

Médecin salarié et médecin employeur

9.1 Le médecin employé par un hôpital ou dans un cabinet

Le médecin qui accepte un emploi auprès d'un hôpital ou dans un cabinet doit s'intégrer au sein de la structure concernée. Il bénéficie, en contrepartie, de la protection sociale dont jouissent les employés et n'a pas à conclure une assurance responsabilité civile professionnelle, pour autant qu'il ne traite pas de patients en son nom propre et pour son propre compte.

Intégration au sein de l'entreprise

En sa qualité d'employeur et de fournisseur de prestations au sens du droit des assurances sociales, l'hôpital est responsable tant vis-à-vis de ses partenaires contractuels⁶⁰³ (patients, fournisseurs, etc.) que vis-à-vis des tiers⁶⁰⁴, et plus particulièrement de la famille du patient. Il répond de l'organisation efficace et sûre de l'entreprise, notamment de la diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance de ses employés. Cela signifie que:

- Quiconque travaille à l'hôpital en tant que médecin-assistant ou chef de clinique doit accepter d'être subordonné, tant sur le plan professionnel que sur le plan organisationnel, à un supérieur hiérarchique. À cet égard, l'employeur a une obligation d'assistance envers l'employé. Les médecins-assistants et les chefs de clinique sont soumis à la Loi sur le travail, notamment en ce qui concerne la durée maximale du temps travail.
- S'il est vrai que le médecin dirigeant et le médecin-chef travaillent sans être liés par des instructions sur le plan professionnel, ils sont en revanche, eux aussi, subordonnés à l'entreprise sur le plan organisationnel.

Responsabilité de l'entreprise du fait de ses employés sous l'angle du droit civil

L'entreprise, c'est-à-dire l'hôpital ou le cabinet de groupe constitués sous la forme juridique de personnes morales, répond au premier chef des dommages-intérêts ou de la réparation du tort moral si les collaborateurs viennent à commettre une erreur thérapeutique. En cas de faute grave et dans certaines circonstances, l'employeur se retournera néanmoins contre le travailleur fautif à hauteur du dom-

603 Art. 101 CO, Responsabilité pour des auxiliaires.

604 Art. 55 CO, Responsabilité de l'employeur.

mage qu'elle a indemnisé. Il est toutefois important que le médecin salarié veille à ce que la direction de l'entreprise traite les cas de responsabilité de manière compétente et constructive. En effet, si des dommages-intérêts sont versés sans motif, la réputation professionnelle du médecin salarié en pâtit inutilement. À l'inverse, si le versement de dommages-intérêts est refusé en dépit d'une faute thérapeutique avérée et du dommage qui en résulte, le médecin s'expose à un retour de manivelle sous forme de plainte pénale déposée par le patient contrarié.

Responsabilité pénale personnelle pour les fautes propres

Le droit pénal est régi par le principe selon lequel chacun répond de ses propres fautes. Dans un tel cas, le médecin salarié doit mandater son propre avocat. La FMH est d'avis que l'hôpital devrait prendre à sa charge une partie au moins des honoraires d'avocat. L'ASMAC offre en outre la possibilité d'adhérer à une assurance collective de protection juridique qui couvre entre autres les frais de défense pénale.

Responsabilité disciplinaire et administrative dans les hôpitaux publics

Les hôpitaux publics font partie de la collectivité. En cas d'irrégularité ou de faute, il peut s'avérer judicieux que le canton ou la commune, en leur qualité de propriétaires, ouvrent une enquête disciplinaire ou administrative contre les collaborateurs et/ou l'établissement afin de déterminer s'il y a eu violation d'une obligation de comportement ou dysfonctionnement.

Responsabilité déontologique de tous les membres de la FMH

Le Code de déontologie de la FMH s'applique également aux médecins salariés (voir chap. 2.4). Il exige que le patient sache à qui il confie le mandat thérapeutique: est-il le patient stationnaire de l'hôpital ou de la polyclinique? Ou conclut-il le mandat thérapeutique avec le médecin dans le cadre de ses consultations de médecin dirigeant? C'est pourquoi, les médecins salariés doivent, eux aussi, surtout s'ils occupent la fonction de médecin-chef, s'employer à ce que les inscriptions dans l'annuaire téléphonique, les panneaux d'information de l'hôpital, les adresses des cliniques et des locaux, ainsi que les indications figurant sur les factures adressées aux patients concordent.

Le Code de déontologie exige par ailleurs que la continuité du traitement soit aussi assurée, dans la mesure du possible, par les médecins salariés.⁶⁰⁵

605 Art. 9 du Code de déontologie de la FMH.

Assurances sociales et impôts

Tout salarié bénéficie automatiquement de la couverture d'une série d'assurances sociales, parmi lesquelles l'assurance-vieillesse et survivants, la prévoyance professionnelle, l'assurance-accidents (professionnelle) et l'assurance-chômage. En outre, le salarié a droit à son salaire pendant une durée déterminée en cas d'incapacité de travail et d'absence pour formation continue, service militaire, etc.

L'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie étant facultative en Suisse, il est judicieux de demander, lors de l'entretien d'embauche, si l'employeur conclut une telle assurance pour ses employés. S'il prend lui-même en charge le risque de continuation du paiement du salaire, ses obligations en la matière ne durent que quelques semaines en droit privé, alors que les assurances d'indemnités journalières prennent en charge l'incapacité de travail pendant une durée plus longue (normalement jusqu'à 720 jours), afin de couvrir le risque financier d'une incapacité de gain jusqu'au versement éventuel d'une rente AI. Dans les hôpitaux publics, les cantons peuvent prévoir que l'hôpital prenne à sa charge une incapacité de travail plus longue même en l'absence d'assurance d'indemnités journalières.

Le salarié dispose d'une marge de manœuvre réduite en matière de planification fiscale: il ne peut en principe déduire ni véhicule d'entreprise ni repas professionnels de ses impôts, s'acquitte de ces derniers à son lieu de domicile, et n'a pas la possibilité de compenser d'une année à l'autre la charge fiscale grevant son revenu avec des investissements professionnels échelonnés et un amortissement bien pensé du goodwill. L'employeur peut toutefois négocier avec l'autorité fiscale des règlements forfaitaires qui accordent une certaine marge de manœuvre, notamment aux cadres. Depuis 2016, les frais de formation postgraduée financés par l'intéressé lui-même sont déductibles. «Au niveau de la Confédération, le montant maximal déductible s'élève à 12 000 francs par période fiscale. Les cantons sont libres de fixer leur propre limite supérieure pour les impôts cantonaux. La nouvelle déduction ne s'applique pas seulement comme jusqu'à présent aux frais de perfectionnement, mais est valable pour tous les frais de formation et de reconversion professionnelle.»⁶⁰⁶

Droit pénal de la corruption dans les hôpitaux ou les maisons de retraite

Dans les établissements publics s'applique le droit pénal de la corruption révisé figurant dans le Code pénal: un fonctionnaire se rend coupable de corruption s'il exige, se fait promettre ou accepte «un avantage indû» en sa faveur ou en la faveur d'un tiers, «pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir

⁶⁰⁶ Communiqué «La modification de la déduction fiscale des frais de formation et de perfectionnement est valable à partir de 2016», www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-52679.html

d'appréciation». ⁶⁰⁷ Enfin, en ce qui concerne les médecins indépendants travaillant en clinique privée, les dispositions de la LCD relatives à la corruption privée peuvent s'avérer pertinentes.

C'est pourquoi, dans les hôpitaux publics et dans les maisons de retraite, les contrats de recherche et le sponsoring par l'industrie de l'organisation et de la participation à des congrès doivent souvent être publiés en interne, voire, selon les règlements, être approuvés par un comité. Les mêmes règles s'appliquent aux médecins indépendants ou aux médecins EMS d'établissements privés lorsqu'ils codirigent la politique d'achat des médicaments de l'établissement. ⁶⁰⁸

Systèmes d'incitation fondés sur le volume de prestations

Depuis l'introduction du nouveau financement hospitalier, la prolifération des systèmes d'incitation fondés sur le volume de prestations a augmenté dans les hôpitaux suisses. La FMH s'oppose à de tels systèmes car ils poussent les médecins à traiter inutilement des patients. ⁶⁰⁹ Selon la FMH, le Serment suisse des médecins, élaboré par différents groupes de médecins, doit protéger les patients contre les mauvaises incitations économiques tels que les bonus dépendant du volume de prestations ou les plafonds budgétaires. En 2017, un groupe d'experts mandatés par le Conseil fédéral a proposé, dans son rapport, que les cantons suppriment les hôpitaux disposant de tels instruments de leurs listes hospitalières. Le projet mis en consultation par le Conseil fédéral le 14 septembre 2018 ⁶¹⁰ n'a pas repris cette proposition. Le Conseil d'État zurichois veut en revanche interdire les bonus fondés sur le volume de prestations dans sa Loi sur les hôpitaux. ⁶¹¹

607 Art. 322^{ter} CP.

608 Art. 4a al. 1 let. b LCD; voir également l'arrêt du Tribunal fédéral (2C_269/2011) du 22 septembre 2011.

609 Beatrix Meyer, Bonus – la position de la FMH, BMS 2013;94: 51/52, p. 1935 à 1937.

610 www.ofsp.admin.ch → Assurances → Assurance-maladie → Projets de révision en cours → 1^{er} volet de mesures visant à maîtriser les coûts.

611 Jan Hudec in NZZ du 22 mars 2019: Le directeur de la santé veut tenir en laisse les hôpitaux zurichois afin de lutter contre l'offre excédentaire. Fixation du nombre d'opérations, interdiction des bonus pour les médecins et amendes plus élevées: le Conseil d'État zurichois veut renforcer drastiquement la Loi sur les hôpitaux.

9.2 Le médecin indépendant: ouverture, reprise et fermeture de cabinet

Une autorisation cantonale de pratiquer (droit de pratique) est indispensable pour ouvrir ou reprendre un cabinet médical et y pratiquer la médecine. Les conditions de reprise doivent être fixées contractuellement entre les médecins, y compris la manière dont les dossiers médicaux (DM) seront traités. Le médecin doit en outre obtenir du canton une admission de pratique (admission à facturer) à charge de l'assurance obligatoire des soins (AOS) s'il veut pouvoir facturer ses prestations à l'assurance de base.

Autorisation de pratiquer

L'exploitation d'un cabinet médical nécessite une autorisation de pratiquer (AP). Cette autorisation de police sanitaire est aussi qualifiée, dans le langage courant, d'«autorisation d'exercer» ou de «droit de pratique». Délivrée par l'autorité sanitaire cantonale, elle habilite le médecin à pratiquer sa profession à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité professionnelle. Les conditions d'obtention de cette autorisation de pratiquer figurent dans la Loi sur les professions médicales (LPMéd)⁶¹², dont l'exécution relève des cantons. Les cantons sont habilités à imposer des conditions additionnelles à celles de la LPMéd, dans la mesure où ces restrictions sont nécessaires pour garantir des soins médicaux fiables et de qualité.⁶¹³ C'est ainsi que le médecin devra obtenir une autorisation de pratiquer pour chaque canton dans lequel il souhaite exercer. Une révision de la LPMéd entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2018⁶¹⁴ a remplacé la notion d'exercice «à titre indépendant» avec celle d'exercice «à titre d'activité économique privée, sous sa propre responsabilité professionnelle». Il en découle qu'un plus grand nombre de médecins, en particulier salariés, sont désormais concernés par l'obligation d'être titulaire d'une autorisation de pratique.⁶¹⁵ La révision de la LPMéd a en outre introduit l'obligation pour les médecins de disposer des connaissances linguistiques nécessaires à l'exercice de la profession (cf. chap. 2.1–2.3), et de s'enregistrer dans le registre des professions médicales MedReg (cf. chap. 2.2).

Traitement de patients à charge de la LAMal, gel des admissions et numéro RCC

L'autorisation de pratiquer décrite ci-dessus, autorisation de police sanitaire visant un but de santé publique, est à distinguer de l'admission de pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins (AOS), qui poursuit quant à elle un but d'économicité (admission à facturer). Sans cette dernière, les médecins peuvent

612 Art. 36 LPMéd.

613 Art. 37 LPMéd.

614 RO 2015 5081, 2017 2703; FF 2013 5583.

615 Voir à ce propos Thomas Gächter / Gregori Werder, *Gesundheitsberufe 2020 – eine stille Revolution?*, *Pflegerecht* 2019 p. 2.

pratiquer leur profession mais ne sont pas habilités à facturer leurs prestations à l'assurance obligatoire des soins (LAMal). En pareil cas, seules les assurances privées, l'assurance-accident, l'assurance-invalidité ou l'assurance-militaire acceptent de couvrir leurs prestations. La nécessité de disposer d'une autorisation de pratiquer à charge de l'AOS découle du gel des admissions, prévu à l'art. 55a LAMal, permettant aux cantons de limiter le nombre de médecins pratiquant à charge de l'AOS sur leur territoire. Ce gel des admissions, souvent appelé «clause du besoin», a été introduit le 1^{er} janvier 2001, abrogé 1^{er} janvier 2012 puis réintroduit le 1^{er} juillet 2013 et prolongé à deux reprises depuis lors, actuellement jusqu'au 30 juin 2021.⁶¹⁶ Comme pour l'autorisation de pratiquer de police sanitaire, le médecin doit obtenir une admission de pratiquer à charge de l'AOS pour chaque canton dans lequel il souhaite exercer⁶¹⁷. Le gel des admissions ne s'applique toutefois pas aux médecins, toutes disciplines confondues, qui ont déjà été autorisés à pratiquer avant le 1^{er} juillet 2019 et ont traité des patients en leur propre nom et sous leur propre responsabilité à charge de l'assurance-maladie ainsi qu'aux médecins, toutes disciplines confondues, qui ont travaillé au moins 3 ans dans un établissement de formation postgraduée suisse reconnu.

Une réglementation définitive est en cours de discussion au Parlement. La FMH soutient la volonté de préciser et de renforcer partiellement les exigences prévues aujourd'hui dans la LPMéd et souhaite une gestion de l'admission transparente reposant sur des critères de qualité.⁶¹⁸

Outre l'admission de pratiquer à charge de l'AOS, le médecin doit également obtenir un numéro RCC (registre des codes-créanciers) conformément à la convention-cadre LAMal conclue entre la FMH et santésuisse⁶¹⁹. Le numéro RCC n'est certes qu'un simple numéro technique facilitant la facturation, mais selon le Tribunal fédéral, lorsqu'elle attribue un numéro RCC santésuisse assume une obligation de droit public des assureurs-maladie de vérifier les conditions auxquelles le médecin peut facturer ses prestations à l'AOS. Pour cette raison, le Tribunal fédéral considère que le tribunal arbitral des assurances est compétent pour statuer sur les litiges opposant santésuisse aux fournisseurs de prestations LAMal

616 LF du 17 juin 2016, RO 2016 2265; FF 2016 3359 et LF du 14 décembre 2018, FF 2018 7871.

617 Le médecin peut ainsi avoir plusieurs RCC s'il travaille dans différents cantons, et a obtenu les admissions correspondantes à facturer à charge de l'AOS.

618 www.fmh.ch → FR → Politique & médias → Dossiers politiques → Gestion des admissions.

619 Sur mandat de santésuisse, SASIS SA (filiale de santésuisse) a la compétence d'attribuer les numéros RCC dans toute la Suisse.

auxquels santéuisse a refusé d'attribuer un numéro RCC⁶²⁰. En ce qui concerne l'AI, la centrale de compensation CdC attribue un numéro NIF (numéro d'identification fournisseur). L'adresse de paiement est liée à ce numéro.⁶²¹

Reprise d'un cabinet médical⁶²²

La reprise d'un cabinet médical doit faire l'objet d'un contrat entre le médecin cédant et le médecin repreneur. Les termes de l'accord doivent être clairement définis par les parties. À cette fin, il leur est conseillé de dresser un inventaire des équipements du cabinet, des instruments et des médicaments repris.

Lors de la détermination du prix d'achat du cabinet, il convient de distinguer l'évaluation de l'inventaire et le goodwill. Alors que l'inventaire peut être évalué sur la base de critères objectifs, il n'existe aucune solution reconnue concernant le goodwill, auquel s'appliquent les lois du marché. Une expertise peut toutefois servir de base de discussion aux parties et faciliter la conclusion du contrat.

Les contrats de travail conclus avec le personnel employé par le cabinet continuent en principe de déployer leurs effets.⁶²³ Si le médecin reprenant le cabinet ne souhaite pas reprendre le personnel, le médecin cédant doit résilier les contrats de travail du personnel avant toute reprise, en respectant les délais de congé contractuels. De même, si le personnel refuse de continuer à travailler pour le médecin repreneur, le médecin cédant doit résilier les rapports de travail en respectant les délais légaux. Enfin, si le médecin repreneur reprend le personnel, il sera bien avisé de vérifier que les salaires sont à jour au moment de la reprise, car il répond de leur paiement solidairement avec le médecin cédant⁶²⁴.

Lorsque les locaux occupés par le cabinet sont loués, le transfert du bail nécessite l'accord écrit du bailleur. Celui-ci ne peut cependant refuser son accord que pour des motifs importants.⁶²⁵

620 ATF 132 V 303.

621 www.cdc.admin.ch → FR → Page d'accueil → Partenaires et Institutions → Paiement des prestations individuelles AVS/AI → Information à l'attention des fournisseurs de prestations. L'interaction entre ces numéros et la Loi fédérale du 18 juin 2010 sur le numéro d'identification des entreprises (LIDE) n'est pas claire. Conformément à l'art. 5 LIDE, médecins et hôpitaux devraient aussi pouvoir s'identifier à l'égard des assureurs sociaux en indiquant simplement leur numéro IDE.

622 La FMH met gratuitement à la disposition de ses membres une série de contrats-types relatifs à l'ouverture et à la reprise de cabinets sur la plateforme myFMH.

623 Art. 333 CO.

624 Art. 333 al. 3 CO.

625 Art. 263 CO.

En cas de remise du cabinet médical en raison de cessation d'activité du médecin cédant, les mandats thérapeutiques confiés par les patients à ce dernier prennent fin. Le médecin reprenneur ne peut dès lors avoir accès aux dossiers médicaux que le médecin cédant lui transfère que s'il a conclu une nouvelle relation contractuelle avec les patients. Il ne peut dès lors avoir accès aux dossiers médicaux (DM) que le vendeur lui transfère qu'avec l'accord des patients.⁶²⁶ Dans cette situation, le principe dit «des deux armoires» permet de garantir le respect du secret professionnel et la sécurité. La première armoire renferme les DM des patients ayant consenti, sous une forme ou sous une autre, à la reprise de leur dossier et à un nouveau mandat thérapeutique avec le médecin reprenneur. Ce consentement prend en général la forme d'un rendez-vous que le patient fixe avec le médecin reprenneur. Le médecin cédant peut également faire une mention explicite de l'accord du patient dans le dossier médical, par exemple lors d'une des dernières consultations. La seconde armoire contient les DM des patients qui n'ont pas encore consenti au transfert de leur dossier et de la relation thérapeutique vers le médecin reprenneur. Les mêmes règles s'appliquent en principe à la tenue électronique du DM (cf. chap. 3.7). Le médecin reprenneur doit s'assurer que les données et leurs supports ne soient pas endommagés, et qu'aucune personne n'y ait accès sans y avoir été autorisé pendant la durée de l'obligation légale de conserver les données.

Le cabinet médical en tant que personne morale

L'essor des cabinets de groupe implique des formes d'organisation plus complexes que par le passé, et pose la question de la structuration des cabinets médicaux sous la forme de personnes morales (avant tout sociétés anonymes ou sociétés à responsabilité limitée).

La LAMal a ancré dans le droit fédéral le principe selon lequel les médecins ont le droit d'exploiter des centres HMO et autres institutions de soins ambulatoires dispensés par des médecins.⁶²⁷ En effet, l'art. 36a LAMal est également applicable aux personnes morales qui emploient des médecins sans pour autant être organisées sous forme de centre HMO.⁶²⁸ Bien que la LAMal admette que des personnes morales puissent facturer leurs prestations à la charge de l'AOS,⁶²⁹ il appartient aux cantons de décider si une personne morale peut gérer un cabinet médical.⁶³⁰

626 En reprenant les dossiers médicaux (DM), le nouveau propriétaire du cabinet reprend également l'obligation de les conserver.

627 Art. 36 et 36a LAMal.

628 Arrêt du Tribunal fédéral 9C_701/2008 du 20 avril 2009, cons. 4.3.

629 C'est ainsi l'institution qui aura son propre numéro RCC, les médecins y intervenant ayant généralement un numéro C (numéro de contrôle).

630 Le Tribunal fédéral a autorisé les SA d'études d'avocats pour tous les cantons (arrêt 138 II 440 du 7 septembre 2012). Sur la base de motifs analogues, il est concevable que des cabinets médicaux organisés en SA puissent être admis dans l'ensemble des cantons. Arrêt du Tribunal fédéral 2P231/2006 du 10 janvier 2007, cons. 5.4.

Aujourd'hui, la majorité des cantons autorisent les médecins à organiser leurs cabinets médicaux sous la forme de sociétés de capitaux. En pratique, il convient toutefois d'examiner soigneusement les avantages et les inconvénients des différentes formes juridiques possibles. Divers facteurs jouent un rôle à cet égard: le nombre de médecins participant à la structure, les possibilités et les conditions juridiques (cantonales), les souhaits et les objectifs personnels des médecins, les aspects fiscaux, les assurances, la prévoyance, le fait de vouloir être salarié ou indépendant, etc. À ce propos, le Tribunal fédéral a considéré, dans un cas d'espèce, que l'utilisation de l'infrastructure d'un cabinet par un psychologue peut aller de pair avec une activité à titre dépendant et ce en raison de la qualification juridique du statut AVS.⁶³¹

Chaque structure de cabinet étant différente, FMH Services propose un réseau de conseillers dans les secteurs fiduciaire, financier, juridique et dans le domaine des assurances.

9.3 Administration du cabinet médical

Même si de nombreux médecins ne considèrent pas ce point comme prioritaire dans le cadre de leurs tâches quotidiennes, ils sont également des entrepreneurs au sein de leurs cabinets.

Libre choix du médecin et publicité

Les patients ont en principe le droit de choisir librement leur médecin et peuvent en changer en tout temps. Dérogent à cette règle les modèles d'assurance prévoyant un choix limité de médecins (cf. chap. 3.14).

Afin de se positionner le mieux possible sur le marché, les médecins cherchent de plus en plus à sortir du lot grâce à la publicité (cf. chap. 2.5).

631 Arrêt du 17 mai 2018, 9C_308/2017. Aus Erwägung 6.4: «[Die ... ausgeübte Psychotherapie weist] verschiedene Kriterien auf, die überwiegend zugunsten einer unselbständigen Tätigkeit sprechen. Dies betrifft – unter gänzlicher Ausklammerung des spezifischen Unternehmerrisikos (vgl. dazu E. 6.2.2 hievon) – das Auftreten in «eigenem» Namen nur unter dem Briefkopf des Instituts oder als Mitglied seines Klinischen Teams, die weitgehende betriebswirtschaftliche, persönliche und wissenschaftlich-konzeptuelle Einbindung der Versicherten sowie die Ausgestaltung der diesbezüglichen Kontrolle. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung belegen diese Merkmale ein Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis, weil den gegenläufigen Aspekten des Inkasso- und Delkreder-Risikos, der freien Patientenannahme und Preisgestaltung sowie des Verzichts auf ein Konkurrenzverbot auch vereint deutlich weniger Gewicht beizumessen ist. Jedenfalls vermögen sie das Pendel nicht in Richtung selbstständiger Erwerbstätigkeit ausschlagen zu lassen.»

Suppléance⁶³²

Les réglementations cantonales sont en principe déterminantes en ce qui concerne les exigences en matière de suppléance au sein des cabinets médicaux. Celle-ci nécessite généralement une autorisation de la direction cantonale de la santé. Il y a toutefois des différences cantonales s'agissant des conditions auxquelles une suppléance peut s'exercer, ce pourquoi il est vivement conseillé de se renseigner en temps utile auprès des autorités cantonales compétentes.

9.4 Obligations du médecin en sa qualité d'employeur

Si un médecin engage du personnel dans son cabinet, il devient employeur et doit donc répondre à un certain nombre d'obligations envers ses employés.

En règle générale, tous les points importants sont réglés par le contrat de travail écrit.⁶³³ Les contrats de travail conclus oralement sont aussi valables, mais leur interprétation entraîne des difficultés supplémentaires en cas de litige. Le Code des obligations (CO) est applicable dans la mesure où le contrat ne règle pas certains points. Il convient par ailleurs d'observer la Loi sur le travail (LTr). L'exposé qui suit décrit les dispositions du CO.

Salaire à verser en cas de maladie

Si un employé n'est pas à même de travailler pendant une longue période pour cause de maladie ou d'accident et que l'employeur n'a pas conclu d'assurance d'indemnités journalières, ce dernier doit verser le salaire pendant 3 semaines lors de la première année de service, et ensuite pendant une période plus longue fixée équitablement.⁶³⁴ Pour déterminer quelle est la période équitable, les tribunaux de plusieurs cantons ont développé des échelles de calcul. Plusieurs cantons appliquent l'échelle «bernoise»: première année de service: 3 semaines de salaire; deuxième année: 1 mois de salaire; troisième et quatrième années: 2 mois de salaire; etc.

À l'heure actuelle et dans la plupart des cas, une assurance perte de gains est conclue pour l'ensemble du personnel engagé.⁶³⁵ En général, ces assurances versent des indemnités à concurrence de 80 % du salaire pendant 720 ou 730 jours, sous déduction du délai de carence prévu, sur une période totale de 900 jours. Pendant le délai de carence, l'employeur doit en principe payer 80 % du

632 La FMH propose à ses membres un contrat-type à télécharger sur myFMH.

633 La FMH met à la disposition de ses membres un contrat-type pour les assistantes médicales et les assistants médicaux. Son utilisation n'est pas obligatoire, mais la FMH la recommande; www.mpa-schweiz.ch → FR → Informations pour les employeurs → Conditions de travail.

634 Art. 324a al. 1 CO.

635 Art. 324a al. 4 CO.

salaire. Ces indemnités journalières sont exclues de l'obligation de payer des cotisations prévues par les assurances sociales et ne doivent pas être déduites des indemnités journalières. Dans ce cas, l'employé n'a pas à s'acquitter de sa part.

Protection contre les congés en cas de maladie, accident, service militaire et maternité

À l'échéance du temps d'essai, des périodes de protection sont prévues notamment en cas de maladie ou d'accident, pendant que le travailleur accomplit un service militaire ou pendant la grossesse et au cours des 16 semaines qui suivent l'accouchement.⁶³⁶ Pendant une incapacité de travail totale ou partielle suite à une maladie ou à un accident, l'employeur ne peut pas résilier le contrat durant 30 jours au cours de la première année de service, 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service, et 180 jours à partir de la sixième année de service. Il s'agit de jours calendaires et non de jours ouvrables.

Un congé donné pendant la période de protection est nul. Ainsi, lorsque cette période est terminée, l'employeur doit à nouveau résilier le contrat. Par contre, si le congé a été donné avant la période de protection, il est suspendu pendant ce temps et continue à courir seulement après la fin de la période.

Résiliation du contrat de travail

Pendant le temps d'essai, chaque partie peut résilier le contrat de travail à tout moment en respectant un délai de congé de 7 jours. Le premier mois de travail est considéré comme temps d'essai. Le contrat de travail peut toutefois prévoir d'autres conditions mais le temps d'essai ne peut pas dépasser 3 mois.⁶³⁷

Après le temps d'essai, le contrat de travail peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé de 1 mois pendant la première année de service, de 2 mois de la deuxième à la neuvième année, et de 3 mois à partir de la dixième année de service. Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat de travail ou convention collective; des délais inférieurs à 1 mois ne peuvent toutefois être fixés que par convention collective et pour la première année de service.⁶³⁸

Les parties peuvent en tout temps mettre fin au contrat d'un commun accord sans respecter le délai de congé. Dans ce cas, l'employé n'aura plus l'obligation de travailler jusqu'à la fin du délai de congé et l'employeur n'aura pas à payer le salaire pour cette période.

636 Art. 336c CO.

637 Art. 335b CO.

638 Art. 335c CO.

Vacances, jours de congé et jours fériés

Le travailleur a droit, chaque année de service, à 4 semaines de vacances au moins, et à 5 semaines au moins jusqu'à l'âge de 20 ans révolus. 2 semaines au moins doivent être consécutives.⁶³⁹ Le droit aux vacances appartient également aux travailleurs à temps partiel.

Par ailleurs, le travailleur a droit aux jours de congé usuels (p.ex. en cas de déménagement ou de mariage) et aux jours fériés cantonaux.⁶⁴⁰ Néanmoins la loi ne prévoit pas l'obligation de payer le travailleur durant ces jours de congé et ces jours fériés, hormis le jour de la fête nationale. Cela ne joue toutefois aucun rôle dans la pratique, car le salaire mensuel contractuel n'est pas réduit pour autant.

Prévoyance professionnelle

Les travailleurs qui touchent un salaire annuel supérieur à 21 330 francs (dès 2019) sont soumis à l'assurance obligatoire. Il s'agit du seuil d'accès à la prévoyance professionnelle obligatoire. Les risques de mort et d'invalidité doivent être assurés dès 17 ans révolus et le risque vieillesse dès 24 ans révolus. L'assurance porte sur le salaire coordonné. Celui-ci correspond au salaire brut annuel moins la déduction de coordination.⁶⁴¹ Les caisses de pension peuvent proposer des conditions d'assurance et des plans de prévoyance plus avantageux que le minimum légal.

Le médecin en tant que formateur d'assistantes médicales

La FMH s'engage depuis des dizaines d'années en faveur de la formation des assistantes médicales. La profession d'assistante médicale DFMS, à l'origine régie par le droit privé, a été transformée, en 1996, en une profession reconnue au niveau fédéral et dès lors rattachée à l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie⁶⁴². Suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi sur la formation professionnelle, le règlement de formation de 1996 a dû être révisé et transposé dans une ordonnance et un plan de formation. En tant que base légale de la formation, l'Ordonnance de formation du 1^{er} janvier 2010 a été remplacée par la nouvelle Ordonnance de formation révisée, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019. Le plan de formation, qui se fonde sur l'Ordonnance de formation, a lui aussi été révisé et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2019. La nouvelle Ordonnance et le nouveau plan de formation sont valables depuis le début de la formation 2019.

639 Art. 329a ss CO.

640 Art. 329 CO et art. 20a de la Loi sur le travail (LTTr).

641 La déduction de coordination s'élève actuellement aux 7/8 de la rente AVS maximale, ce qui correspond à 24 885 francs dès 2019. Ces montants font en général l'objet d'une adaptation annuelle.

642 Aujourd'hui le Secrétariat d'État à la formation, à la recherche et à l'innovation (SEFRI).

L'art. 4 al. 1 de l'Ordonnance 5 relative à la Loi sur le travail du 28 septembre 2007 (OLT 5)⁶⁴³ interdit d'employer des jeunes à des travaux dangereux. Sont réputés tels tous les travaux qui, de par leur nature ou les conditions dans lesquelles ils s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, à la formation, à la sécurité des jeunes ou à leur développement physique et psychique. En dérogation à l'art. 4 al. 1 OLT 5 et aux conditions prévues à l'art. 4 al. 4 OLT 5, les jeunes âgés d'au moins 15 ans en formation peuvent prendre part, en fonction de leur niveau de formation, aux travaux énumérés à l'annexe 2 du plan de formation. Il faut pour cela qu'ils soient formés, instruits et surveillés en adéquation avec ces dangers accrus. L'annexe 2 du plan de formation fixe ces mesures spéciales sous la forme de mesures d'accompagnement en matière de sécurité du travail et de protection de la santé.

Les formateurs doivent en particulier tenir compte du fait que les jeunes en formation de moins de 16 ans ne doivent pas être exposés à des rayonnements.⁶⁴⁴

La formation comprend des cours professionnels et des cours interentreprises, mais s'effectue avant tout au cabinet médical. Le plan de formation indique quelles matières doivent être enseignées dans quels lieux durant la formation de trois ans, étant précisé que la répartition des jours de cours sur les différentes années de formation varie d'un canton à l'autre. Tant les formateurs que les apprenants peuvent se fonder, depuis le début de la formation 2019, sur le «Programme de formation pour les entreprises formatrices d'assistantes médicales/assistants médicaux CFC».⁶⁴⁵

Le médecin qui souhaite former une assistante médicale doit se procurer une autorisation de formation auprès du service cantonal de la formation professionnelle. Ce service est l'autorité de surveillance des entreprises formatrices et a en outre la compétence d'approuver le contrat d'apprentissage qui, dans de nombreux cantons, peut être rempli sur le site Internet du service.⁶⁴⁶

Les assistantes médicales/assistants médicaux CFC disposent par ailleurs d'une voie réglementée pour faire évoluer leur carrière. La coordinatrice et le coordinateur en médecine ambulatoire avec la spécialisation clinique ou gestion, obtient, après avoir réussi un examen professionnel, un brevet fédéral en suivant une formation modulaire certifiée.⁶⁴⁷

643 Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs (OLT 5).

644 Art. 53 al. 1 de l'Ordonnance sur la radioprotection (ORaP).

645 Des informations relatives à la formation sont disponibles sur le site Internet MPA Suisse.

646 Les informations et les formulaires nécessaires à l'obtention d'une autorisation de formation, ainsi que des contrats d'apprentissage online sont disponibles sur les sites Internet des offices cantonaux de la formation professionnelle (dont les adresses se trouvent sur ce site: www.adressen.sdbb.ch).

647 www.odamed.ch

Assistanat au cabinet médical – formation postgraduée au sein du cabinet médical

Certains programmes de formation postgraduée prévoient la possibilité de faire valoir l'activité exercée chez des médecins indépendants dans le cadre de l'obtention du titre de médecin spécialisé. Cela suppose néanmoins que le cabinet en question soit reconnu par l'ISFM au titre d'établissement de formation postgraduée dans le domaine de spécialisation concerné.⁶⁴⁸

Est prise en compte l'activité ininterrompue de 1 mois au moins à 12 mois au plus selon le programme de formation postgraduée. Si, durant cette période, le médecin-assistant est employé comme suppléant, son activité ne peut être prise en compte que dans une mesure limitée et à condition que le programme de formation postgraduée concerné l'autorise. Le candidat doit documenter son logbook électronique durant la période de formation postgraduée. À l'échéance de cette période, le praticien enseignant doit lui remettre un certificat ISFM.

Le programme «Assistanat au cabinet médical», repris en 2009 des mains du Collège de Médecine de Premier Recours par la Fondation pour la promotion de la formation en médecine de famille (Fondation FMF), permet aux médecins en formation postgraduée d'acquérir les compétences spécifiques directement sur place, au cabinet médical, en vue d'exercer ultérieurement l'activité de médecin de famille. À certaines conditions, un cofinancement peut être sollicité auprès de la Fondation FMF. Cela suppose notamment la reconnaissance du cabinet par l'ISFM au titre d'établissement de formation, l'obtention d'un titre de médecin spécialiste de premier recours et le fait d'avoir suivi un cours de praticien enseignant de la FMF. Un contrat spécialement élaboré par la FMF règle les conditions d'engagement.⁶⁴⁹

648 Les informations et le formulaire de demande de reconnaissance d'un cabinet médical sont disponibles sur le site internet de l'ISFM: www.siwf.ch

649 Toutes les informations sur l'assistanat au cabinet médical FMF sont disponibles sur le site Internet: www.whm-fmf.ch

9.5 Protection de la jeunesse et de la maternité⁶⁵⁰

Des dispositions particulières s'appliquent aux employés jeunes et les employées enceintes et ayant accouché, qui bénéficient d'une protection accrue.

Protection de la jeunesse

La Loi sur le travail et ses ordonnances prévoient des dispositions spéciales visant à protéger les jeunes travailleuses et travailleurs. Selon la Loi sur le travail (art. 29 LTr), sont réputés jeunes travailleurs les employé(e)s âgé(e)s de moins de 18 ans. Lorsqu'il embauche un jeune, l'employeur doit exiger une attestation d'âge. L'ordonnance peut en outre prescrire la production d'un certificat médical.⁶⁵¹ L'employeur doit prendre un soin particulier de leur santé, et leur temps de travail quotidien ne doit pas excéder neuf heures.⁶⁵²

L'Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs règle spécifiquement «la protection de la santé et de la sécurité des jeunes travailleurs ainsi que celle de leur développement physique et psychique».⁶⁵³ Le travail de nuit ou du dimanche est en principe interdit et les exceptions nécessitent une autorisation spéciale. Toutefois, le Département fédéral de l'économie a prévu des exceptions systématiques pour certaines professions durant la formation professionnelle.⁶⁵⁴

Ainsi, dans le secteur de la santé par exemple, les jeunes âgés d'au moins 17 ans qui suivent une formation sont autorisés à travailler au maximum 2 nuits par semaine et au maximum 10 nuits par an. Ils sont également autorisés à travailler au maximum un dimanche ou jour férié assimilé à un dimanche par mois, mais au maximum 2 jours fériés autres que des dimanches par an.⁶⁵⁵

Les personnes exposées aux rayonnements dans l'exercice de leur profession doivent être âgées d'au moins 16 ans (cf. chap. 9.4).⁶⁵⁶

Protection de la santé en cas de maternité⁶⁵⁷

La Loi sur le travail et les ordonnances d'exécution y relatives protègent la santé des femmes enceintes, des accouchées et des mères qui allaitent. La loi définit les conditions auxquelles ces femmes peuvent être occupées. L'employeur doit occuper les femmes enceintes et les mères qui allaitent et aménager leurs conditions de travail de manière à ne porter préjudice ni à leur santé, ni à celle de leur enfant.⁶⁵⁸

650 Sur ces deux sujets, voir également les brochures du SECO: www.seco.admin.ch

651 Art. 29 al. 4 LTr.

652 Art. 31 LTr.

653 Art. 1 de l'Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs.

654 Ordonnance du DFE du 21 avril 2011 concernant les dérogations à l'interdiction du travail de nuit et du dimanche pendant la formation professionnelle initiale.

655 Art. 10 de l'Ordonnance du DFE (voir la note de bas de page précédente).

656 Art. 53 al. 1 de l'Ordonnance sur la radioprotection.

657 www.fmh.ch.

658 Art. 35 al. 1 LTr.

Les femmes enceintes et celles qui allaitent ne peuvent être occupées que si elles y consentent. À leur demande, elles doivent être libérées des travaux pénibles. Il est par ailleurs strictement interdit d'occuper une femme durant les 8 semaines qui suivent l'accouchement; ensuite, et jusqu'à la 16e semaine, elles ne peuvent l'être que si elles y consentent. L'employeur doit accorder aux femmes qui allaitent le temps nécessaire à l'allaitement.⁶⁵⁹

Les femmes enceintes ou qui allaitent ne peuvent accomplir les travaux dangereux ou pénibles que si l'inexistence de toute menace concrète pour la santé de la mère ou celle de l'enfant est établie sur la base d'une analyse de risques ou si des mesures de protection adéquates permettent d'y parer.⁶⁶⁰

Dans un cabinet médical, il s'agit notamment des travaux susceptibles d'exposer les femmes enceintes ou qui allaitent à des radiations, des matières ou des microorganismes nocifs. S'y ajoutent le déplacement de charges lourdes, ainsi que les mouvements et les postures engendrant une fatigue précoce.

La FMH a fait élaborer un dossier exhaustif sur la protection de la maternité à l'intention des cabinets médicaux.⁶⁶¹

Si le risque ne peut être supprimé par des mesures de protection, l'employeur doit proposer à la femme enceinte ou qui allaite un poste de travail équivalent, mais sans danger pour elle. Si un tel transfert n'est pas possible, l'employée a droit à 80 % de son salaire. Il en va de même si, malgré sa demande, aucun travail équivalent de jour ne peut lui être proposé en lieu et place de son travail de nuit. Il est interdit de prolonger la durée ordinaire convenue de la journée de travail des femmes enceintes et qui allaitent; la durée maximale de travail de ces femmes ne doit en aucun cas dépasser neuf heures par jour. Durant les huit semaines qui précèdent l'accouchement, les femmes enceintes ne peuvent être occupées entre 20 h 00 et 6 h 00.⁶⁶²

Le Code des obligations (art. 319 ss CO) protège les femmes enceintes et les accouchées en matière de continuation du versement du salaire et de résiliation. En cas d'absences dues à la maladie durant la grossesse, l'obligation de continuer à verser le salaire est régie au premier chef par le contrat de travail, lequel prévoit éventuellement une assurance non obligatoire d'indemnités journalières de maladie. Le Code des obligations s'applique à défaut de réglementation contractuelle en la matière.

659 Art. 35a LT.

660 Art. 62 OLT 1.

661 mpa-schweiz.fmh.ch → FR → Informations pour les employeurs → Maternité.

662 Art. 35, 35a et 35b LT.

Protection contre la résiliation en cas de maternité

Après la fin du temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail d'une employée pendant sa grossesse et au cours des 16 semaines qui suivent l'accouchement. Un congé donné pendant cette période est nul, c'est-à-dire qu'il est réputé ne pas avoir été valablement donné.⁶⁶³ Il demeure néanmoins possible de résilier le contrat avec effet immédiat pour justes motifs. De son côté, l'employée peut résilier son contrat de travail en tout temps. Elle doit toutefois respecter les délais et les termes de résiliation de la loi, du contrat ou de la convention collective applicable.

Durant la période de protection, l'employeur et l'employée peuvent résilier le contrat de travail ou le modifier (p.ex. réduction du taux d'activité) d'un commun accord. Dans un tel cas, la volonté concordante des parties s'applique en lieu et place des délais. Cependant, pour des raisons de preuve, il est recommandé de passer de tels accords en la forme écrite.

Congé maternité, allocation de maternité et indemnité de vacances

Après l'accouchement, l'employée a droit à un congé maternité d'au moins 14 semaines. Le congé maternité doit être pris en une seule fois. Durant cette période, elle perçoit une allocation maternité sous forme d'indemnités journalières à concurrence de 80% du salaire qu'elle gagnait jusqu'alors. Pour cela, elle doit être employée au moment de la naissance de son enfant. Ce droit s'éteint le 98^e jour à partir du jour où il a été octroyé. Il prend fin avant ce terme si la mère reprend une activité lucrative avant l'échéance des 98 jours.⁶⁶⁴

L'employeur ne peut pas réduire la durée des vacances de l'employée si celle-ci a été empêchée de travailler moins de 2 mois en raison de sa grossesse ou parce qu'elle perçoit une allocation maternité au sens de la Loi sur les allocations pour perte de gain.⁶⁶⁵

663 Art. 336c al. 1 let. c et al. 2 CO.

664 Art. 16b ss LAPG.

665 Art. 329 al. 3 CO.