative, la commission demande à ce que les mesures nécessaires soient prises.

La commission estime que ces visites sont importantes non seulement pour faire connaître son existence et son rôle, mais aussi pour diffuser des informations (par exemple au sujet de la brochure « l'essentiel sur les droits des patients ») ou agir quand cela s'avère nécessaire.

Les rapports d'activités ne contiennent pas de données au sujet des nombre et type de plaintes émises par des patients et traitées par la commission. Les rapports se contentent d'indiquer à ce sujet que les responsables de la médiation établiront un « rapport séparé pour la médiation ».

Les rapports d'activité de la « médiation santé » indiquent pour leur part que la médiatrice et sa remplaçante ont participé aux séances de la commission ainsi qu'à ses visites d'institutions sanitaires et médico-sociales, ce qui a permis également de présenter à ces dernières les activités de médiation.

Ces rapports contiennent par ailleurs quelques données chiffrées en lien avec la médiation à proprement parler. Si les cas traités sont peu nombreux²⁰, ils ont pu trouver une solution dans leur grande majorité soit par le biais d'une médiation, soit par d'autres démarches entreprises par la médiatrice et qui ont permis de résoudre les différends. Les rapports ne précisent en revanche pas le nombre de cas dont la médiatrice a été directement saisie, respectivement qui lui ont été adressés *via* la commission.

¹⁹ Un juriste, un représentant des patients, deux médecins dont un psychiatre, deux représentants des professions de la santé exerçant dans un établissement hospitalier ou médico-social, un travailleur social.

²⁰ De l'ordre d'une dizaine en moyenne annuelle, certaines requêtes n'ayant d'autre part pas été traitées car elles ne se prêtaient pas à ce mode de résolution des conflits.

La législation jurassienne réserve au Gouvernement et à l'administration cantonale – particulièrement le service de la santé publique – les compétences en matière de surveillance de l'exercice des professions de la santé et exploitation des institutions, notamment pour ce qui concerne le prononcé de sanctions de caractère disciplinaire lors de violations d'obligations professionnelles.

La commission n'est donc pas appelée à intervenir en matière de surveillance si ce n'est, comme mentionné ci-dessus, pour informer le service de la santé publique des violations de la législation sanitaire qu'elle aurait constatées ; nous ignorons toutefois si et dans quelle mesure de telles annonces sont effectuées.

Enfin, l'art. 52 al. 4 de la loi sanitaire prévoit que le Département en charge de la santé, qui est compétent pour prononcer des suspensions et retraits d'autorisations de pratiquer, prenne « l'avis de l'association professionnelle concernée, ainsi que des associations de patients, lorsque la mesure envisagée est motivée par des faits relevant de l'exercice de la profession ».

5.5. Neuchâtel

Dans le canton de Neuchâtel, l'art. 10 de la loi de santé (LS)²¹ attribue au médecin cantonal une compétence générale de surveillance de l'exercice des professions de la santé (art. 10 al. 2 let. a LS) et de contrôle du respect des droits des patients (art. 10 al. 2 let. f LS). L'art. 72 LS confirme cette compétence de surveillance, tout en réservant celle du pharmacien cantonal, auquel la disposition attribue la mission spécifique de surveiller les professions de pharmacien et droguiste (art. 72 al. 1 et 2 LS).

En cas de violation des prescriptions légales commise par des professionnels de la santé ou responsables d'institutions, le médecin cantonal et le pharmacien cantonal ainsi que le service de la santé publique peuvent prononcer certaines sanctions disciplinaires telles que l'avertissement, le blâme et l'amende (art. 123a al. 1 et 123b al. 1 LS).

Les interdictions temporaires ou définitives de pratiquer une profession de la santé sont pour leur part prononcées par le département, sur préavis de l'autorité de surveillance (art. 213a al. 2 LS).

La législation neuchâteloise ne contient que peu de détails sur la manière dont la surveillance doit être exercée, notamment lorsqu'un manquement professionnel est reproché à un soignant ou à un dirigeant d'institution sanitaire. Mais on relèvera en particulier qu'elle ne prévoit pas que les autorités compétentes puissent déléguer tout ou partie de leurs prérogatives à d'autres instances, par exemple l'instruction

²¹ RS NE 800.1.

d'un dossier lors de violations d'obligations professionnelles et/ou le prononcé de préavis.

Aux termes de l'art. 124a LS, la procédure administrative est applicable à l'exercice de la surveillance.

D'autre part, l'art. 27 LS accorde au patient la possibilité d'adresser une plainte à une autorité de conciliation en cas de violation des droits que cette loi lui reconnaît. Cette autorité est chargée d'instruire les affaires et de tenter de concilier les parties. En cas d'échec, elle transmet le dossier avec son préavis au département, qui doit se prononcer sur cette plainte et adresse, cas échéant, une « injonction impérative au soignant ».

Cette autorité est composée d'un « président neutre, en principe juriste », d'un représentant des patients et d'un représentant des médecins. Si le différend oppose le patient à un soignant autre qu'un médecin, un représentant de cette profession est aussi appelé (art. 3 règlement provisoire d'exécution de la loi de santé²²).

La plainte est adressée par écrit à l'autorité ; son président la transmet ensuite au professionnel de la santé concerné. Le président assigne ensuite les intéressés à comparaître en les invitant à transmettre les pièces dont ils veulent faire état. L'autorité peut procéder aux investigations utiles puis tente de concilier les parties. Si elle n'y parvient pas, elle transmet le dossier au département avec son préavis (art. 4 règlement provisoire d'exécution de la loi de santé).

La législation neuchâteloise ne prévoit pas que l'autorité de surveillance des professionnels et institutions de santé puisse, dans le cadre de ses attributions et si un dossier semble s'y prêter, orienter les intéressés vers cette autorité.

Dans les faits, il semble que cette autorité ne soit saisie que d'un très petit nombre de dossiers.

5.6. Valais

Dans le canton du Valais, la surveillance des professions de la santé relève de la compétence du département en charge de la santé. Lors de violations d'obligations professionnelles, ce dernier confie à une commission de surveillance des professions de la santé l'instruction du dossier en vue d'un préavis. Cette commission a elle aussi la possibilité de prononcer des sanctions « pour les cas qu'elle estime de peu de gravité » (art. 82, 83 al. 1, 133 de la loi valaisanne sur la santé²³).

²² RS NE 800.100.

²³ RS VS 800.1.

La loi sur la santé attribue différentes missions à la commission, par exemple celle de traiter les plaintes lors d'agissements professionnels incorrects, de violations de droits des patients, de conflits entre professionnels de la santé ou encore d'apprécier l'aptitude d'un soignant à exercer sa profession (art. 83 al. 2 ss loi sur la santé). Ces compétences sont détaillées dans l'ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance²⁴.

Cette ordonnance détermine également la composition de la commission, dont les membres sont nommés par le Conseil d'Etat. Elle comprend ainsi dix membres permanents, dont trois représentants des professions médicales, trois représentants des autres professions de la santé, trois représentants des patients et un juriste. Un membre non permanent exerçant la profession de l'intéressé mis en cause est également nommé (art. 28 al. 2 ss ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance).

La commission peut agir à la demande du département, d'office, sur plainte ou dénonciation, en respectant les dispositions de la procédure administrative, sauf disposition contraire. Quand elle intervient sur la base d'une plainte, elle peut proposer au plaignant de s'adresser préalablement au médiateur si elle « estime qu'un cas se prêterait bien à une médiation » (art. 33 à 36, 41 ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance).

Un médiateur est en effet nommé pour chaque région linguistique du canton, auquel peut s'adresser « le patient qui estime que les droits qui lui sont reconnus (...) n'ont pas été respectés » (art. 60 loi sur la santé, art. 45 ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance).

La législation valaisanne ne précise toutefois pas les critères sur lesquels la commission devrait fonder sa décision de proposer ou non une médiation. Elle n'indique pas non plus si, lorsqu'elle propose qu'un dossier soit traité par ce biais et que la démarche est acceptée par les intéressés, elle conserve la possibilité d'exercer ses tâches de surveillance pour les faits mis en évidence dans la plainte.

L'instruction des cas est menée par une délégation de la commission, dont la composition est décidée par son président, puis examinée par la commission. Cette dernière rend ses préavis à l'intention du département avec une proposition de classement ou de sanction dans les procédures ouvertes pour comportement professionnel incorrect, violations de droits des patients, « affaires de publicité » ou encore, cas échéant, sa détermination sur l'opportunité de retirer, suspendre ou limiter une autorisation de pratique. La commission peut aussi prononcer des sanctions dans les « cas de peu de gravité » (art. 39 et 40 ss ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance).

²⁴ RS VS 811.100.

Selon les informations que nous avons recueillies auprès des autorités sanitaires valaisannes, entre 30 et 40 cas sont traités annuellement par la commission. Les deux tiers donnent lieu à un préavis de cette dernière à l'intention du département (dont un tiers de préavis de sanctions, un tiers de préavis de classement et le dernier tiers de préavis pour d'autres mesures). Le tiers restant se conclut par une décision rendue par la commission elle-même, souvent de non-entrée en matière ou de classement du dossier ; la commission ne prononce que rarement des décisions de sanctions.

Pour leur part, les médiateurs et leurs suppléants, nommés par le Gouvernement, peuvent être saisis par des patients « ayant un différend avec un professionnel de la santé au sujet des droits qui (leur) sont reconnus par la loi », pour tenter de restaurer le dialogue et régler ledit différend. Les médiateurs ne sont pas compétents pour traiter de plaintes portant exclusivement sur les montants d'honoraires (art. 42 à 45 ss ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance).

La législation valaisanne prévoit un processus de médiation au sens propre du terme, selon les modalités prévues aux art. 46 et 47 de l'ordonnance. En cas d'échec de la démarche, le médiateur doit informer le patient de la possibilité de saisir d'autres instances, par exemple la commission.

Selon les informations que nous avons recueillies, une quinzaine de cas environ est traitée annuellement par les médiateurs. Si la loi ne lui en fait pas l'obligation, la commission propose systématiquement la voie de la médiation en cas de plainte déposée par un patient, pour autant que les violations d'obligations professionnelles alléguées paraissent mineures et ne présentent pas un intérêt de santé publique manifeste.

5.7. Vaud

Dans le canton de Vaud, le département en charge de la santé est compétent pour délivrer, suspendre, assortir de conditions et retirer les autorisations d'exercer une profession de la santé (art. 75 ss et 191 de la loi vaudoise sur la santé publique, LSP²⁵).

Il lui appartient également de prononcer des sanctions de caractère disciplinaire, en particulier lors de violations de la législation sanitaire ou de négligences dans l'exercice de la profession, sous réserve des compétences de la commission d'examen des plaintes des patients et des résidents ou usagers d'établissements sanitaires et socio-éducatifs (ci-après : la Commission, art. 191 LSP).

²⁵ RS VD 800.01.

Le Conseil de santé, composé de dix-sept membres²⁶, a parmi de multiples compétences celle de proposer au chef du département, après enquête, les mesures - disciplinaires et en lien avec les autorisations de pratique - à prononcer à l'encontre des professionnels de la santé, sous réserve des compétences confiées à la Commission (art. 12, 13 LSP).

Aux termes de l'art. 15d LSP, cette dernière a pour sa part la double mission d'assurer le respect des droits des patients et résidents de structures sanitaires et socio-éducatives, mais aussi de traiter les plaintes de ces derniers en lien avec la violation de leurs droits. Ainsi doit-elle instruire les plaintes et, « dans la mesure du possible », tenter la conciliation entre les parties. Elle peut aussi prononcer certaines mesures disciplinaires (avertissement, blâme, amende jusqu'à CHF 200'000.-) et ordonner la cessation des violations caractérisées des droits que la législation cantonale reconnaît aux patients et résidents. Elle a également pour compétence de transmettre son préavis au chef du département quand une mesure limitant, conditionnant ou retirant une autorisation de pratique ou d'exploiter doit être prononcée (art. 15 al. 2 et 4 LSP).

La Commission est composée de seize membres²⁷ ; elle peut constituer des sous-commissions d'au minimum trois membres et faire appel si nécessaire à des experts. Elle dispose en outre d'un secrétariat et d'un greffier engagés par le Service de la santé publique (art. 15e LSP).

L'art. 15d al. 5 LSP précise que la Commission exerce également les compétences qui lui sont attribuées par la loi sur les mesures d'aide et d'intégration pour personnes handicapées (LAIH)²⁸, qui régleme - notamment - les mesures d'aide et d'intégration des personnes handicapées ou en grandes difficultés sociales accueillies en établissement socio-éducatif (art. 1 al. 1 LAIH).

La LAIH accorde ainsi à ces dernières la possibilité de déposer une plainte auprès de la Commission de surveillance, mais aussi de s'adresser au « Bureau cantonal de la médiation des patients et des résidents » (art. 6e, 6h al. 2 LAIH).

²⁶ Le chef du département, le médecin cantonal, le procureur général, un médecin professeur de la faculté de biologie et de médecine de l'Université de Lausanne, deux médecins, un médecin-dentiste, un médecin-vétérinaire, un pharmacien, une infirmière, un représentant des assureurs-maladie, un représentant des communes, un représentant des établissements sanitaires reconnus d'utilité publique, trois avocats inscrits au registre cantonal, un membre choisi en dehors des milieux de la santé publique.

²⁷ Deux juristes, dont un président et un vice-président, un représentant d'associations de patients, un représentant d'associations de résidents, un représentant d'associations d'usager, deux médecins, dont un psychiatre, un infirmier, un éducateur, un représentant du domaine social, un représentant du domaine éthique, un représentant de la direction d'un établissement hospitalier, un représentant de la direction d'un établissement médico-social, un représentant de la direction d'une institution socio-éducative, un représentant d'une association du personnel du domaine de la santé, un représentant d'une association du personnel du domaine du social.

²⁸ RS VD 850.61.

La LSP instaure en effet, à son art. 15a, un Bureau cantonal de la médiation santé-handicap, composé d'un médiateur au moins, engagé par le département, et qui ne peut pas être membre de la Commission. Il a pour missions d'informer les patients et résidents de leurs droits, mais aussi de « traiter toute plainte relative à une violation des droits des patients ou des résidents ».

Chaque personne souhaitant se plaindre d'une violation d'un droit que la LSP ou le code civil reconnaît aux patients et résidents peut s'adresser à la Commission ou au Bureau de la médiation, les compétences de l'autorité de protection de l'adulte étant réservées. Si une plainte est adressée à la Commission, cette dernière doit informer son auteur de la faculté de saisir le médiateur (art. 15c LSP).

Lorsqu'il est directement saisi, et que la médiation échoue, le médiateur doit indiquer au plaignant qu'il a la possibilité de s'adresser à la Commission ou une autre instance (art. 15a al. 5 LSP). D'autre part, il a la possibilité de s'adresser au Département « lorsque des faits graves sont allégués qui pourraient avoir un impact sur l'organisation d'un établissement ou d'une institution ou sur la pratique d'un professionnel de la santé (art. 15a al. 8^{bis} LSP).

La LSP prévoit que les procédures devant la Commission et le Bureau de la médiation doivent être simples, rapides et gratuites. En particulier, lorsqu'elle est amenée à se prononcer au sujet d'une plainte en lien avec une violation d'un droit des patients, la Commission doit statuer dans un délai de cinq jours après le dépôt de la requête, pour autant que la mesure contestée n'ait pas déjà cessé. Dans les autres cas, elle doit prononcer sa décision ou son préavis dans un délai de six mois (art. 15c LSP).

Pour les cas urgents, ou lors de violations caractérisées des droits reconnus aux patients et résidents, le règlement sur le Bureau cantonal de la médiation et la Commission d'examen des plaintes (RMéCOP)²⁹ prévoit qu'une sous-commission, composée du Président et d'au moins deux membres, statue sur les dossiers. La décision doit être rendue dans les cinq jours dès réception de la plainte (art. 24 RMéCOP).

Pour sa part, le Conseil de santé est saisi par le Département lorsque ce dernier « apprend des faits de nature à entraîner un retrait de l'autorisation de pratiquer (...) ou une sanction administrative ». Néanmoins, si l'état de fait a trait aux droits des patients et qu'il est susceptible d'aboutir au prononcé d'une sanction disciplinaire, le Département transmet le dossier à la Commission (art. 66 du règlement sur l'exercice des professions de la santé, RPS³⁰).

Les dossiers sont instruits par une délégation du Conseil de santé, composée d'un à trois membres. La délégation procède à l'instruction, puis établit un rapport qui est transmis au président du Conseil de santé. Un délai est fixé à l'intéressé pour faire

²⁹ RS VD 811.03.1.

³⁰ RS VD 811.01.1.

part de sa détermination. Le Conseil de santé statue ensuite, pour autant que sept de ses membres soient présents (art. 68 ss RPS).

En conclusion, la législation vaudoise prévoit des modalités de surveillance de l'exercice des professions de la santé et de l'exploitation des institutions qui diffèrent selon que les faits reprochés aux soignants/institutions constituent des violations de droits des patients/résidents ou d'autres obligations professionnelles. De surcroît, elle exige expressément de la célérité dans le traitement des dossiers lorsqu'une plainte de patient en est à l'origine. Enfin, elle instaure un système de médiation déployant une activité particulièrement conséquente³¹.

5.8. Zurich

Dans le canton de Zurich, le Département en charge de la santé est compétent pour délivrer les autorisations de pratiquer ainsi que pour exercer la surveillance de l'exercice des professions de la santé, en particulier le prononcé de mesures disciplinaires (§3, 18, 58 *Gesundheitsgesetz*, GesG³²).

Selon les professions, le Département recourt au service du médecin cantonal, du dentiste cantonal ou du vétérinaire cantonal, ou encore au service en charge du contrôle des médicaments pour l'exécution de la législation sanitaire (§ 33 *Verordnung über der nichtuniversitären Medizinalberufe*³³ ; § 28 *Verordnung über der universitären Medizinalberufe*³⁴).

La législation sanitaire cantonale zurichoise ne contient pas de précisions particulières quant à la procédure qui doit être suivie par les autorités compétentes en matière de surveillance de l'exercice des professions sanitaires.

Les droits des patients séjournant dans des hôpitaux, institutions de soins et EMS sont réglementés par une loi spécifique (*Patientinnen- und Patientengesetz*³⁵). Cette dernière prévoit que, lors de litiges en lien avec les droits des patients durant un séjour dans une structure publique, une décision dûment motivée soit rendue par cette dernière, sur requête de l'intéressé. Une instance de recours peut ensuite être saisie de cette décision (§ 5 al. 1 *Patientinnen- und Patientengesetz*). Les patients séjournant dans des structures privées doivent, pour leur part, recourir aux voies ordinaires de droit civil (§ 5 al. 2 *Patientinnen- und Patientengesetz*).

³¹ Ses rapports d'activités peuvent être consultés sur le site internet de l'administration vaudoise : <http://www.vd.ch/themes/sante/systeme-de-sante/droits-mediation-et-plaintes/mediation/>

³² RS ZH 810.1.

³³ RS ZH 811.21

³⁴ RS ZH 811.11.

³⁵ RS ZH 813.13.

Lorsqu'ils sont hospitalisés, les patients ont également la possibilité de s'adresser à un organe spécifique. Le conseil de l'hôpital universitaire doit en effet instituer une « *Ombudskommission* », qui est chargée d'aplanir les conflits survenant en son sein, et à laquelle peuvent s'adresser les patients comme les collaborateurs (§ 10 *Statut des Universitätsspitals Zürich*³⁶).

³⁶ RS ZH 813.15.

6. Appréciation et propositions

6.1. Appréciation générale

Le fonctionnement de la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients nous a paru globalement satisfaisant, compte tenu de la nature et de la complexité de ses missions. Nous n'avons pas trouvé d'éléments propres à étayer le reproche, parfois entendu en dehors de la Commission, que celle-ci servirait surtout à « blanchir » les professionnels de la santé mis en cause. En nous fondant sur les entretiens menés avec plusieurs membres de la Commission et sur l'examen d'un échantillon de dossiers anonymisés tranchés par la Commission, nous estimons que cette dernière travaille avec neutralité et sérieux, dans le souci d'éclaircir tous les points potentiellement pertinents d'une affaire et de rédiger des décisions très complètes.

Si l'appréciation générale est ainsi positive, il nous semble cependant qu'un certain nombre de points mériteraient d'être mis en discussion, pour déterminer s'il est opportun (ce qui constitue une appréciation davantage politique que juridique) d'apporter quelques modifications au cadre normatif actuel régissant les activités de la Commission. Nous allons dresser dans un premier temps la liste de ces points, avec une brève mise en perspective, puis nous les développerons dans les paragraphes suivants, en faisant, s'il y a lieu, des suggestions quant aux changements législatifs possibles.

Les principaux points à discuter sont à notre avis les suivants :

1. Le cumul, au sein d'une même Commission, de compétences relevant de la surveillance des professionnels de la santé et des institutions de santé d'une part, de la protection des droits des patients d'autre part, ne nous paraît pas le plus judicieux. Dans les faits, la Commission joue actuellement un rôle quasi exclusif d'autorité disciplinaire. La composition de la Commission (un représentant des patients sur vingt membres), son fonctionnement (aucun cas adressé pour une médiation ; la Commission peut décider valablement en séance plénière en l'absence de tout représentant des patients) et sa perception, aussi bien de l'intérieur (les membres auditionnés la perçoivent comme autorité disciplinaire) que de l'extérieur, pour autant que nous puissions en juger, le démontrent assez clairement.
2. Le rôle et les modalités d'accès à l'instance de médiation devraient à notre avis être repensés. Il s'agit d'un mode alternatif de résolution des litiges potentiellement intéressant (à en juger par certaines pratiques dans d'autres cantons, comme celui de Vaud) pour les patients et les professionnels de la santé, puisque l'on sait que la grande partie des différends qui les opposent trouvent leur origine dans des problèmes de communication.

3. La composition de la Commission nous semble pléthorique. Certes, une telle composition permet de former de nombreuses sous-commissions composées de personnalités venant de milieux fort différents, donne (selon les membres de la Commission entendus) de la crédibilité aux décisions prises aux yeux des professionnels de la santé sanctionnés et assure la disponibilité d'une large palette d'experts qualifiés. En même temps, une Commission composée de vingt membres engendre un travail préparatoire plus important, des séances plénières « surpeuplées » et, de manière générale, un fonctionnement probablement plus lourd et moins efficace.

4. La charge de travail des sept sous-commissions est actuellement très variable, certaines sous-commissions étant peu, voire très peu sollicitées. Or, chaque sous-commission est formée de quatre ou cinq membres, un nombre que nous trouvons également très élevé pour un organe chargé de mener une instruction et de préparer un préavis à l'intention de la Commission plénière.

5. La répartition des cas entre le service du médecin cantonal, le service du pharmacien cantonal et la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients ne se fait pas selon une procédure ou des critères explicitement formalisés. La question se pose donc de savoir si cette incertitude est préjudiciable au bon fonctionnement ou à l'efficacité de la Commission.

6. Les affaires disciplinaires impliquant un reproche de violation des règles de l'art adressé à un professionnel de la santé semblent être parmi les plus compliquées à instruire et les plus longues à résoudre. En particulier, la distinction entre des erreurs qui ne justifieraient pas le prononcé d'une sanction disciplinaire et des fautes qui, en tant que violation grossière ou répétée des règles de l'art, posent une réelle question de surveillance disciplinaire, n'est pas aisée. Peut-être devrait-elle donc être repensée.

7. Un des principes fondamentaux que doit garantir une autorité disciplinaire dans ses décisions est le respect de l'égalité de traitement. La mémoire collective, sur laquelle, d'après nos auditions, la Commission semble se reposer, est sans doute un mode de fonctionnement pragmatique généralement satisfaisant. Mais la mémoire humaine n'est pas infaillible et les membres d'une Commission changent. Pour mieux garantir l'égalité de traitement dans les décisions rendues, il pourrait se révéler utile que la Commission établisse une banque de données dans laquelle elle pourrait aller puiser au besoin et, simultanément, publie systématiquement sa jurisprudence en ligne.

6.2. Le cumul des compétences

Le cumul, au sein d'une même Commission, de compétences relevant de la surveillance des professionnels de la santé et des institutions de santé d'une part, de la protection des droits des patients d'autre part, ne se retrouve pas dans tous les cantons. D'autres modèles existent, comme nous l'avons succinctement montré dans l'exposé des systèmes d'autres cantons.

A notre avis, la fonction d'autorité de surveillance disciplinaire des professions de la santé et des institutions de santé devrait être bien distinguée de celle liée au respect des droits des patients.

Dans sa fonction disciplinaire, l'autorité doit veiller à ce qu'un professionnel qui a démontré des lacunes ou des défauts susceptibles de mettre en péril l'exercice correct de sa profession soit sanctionné, tout en respectant le principe de proportionnalité. L'objectif est de maintenir la confiance générale du public dans les professions de la santé et de prévenir si possible la répétition de comportements professionnels inadéquats. C'est pourquoi, dans les cas les plus graves, la sanction peut aller jusqu'à une suspension temporaire ou un retrait de l'autorisation de pratiquer. Certes, on protège ainsi, indirectement, les droits des patients aussi, mais en tant que collectivité abstraite de patients, et non pas en tant qu'individus directement touchés par une situation. L'attention est focalisée sur le comportement professionnel incorrect, non pas sur la personne qui dans un cas concret en a été victime.

La fonction de faire respecter les droits des patients prend selon nous une connotation différente, davantage liée à un patient particulier dont les droits ont été violés. L'objectif premier est que les droits de chaque patient soient respectés et que des mesures soient prises pour, dans chaque cas individuel, restaurer si possible une situation conforme aux droits de ce patient (par exemple en intimant l'ordre à un professionnel de la santé de laisser un patient consulter son dossier). Certes, chaque patient a les mêmes droits que tous les autres, de sorte que les mesures prises pour faire respecter les droits d'un patient particulier servent indirectement toute la collectivité des patients. Mais l'attention est focalisée d'abord sur la situation individuelle et sur le patient dont les droits n'ont pas été respectés.

Comme nous l'avons déjà écrit, la Commission joue actuellement dans les faits un rôle quasiment exclusif d'autorité disciplinaire, qui correspond du reste bien à la composition de la Commission décidée par le législateur et à la manière dont la Commission remplit concrètement ses missions. Ce rôle est aussi celui perçu par ses propres membres et par le monde extérieur. En tenant ces propos, nous ne voulons évidemment pas émettre de doutes sur l'importance des droits des patients, ni d'ailleurs sur le fait que les membres de la Commission les connaissent et en tiennent compte au besoin dans l'exercice de leur fonction de surveillance.

Le nom de la Commission (Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients) nous paraît donc propre à susciter une certaine confusion et à générer des attentes excessives de la part des patients. C'est pourquoi il nous paraîtrait préférable de scinder les deux fonctions et de les attribuer à deux organes différents. Une telle scission aurait des répercussions aussi sur la composition de la Commission ainsi que sur certaines modalités de son fonctionnement. Elle impliquerait par conséquent de revoir assez fondamentalement toute la LComPS, à commencer par l'art. 1.

6.3. L'instance de médiation

Dans le prolongement de ce que nous venons d'écrire au sujet du cumul des compétences de la Commission et de l'opportunité de scinder la fonction disciplinaire et celle de faire respecter les droits des patients, le rôle et les modalités d'accès à l'instance de médiation devraient à notre avis être repensés. L'instance de médiation devrait acquérir une autonomie par rapport à la Commission remplissant un rôle disciplinaire, sans que sa saisine passe au préalable par une décision de la Commission.

La médiation est un mode alternatif de résolution des litiges qui a selon nous sa place à côté des tribunaux civils et pénaux que le patient peut toujours saisir quand il estime que ses droits n'ont pas été respectés. Les expériences menées dans d'autres cantons, spécialement dans les cantons de Vaud et du Valais, tendent à soutenir l'utilité d'une telle instance. Certes, le nombre de cas médiés n'est pas extrêmement élevé, mais ces cas trouvent une issue certainement meilleure aux yeux des deux parties que celle qui intervient au terme d'une longue bataille judiciaire.

L'accès à l'instance de médiation par les patients devrait être ouvert de manière simple et directe et en parallèle à l'accès à la Commission de surveillance, avec des garanties que l'affaire traitée par l'instance de médiation ne soit pas automatiquement communiquée à la Commission de surveillance. L'absence quasi-totale de recours à la médiation dans le fonctionnement actuel de la Commission n'est pas un argument pour renoncer à une telle instance : d'une part, les affaires portées devant la Commission sont pour la plupart teintées par la perception du rôle d'autorité de surveillance de cette dernière ; d'autre part, les membres de la Commission qui ont été auditionnés ont presque tous fait part d'un (parfois grand) scepticisme par rapport à la médiation.

La consécration dans la législation d'une instance de médiation indépendante de la Commission impliquerait aussi de revoir assez fondamentalement la LComPS, dont plusieurs articles devraient être modifiés. L'insertion des dispositions légales relatives à la médiation dans une LComPS rebaptisée et modifiée, dans une autre loi

spéciale ou dans la loi sur la santé devrait être évaluée, notamment en fonction du modèle qui serait retenu.

6.4. La composition de la Commission

Même avec ses deux compétences actuelles, la Commission nous semble présenter une composition pléthorique. La présence de vingt membres permet certes de former plusieurs sous-commissions mais ces dernières, actuellement formées de quatre ou cinq membres, nous paraissent également avoir trop de membres pour des organes chargés d'instruire les affaires. De plus, organiser des séances plénières avec vingt personnes semble une luxuriance que même la plus haute juridiction du pays ne se permet pas. Nous doutons, en tous les cas, de l'efficacité d'une Commission composée d'un nombre aussi élevé de membres.

La grande diversité des professions représentées au sein de la Commission enrichit sans doute le débat, mais la Commission n'est pas un organe de délibération éthique où la variété des points de vue est un gage de la qualité des opinions qui sont émises. La Commission est une autorité de surveillance qui doit veiller à rendre des décisions dans des délais acceptables pour les plaignants comme pour les professionnels impliqués. Une composition aussi large et variée de la Commission ne nous paraît donc pas nécessaire à son bon fonctionnement. Nous suggérons dès lors d'examiner l'opportunité de réduire le nombre de membres de la Commission et de réduire aussi le nombre de sous-commissions, en répartissant mieux le travail entre elles, de manière à ce qu'elles aient approximativement toutes la même charge de travail.

Il est difficile d'apprécier en amont l'ensemble des répercussions qu'aurait un allègement de la composition de la Commission. Pour combler le manque d'expertise qui résulterait, peut-être, d'une composition allégée de la Commission, il serait envisageable de recourir ponctuellement à des experts, non pas pour leur demander de véritables expertises comme dans les procès en responsabilité médicale, mais un avis d'expert sur une problématique précise. La charge de travail des membres s'accroîtrait certainement, mais elle pourrait aussi être répartie de manière plus équilibrée, puisque l'on sait qu'aujourd'hui, la charge de travail des sept sous-commissions est très variable, certaines sous-commissions étant peu, voire très peu sollicitées. L'éventuelle difficulté de fixer des séances, par manque de disponibilité, compte tenu du nombre réduit de membres qui entraînerait pour chacun une charge accrue et la nécessité de participer à davantage de séances devrait aussi être évaluée. De même, il faudrait vérifier qu'un nombre réduit de membres de la Commission n'entraîne pas une charge de travail administratif excessive pour le greffe et la Direction de la Commission. Sur ces différents points, nous ne disposons pas de suffisamment d'éléments pour parvenir à des conclusions tranchées. Il appartiendrait au

département compétent de procéder à ces évaluations, y compris aux répercussions sur le coût global de fonctionnement de la Commission.

6.5. La répartition des cas

La répartition des cas entre le service du médecin cantonal, le service du pharmacien cantonal et la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients est décidée actuellement de manière pragmatique par le bureau de la Commission, sans que la législation ne fixe le moindre critère. Le seul élément législatif donnant une vague orientation tient au moindre pouvoir sanctionnateur du médecin cantonal et du pharmacien cantonal par rapport à celui dont dispose la Commission. On peut en déduire que les affaires les plus graves doivent être laissées à la Commission.

A l'issue de l'examen du cadre législatif applicable, nous pensons qu'il s'agissait là d'une lacune à combler. Après avoir entendu les membres de la Commission, spécialement son président, le médecin cantonal et le pharmacien cantonal, ce mode pragmatique de répartition des cas entre autorités disciplinaires nous semble fonctionner de manière satisfaisante, en assurant une nécessaire transmission d'informations entre les trois organes de surveillance. Finalement, il ne nous paraît donc pas prioritaire de proposer sur ce point des modifications formelles de la législation existante.

On notera au passage que le secret de fonction s'oppose en revanche à une transmission d'informations par la Commission, concernant des professionnels de la santé dénoncés devant elle, à l'Association des médecins de Genève, transmission que semblait souhaiter lors de son audition le représentant de l'AMG. Bien que l'AMG ait une commission interne qui puisse prendre des sanctions envers ses membres qui auraient violé des obligations légales ou déontologiques, elle ne dispose d'aucun droit à être informée des procédures disciplinaires ouvertes par la Commission ou le médecin cantonal contre un médecin, fût-il membre de l'AMG.

6.6. Les affaires impliquant une violation des règles de l'art

Comme nous l'avons déjà souligné, les affaires disciplinaires dans lesquelles un reproche de violation des règles de l'art est adressé à un professionnel de la santé semblent être parmi les plus compliquées à instruire et les plus longues à résoudre. Selon les informations recueillies lors des auditions, la Commission a développé une pratique s'appuyant sur une distinction entre des erreurs professionnelles, qui ne justifieraient pas le prononcé d'une sanction disciplinaire, et des fautes professionnelles

qui, en tant que violations grossières ou répétées des règles de l'art, poseraient une réelle question de surveillance disciplinaire.

Pareille distinction ne semble pas aisée à faire dans la pratique, notamment parce qu'elle demande d'élucider des faits souvent complexes et controversés et parce que le passage de l'erreur à la faute ne correspond pas à une frontière très claire. Elle oblige la Commission à faire une instruction parfois longue du dossier avant d'être en mesure de rendre une décision. En outre, elle soulève la question de savoir quels types de manquements professionnels justifient vraiment le prononcé d'une sanction disciplinaire

La distinction faite par la Commission nous fait davantage penser à la distinction opérée dans le droit de la responsabilité civile entre des fautes ordinaires (soit des comportements qui peuvent arriver à tout professionnel) et des fautes graves (soit des comportements qui ne doivent pas arriver à un professionnel, parce qu'ils violent des précautions élémentaires qui permettent d'éviter le résultat dommageable survenu). En droit de la responsabilité civile, la distinction n'a pas d'influence sur le principe de la responsabilité, toute faute engageant en principe la responsabilité de son auteur. Mais cette distinction peut s'avérer importante, par exemple en matière d'action récursoire que pourrait ouvrir le canton ou l'établissement hospitalier public à l'encontre d'un agent de l'Etat qui aurait causé un dommage intentionnellement ou par négligence grave, ou encore en lien avec l'étendue de la couverture d'assurance de responsabilité civile.

La plupart des cas susceptibles d'engager la responsabilité civile d'un professionnel de la santé relèvent de la première catégorie (fautes non graves). Ces comportements ne justifient à notre avis pas une sanction disciplinaire, à moins qu'il s'agisse de manquements répétés, la répétition leur faisant précisément acquérir ce caractère de gravité. La référence à la notion de faute grave en responsabilité civile permettrait probablement à la Commission de simplifier sa pratique par rapport aux éventuelles sanctions disciplinaires à l'encontre d'un professionnel de la santé qui est accusé d'avoir violé les règles de l'art. La faute grave se définissant comme la violation de précautions élémentaires qui permettraient d'éviter la survenance d'un dommage (par exemple les vérifications d'identité et d'indications pour éviter des opérations sur le faux patient ou le faux site opératoire ou encore le décompte de compresses et outils chirurgicaux pour éviter leur oubli dans le champ opératoire), elle peut généralement être établie de manière relativement aisée, sans avoir à recourir à de longues expertises.

6.7. L'égalité de traitement

La difficulté de respecter l'égalité de traitement dans les sanctions disciplinaires prononcées contre les professionnels de la santé dénoncés a été évoquée lors des au-

ditions. Il est évident qu'une autorité disciplinaire doit respecter l'égalité de traitement dans ses décisions. La mémoire individuelle ou collective, sur laquelle, d'après nos auditions, la Commission semble se reposer, est probablement un mode de fonctionnement pragmatique et généralement satisfaisant. Mais la mémoire humaine n'est pas infaillible et les membres d'une Commission peuvent changer, comme les personnes composant son greffe.

Dans cette optique, il pourrait se révéler utile que la Commission établisse une banque de données dans laquelle elle pourrait aller puiser au besoin les informations relatives à la nature et à la quotité des peines disciplinaires prononcées dans certains types de situations contre des professionnels de la santé. L'élaboration d'une telle banque de données permettrait aussi à la Commission de mettre en ligne sa jurisprudence (en préservant l'identité des personnes impliquées), à disposition des professionnels de la santé, des avocats et du grand public. Ceci aurait pour bénéfice collatéral d'accroître la transparence de la pratique de la Commission et, peut-être, de créer une légère pression pour réduire la durée des procédures. En tout cas, la Commission aurait ainsi la possibilité de gagner la confiance du public, à travers la transparence et la pertinence de ses décisions.

7. Brève conclusion

Les modèles de surveillance disciplinaire des professionnels de la santé et des institutions de santé varient assez considérablement d'un canton à l'autre, en ce qui concerne notamment la nature, la composition, les compétences et le fonctionnement des autorités disciplinaires. Il n'est pas possible d'affirmer *a priori* la supériorité d'un modèle sur un autre. Une étude détaillée des pratiques cantonales, évaluées à l'aune de critères déterminés à l'avance serait nécessaire pour arriver à de telles conclusions.

Le modèle genevois correspond à un modèle mis en place, avec des variantes, dans plusieurs cantons romands à une époque où les cantons légiféraient en détail sur les droits des patients et se préoccupaient de mettre en place des organes et des procédures autrefois inexistantes pour les faire respecter en pratique. Les activités de surveillance des professionnels de la santé ont ainsi été combinées avec les activités de protection des droits des patients.

Comme nous l'avons relevé, il nous semble que ces deux activités gagneraient à être séparées. Mais une telle scission est, en fin de compte, une décision politique bien plus que juridique. Elle présente le mérite à nos yeux de clarifier les fonctions des instances compétentes et de ne pas brouiller leur image auprès du public.

En même temps, la scission des missions entraînerait une série de répercussions sur des questions concrètes réglées dans la législation cantonale, comme la composition de la Commission de surveillance et certaines modalités de son fonctionnement ainsi que sur le rôle de l'instance séparée de protection des droits des patients.