

Mémoire n° 133

Août 2009

**FINANCEMENT ET MODE
D'ORGANISATION DES HÔPITAUX
SUISSES. REVUE DU RECUEIL
LÉGISLATIF DE 1991 À 2009.**

Dr Nabil Mili

*Ce mémoire a été réalisé dans le cadre
du Master of Advanced Studies en
économie et management de la santé /
Master of Advanced Studies in Health
Economics and Management (MASHEM)*

**FINANCEMENT ET MODE D'ORGANISATION DES
HÔPITAUX SUISSES. REVUE DU RECUEIL
LÉGISLATIF DE 1991 À 2009.**

Nabil Mili
Août 2009
MÉMOIRE N° 133

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES	3
PARTIE I	5
Vers une nouvelle architecture du système de santé – de la LAMA à la LAMal (1991 – 1996)	5
I. Introduction	6
II. De la LAMA à la LAMal : ce que cache l’ajout d’une lettre	7
II.1 L’absence de solidarité	7
II.2 L’absence d’obligation de s’assurer	7
II.3 La maîtrise des coûts	8
II.4 Le catalogue des prestations	8
II.5 Le libre passage d’une assurance-maladie à une autre	8
II.6 La compensation des risques	8
II.7 L’affirmation des principes d’efficience et d’économicité.....	8
II.8 Conclusions.....	9
III. Les prémices de la LAMal : le Message du Conseil Fédéral concernant la révision de l’assurance-maladie du 6 novembre 1991	10
III.1 Maîtrise des coûts	10
III.2 Conventions tarifaires.....	10
III.3 Economie du traitement et clarté des factures.....	11
III.4 Planification hospitalière et comptabilité analytique	11
III.5 Extension du catalogue des prestations	12
III.6 Participation aux coûts	12
III.7 Mesures extraordinaires de maîtrise des coûts	13
IV. La loi sur l’assurance maladie du 18 mars 1994 ou Assurance obligatoire des soins	14
IV.1 Les statistiques dans le domaine sanitaire.....	14
IV.2 Les prestations.....	14
IV.3 Conditions et étendue de la prise en charge des coûts	17
IV.4 Les fournisseurs de prestations	18
IV.5 Mesures extraordinaires de maîtrise des coûts.....	27
IV.6 Contrôle du caractère économique et de la qualité des prestations.....	28
IV.7 Participation aux coûts	30
V. Conclusions de la première partie	32
PARTIE II	33
De diverses péripéties judiciaires et légales. L’échec de la deuxième révision de l’assurance maladie et l’arrêt du Tribunal Fédéral du 30 novembre 2001	33
I. Message du Conseil Fédéral relatif à la deuxième révision de l’assurance maladie	34
I.1 Nouveau règlement du financement des hôpitaux	34
I.2 Maîtrise des coûts globaux au lieu de transfert de coûts.....	35
I.3 Financement des prestations au lieu de couverture des coûts.....	35
II. L’échec de la deuxième révision de l’assurance maladie	35
III. L’arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 2001 dans la cause Département de l’action sociale et de la santé, Genève, contre ASSURA	36
III.1 Les termes du débat.....	36
III.2 Les conséquences de l’arrêt du Tribunal Fédéral.....	39
IV. La Loi fédérale sur l’adaptation des participations cantonales aux coûts des traitements hospitaliers dispensés dans le canton de domicile	40
PARTIE III.....	42
La troisième série de révisions de l’assurance maladie.....	42
I. Le message du Conseil Fédéral du 26 mai 2004.....	43

I.1 Passage au financement dual fixe des hôpitaux	43
I.2 Prolongation de la loi fédérale du 21 juin 2002 sur l'adaptation des participations cantonales aux coûts des traitements hospitaliers dispensés dans le canton selon la loi fédérale sur l'assurance-maladie	44
II. Loi fédérale sur l'assurance obligatoire des soins - Etat au 1er janvier 2009	45
II.1 Surveillance et statistiques.....	45
II.2 Prestations.....	46
II.3 Fournisseurs de prestations.....	46
II.4 Choix du fournisseur de prestations et prise en charge des coûts.....	47
II.5 Tarifs et prix	48
II.6 Dispositions transitoires de la modification du 21 décembre 2007 (Financement hospitalier)	51
PARTIE IV.....	53
Conclusions générales	53
I. Permanence et cohérence du projet politique	54
II. Les avancées sociales	54
III. Les régressions sociales	55
IV. La politique hospitalière.....	55
V. Les assurances sociales : une question de santé publique	56
VI. Le mot de la fin	56
ANNEXE	57
Liste des textes mentionnés dans ce mémoire.....	57
I. Lois fédérales et Ordonnances d'application	58
II. Messages du Conseil Fédéral	58
III. Arrêts du tribunal Fédéral	58

PARTIE I

Vers une nouvelle architecture du système de santé – de la LAMA à la LAMal (1991 – 1996)

I. Introduction

Le financement des établissements de soins a connu dans le courant de l'année 2007 d'importants changements législatifs. De l'introduction de la tarification à l'activité sur la base des diagnostic-related groups (DRG) à la mise en concurrence directe des hôpitaux, qu'ils appartiennent au secteur public ou au secteur privé, de l'ingérence de la Confédération dans la planification hospitalière (jusqu'à la domaine réservé des Cantons) à la mise au premier plan des critères de qualité dans l'évaluation des établissements hospitaliers, les exemples ne manquent pas pour illustrer le changement conceptuel auquel nous assistons.

L'auteur de ces lignes, privilégiant l'approche historique à l'approche normative, s'est demandé quels étaient les prémices de ce changement législatif et s'est confronté aux différents textes qui ont émaillé les débats de ces vingt dernières années, qu'ils émanent du pouvoir exécutif (messages aux chambres fédérales, ordonnances d'application) ou du pouvoir législatif (textes de loi) afin d'en dégager la cohérence politique.

Ce mémoire suit donc une ligne strictement chronologique. Il s'inspire des différents travaux parlementaires. A la lecture de ces textes, il apparaît que, pour les parlementaires, la question du financement des hôpitaux n'est qu'une partie, parfois essentielle, parfois accessoire, selon les époques et l'amplitude du champ d'application du document législatif, du financement des soins par l'assurance-maladie. Les grands principes qui régissent l'assurance-maladie s'appliquent donc nécessairement au financement des hôpitaux. Pour cette raison, il est apparu judicieux à l'auteur de ces lignes de ne pas séparer les deux problèmes et de se plonger dans un premier temps dans les débats qui ont eu cours lors de l'adoption de la nouvelle loi sur l'assurance-maladie (LAMal) en 1994.

II. De la LAMA à la LAMal : ce que cache l'ajout d'une lettre

La loi fédérale régissant l'assurance-maladie avant la LAMal datait de 1911 et se nommait LAMA. Elle n'avait été révisée qu'à une seule reprise (par la loi fédérale du 13 mars 1964).

Divers essais de révision avaient échoué, parmi lesquels on peut rappeler :

- le scrutin du 8 décembre 1974 par lequel le peuple et les Cantons ont refusé à la fois une initiative populaire et un contre-projet du Parlement ;
- le scrutin du 6 décembre 1987 lors duquel le peuple a rejeté le projet de loi fédérale sur l'assurance-maladie et maternité du 20 mars 1987, projet dénommé programme d'urgence.

Consécutivement au scrutin populaire du 6 décembre 1987, le Conseil fédéral a décidé d'entreprendre une révision des fondements mêmes de l'assurance-maladie. En effet, la LAMA souffrait de défauts structurels d'une telle ampleur qu'un toilettage de surface ne pouvait les gommer. Ces défauts se déclinaient selon 4 grands axes :

1. l'absence d'obligation de s'assurer, rendant réel le risque de sélection adverse et empêchant la création d'un fonds de compensation des risques entre assureurs ;
2. la présence de barrières (réserves actuarielles...), rendant quasi impossible le changement d'assureur pour les patients les plus atteints ou les âgés ;
3. le caractère très hétérogène des prestations remboursées, en particulier dans le domaine hospitalier ;
4. l'absence de mécanisme de réduction des coûts.

Dans la mesure où la genèse de la nouvelle loi (la LAMal) se comprend mieux si l'on comprend la situation qui prévalait avant son adoption, nous développerons certains des points énumérés ci-dessus.

II.1 L'absence de solidarité

La LAMA prévoyait des primes «par tête» sans que la situation financière des assurés ne soit prise en considération lors de la fixation de ces primes. Sur le plan du principe, ce système s'est maintenu dans la LAMal. La LAMA connaissait de surcroît un système de primes différenciées en fonction de l'âge d'entrée ou du sexe ainsi que des primes spéciales permises par les contrats collectifs. Enfin, aucune possibilité légale de passage d'une caisse à une autre n'était prévu, ce qui avait pour conséquence que les patients les plus âgés et les plus malades étaient piégés dans leur caisse maladie d'origine sans possibilité d'en changer, à moins de supporter une augmentation insupportable de leurs primes.

II.2 L'absence d'obligation de s'assurer

La LAMA ne connaissait pas l'obligation d'assurance pour toute personne résidant en Suisse, même si dans la pratique la proportion de personnes non assurées était infime.

II.3 La maîtrise des coûts

La LAMA ne prévoyait aucun mécanisme de maîtrise des coûts de la santé, que ces mécanismes soient justifiés ou non sur le plan de la justice sociale. Les mécanismes de maîtrise des coûts sont généralement classés selon trois catégories :

- a) les mesures visant à réduire la demande (participation aux coûts, choix d'autres formes d'assurance, etc.)
- b) les mesures qui tendent à limiter l'offre (planification hospitalière, restriction du nombre de médecins installés, généralisation de l'institution du médecin-conseil, etc.).
- c) les réglementations et les mécanismes de contrôle relatifs à la fixation des tarifs et des prix.

La LAMA ne connaissait aucune règle dans ces trois dimensions du contrôle des coûts. Elle était donc jugée, pas les experts du système de santé, comme particulièrement obsolète.

II.4 Le catalogue des prestations

Dans le régime de la LAMA, le catalogue des prestations remboursées était très hétérogène selon la caisse maladie. Pour des raisons d'équité, il a semblé nécessaire au législateur de modifier cet état de fait qui pouvait conduire à des situations sociales dramatiques. Les soins à domicile étaient de surcroît exclus du catalogue des prestations remboursées, rendant impossible le développement de ce secteur essentiel.

II.5 Le libre passage d'une assurance-maladie à une autre

Selon l'ancien régime de la LAMA, la caisse maladie pouvait imposer une réserve au nouvel arrivant, la caisse excluant ainsi de la couverture d'assurance les maladies existant au moment de l'adhésion ou les maladies antérieures susceptibles de rechutes. Ce faisant, elle rendait le changement d'affiliation impossible pour toute personne souffrant d'une maladie chronique.

II.6 La compensation des risques

Selon le régime de la LAMA, l'autonomie dont les caisses disposaient était importante du point de vue financier. En effet, chaque caisse constituait une communauté de risques distincte, sans qu'existe un mécanisme de solidarité financière entre les caisses à bas risques (assurés jeunes) et celles à risques plus élevés (personnes âgées et malades chroniques). Cette caractéristique était la source des problèmes majeurs et a conduit à la constitution selon le régime de la LAMA d'un fonds de compensation entre assureurs selon la structure de leur clientèle.

II.7 L'affirmation des principes d'efficacité et d'économie

Dans l'ancien régime de la LAMA, la mention du caractère scientifique ou économique du traitement n'était faite que de manière subsidiaire et le remboursement par l'assurance-maladie n'était pas subordonné au respect de ces critères. La LAMA pouvait donc être considérée comme une simple loi cadre de financement des prestations.

II.8 Conclusions

Le texte fondateur qui a porté sur les fonds baptismaux la nouvelle loi sur l'assurance-maladie est un Message du Conseil Fédéral concernant la révision de l'assurance-maladie adressé aux chambres fédérales et daté du 6 novembre 1991. Ce message reprend tous les principes énoncés ci-dessus en les développant. Dorénavant, après avoir dégagé les grandes différences entre la LAMA et la nouvelle loi sur l'assurance-maladie de 1994, nous nous concentrerons exclusivement sur l'objet de notre analyse, le financement des hôpitaux.

III. Les prémices de la LAMal : le Message du Conseil Fédéral concernant la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991

En 1991, fort du travail d'un groupe d'experts, le Conseil Fédéral rappelle dans un message destiné aux Chambres fédérales quelques grands principes qui guideront la rédaction de la future loi. Ces grands principes sont les suivants, énumérés sans doute selon leur importance politique aux yeux des organes fédéraux.

III.1 Maîtrise des coûts

Les dépenses de santé augmentant plus rapidement que les prix et les salaires, le Conseil Fédéral (CF) constate dans son message que les augmentations de primes qui se succèdent pour les assurés entraînent pour certains groupes de la population des charges financières quasi insupportables. La maîtrise des coûts de la santé est donc l'un des principaux objectifs de cette révision: il s'agit d'éviter que la part du revenu national consacré à la santé ne croisse indéfiniment. Le but que se fixe le CF est un accroissement annuel des dépenses de santé par habitant égal à l'évolution générale des salaires et des prix.

En matière d'assurance-maladie, maîtriser les coûts peut signifier soit réaliser des économies, soit transférer les coûts à d'autres payeurs (les Cantons, les communes, les organisations privées). Le CF ne cache pas dans son message qu'il pense privilégier cette deuxième option.

Le calcul des coûts de santé est le résultat de l'opération suivante: le prix de la prestation multiplié par le volume de la prestation. Maîtriser les coûts signifie donc influencer sur ces mêmes facteurs. Comptent au nombre des moyens permettant de maîtriser les coûts :

- a) des mesures appropriées de prévention,
- b) la promotion de la « responsabilité personnelle » et de la participation aux frais des assurés dans le cadre d'un libre passage intégral et avec la possibilité de choisir des modèles d'assurance alternatifs,
- c) la concurrence entre assureurs dans les domaines des cotisations et des prestations,
- d) la stimulation d'une gestion économique,
- e) le maintien de la qualité du traitement de la part du fournisseur de prestations,
- f) la transparence et la clarté des systèmes de facturation.

Tous ces points seront l'objet d'un développement dans la nouvelle loi.

III.2 Conventions tarifaires

Les mesures préconisées par la loi pour maîtriser les coûts sont surtout des instruments devant servir à structurer les tarifs et les conventions. Il est ainsi possible de prévoir divers types de tarifs favorisant la mise en oeuvre à un meilleur prix des moyens disponibles: outre le tarif des prestations individuelles qui prévaut actuellement, le CF envisage l'introduction d'un tarif fondé sur le temps consacré à la prestation ou d'un tarif forfaitaire. **Ainsi dès 1991, le CF**

envisageait la mise en place d'un tarif fondé sur le temps (TARMED) et d'un forfait par pathologie (DRG). Il est intéressant de relever que ces outils tarifaires ne datent pas d'hier et ont une profondeur historique insoupçonnée.

Les assureurs et les fournisseurs de prestations pourront dans la LAMal fixer ensemble des tarifs de type conventionnel. Le but recherché par le législateur est la mise en place d'une tarification forfaitaire, elle-même prémices d'un budget global prospectif.

Si les partenaires tarifaires ont toute latitude pour signer des conventions, celles-ci devront être approuvées par le gouvernement cantonal compétent, lequel examinera le tarif en particulier quant à son caractère économique. En cas d'absence de convention, le tarif sera fixé par le gouvernement cantonal. Les décisions des gouvernements cantonaux en matière tarifaire pourront faire l'objet d'un recours au Conseil fédéral.

Dans son message, le Conseil Fédéral précise qu' « il convient de renforcer la liberté contractuelle entre assureurs et fournisseurs de prestations. Les conventions tarifaires doivent être établies sur la base des principes de l'économie d'entreprise généralement reconnus ». En cas de régime sans convention, il établit la règle de l'intervention des autorités compétentes (gouvernements cantonaux/ Conseil fédéral). Une clé de répartition des frais entre Cantons et assureurs est pour la première fois évoquée pour le traitement hospitalier.

III.3 Economie du traitement et clarté des factures

Le Conseil Fédéral insiste également sur le fait que « sur le plan légal, c'est le principe du tiers garant qui doit prévaloir, c'est-à-dire que l'assuré sera le débiteur des honoraires ». Toutefois, les partenaires tarifaires doivent conserver la possibilité de choisir le système du tiers payant. L'assuré doit recevoir une facture qui lui soit compréhensible. Les fournisseurs de prestations doivent s'en tenir au principe de l'«économicités» du traitement. Les assureurs ont le droit de contrôler si le principe est respecté et de prendre des sanctions en cas de non-respect de ce principe (demande de restitution de l'indu; pour des cas graves, exclusion de l'autorisation de pratiquer à la charge des caisses) ».

Le contrôle de l'«économicités» devrait aussi comprendre l'examen de la nécessité même d'un traitement sur le plan médical. C'est par ce biais qu'entre un nouveau personnage, jouissant d'un rôle bien défini, le médecin-conseil. Le rôle des médecins-conseils est reconnu et élargi ; ils disposent de larges moyens pour vérifier si le traitement est économique. En cas de traitement non économique, la rémunération peut être refusée. Les fournisseurs de prestations qui refusent obstinément de se plier aux exigences d'un traitement économique peuvent se voir retirer l'autorisation de pratiquer à la charge de l'assurance-maladie.

La garantie de la qualité contribue à juguler la croissance des coûts dans la mesure où elle élimine des prestations les mesures qui ne sont ni nécessaires, ni efficaces, ni appropriés. La notion de qualité se conçoit au sens large du terme, de telle sorte que la garantie de la qualité englobe aussi bien le résultat du traitement que la mise en oeuvre appropriée des prestations et la satisfaction du patient.

III.4 Planification hospitalière et comptabilité analytique

S'agissant des soins hospitaliers et semi hospitaliers, le projet de loi comprend encore d'autres mesures spécifiques. Ainsi, les hôpitaux, les institutions de soins semi hospitaliers et les établissements médicosociaux ne sont autorisés à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie sociale que s'ils sont conformes à la planification établie par un canton ou, en commun, par plusieurs Cantons. Cette liste impérative et exhaustive classe les hôpitaux par catégorie en

fonction de leurs mandats. Les forfaits et les rémunérations éventuelles de prestations individuelles à l'hôpital doivent couvrir au maximum 50 pour cent des frais d'exploitation des hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics. Grâce à une comptabilité analytique et à une statistique uniformes des prestations, les coûts et les prestations des hôpitaux et des établissements médicosociaux devraient gagner en transparence. En cas de hausse massive des coûts hospitaliers, cette transparence permettra de procéder à des comparaisons entre les établissements et de vérifier le caractère économique de leurs prestations, notamment celui du traitement de maladies spécifiques.

III.5 Extension du catalogue des prestations

Les prestations nouvelles, qui figurent aux articles 19 à 25 LAMal, sont les suivantes: soins prodigués hors de l'hôpital (soins à domicile ou dans un établissement médico-social), séjour hospitalier sans limite de durée, y compris les frais d'hôtellerie en division commune, moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques, mesures de réadaptation; mesures de prévention; accident à titre subsidiaire; nombre illimité d'exams de contrôle pendant et après la grossesse et conseils en cas d'allaitement, au titre des prestations spécifiques de maternité; soins dentaires occasionnés par le traitement d'une maladie grave ou nécessaires pour celui-ci ou causés par un accident dentaire, à titre subsidiaire. Ces nouvelles prestations inscrites dans la loi étaient pour certaines d'entre elles déjà prises en charge par les caisses maladie sur d'autres bases (assurance de base statutaire ou assurances complémentaires).

Il est à relever tout particulièrement les nouvelles prestations suivantes à charge de l'assurance obligatoire des soins :

- Les prestations ambulatoires à domicile (SPITEX) ;
- la suppression de la limite des «720 jours» en cas d'hospitalisation;
- l'inclusion de mesures de prévention et de la prise en charge de certains soins dentaires.

Allier l'extension des prestations avec la maîtrise des coûts, dans le cadre d'une même législation, est un acte incongru, a reconnu le Conseil Fédéral dans son message. Une telle option permet d'éviter tout rationnement des prestations, que ce rationnement soit quantitatif ou qualitatif.

III.6 Participation aux coûts

La participation aux coûts est maintenue dans la nouvelle loi. Selon le message du Conseil Fédéral, (je le cite sans endosser d'une quelconque façon la responsabilité de cette citation), « pour chaque type d'assurance - et pas seulement sociale - on observe la tendance des assurés à vouloir profiter, aussitôt leur prime acquittée, d'une contre-valeur sous forme d'une prestation d'assurance. L'assurance elle-même peut donc être génératrice de coûts. La participation aux coûts est un instrument éprouvé pour contrecarrer cette tendance. Il s'agit donc de le conserver à l'heure où l'assurance obligatoire des soins est introduite ». En d'autre terme, pour lutter contre ce que les économistes appellent l'aléa moral, il faut maintenir une participation aux coûts importante.

Lors des consultations préparatoires à la rédaction de ce message, les avis ont fortement divergé au sujet de la conception et, en particulier, de l'étendue de la participation aux coûts. D'une part, elle est jugée antisociale dans la mesure où sa structure pratique ne tient pas compte de la situation financière des assurés. D'autre part, on attend d'elle et de son

relèvement sensible qu'ils incitent les assurés à prendre davantage conscience des coûts, contribuant ainsi à leur maîtrise.

III.7 Mesures extraordinaires de maîtrise des coûts

Les considérations qui précèdent montrent que dans son message aux chambres fédérales, le Conseil Fédéral envisage toute une série de mesures destinées à maîtriser les coûts. Or, ces mesures ne sont efficaces qu'à condition que les milieux intéressés en épuisent toutes les possibilités. En l'absence de résultats, des mesures draconiennes s'imposent à ses yeux. Le Conseil fédéral prévient toutefois qu'il ne prendra des mesures extraordinaires que si la croissance des dépenses de santé dépasse largement l'évolution des prix et des salaires. Comme il s'agit de mesures extraordinaires, elles seront, dit-il, limitées dans le temps. A cet effet, le Conseil fédéral prévoit de fixer des budgets globaux, soit dans certains Cantons, soit pour certaines catégories de fournisseurs de prestations. Il se donne dans son message la possibilité d'intervenir de manière sélective là où les problèmes sont les plus évidents, tout en précisant, pour ne pas froisser les susceptibilités cantonales, qu'il s'agit d'une intervention de dernier recours. **En d'autres termes, la nouvelle loi signe l'entrée de la Confédération dans un domaine jusque-là réservé aux Cantons.**

Après cette présentation succincte du message du Conseil Fédéral du 6 novembre 1991, nous pouvons passer à l'analyse de la loi sur l'assurance maladie du 18 mars 1994.

IV. La loi sur l'assurance maladie du 18 mars 1994 ou Assurance obligatoire des soins

Après avoir fait l'historique de la situation qui prévalait avant 1994 et des raisons qui ont incité le Conseil Fédéral à la modifier en profondeur, nous nous intéresserons à la loi sur l'assurance maladie de 1994 et à ses articles relatifs au financement des séjours hospitaliers ainsi qu'aux articles relevant de domaines connexes à la question de ce financement. Seront donc écartés de notre analyse tous les articles précédents l'article 23, car ils relèvent de l'organisation générale du système de soins et n'ont qu'un rapport lointain avec le fonctionnement des établissements hospitaliers. Pour la même raison sont exclus les articles suivant l'article 64, car ils relèvent de questions procédurales éloignées de notre sujet.

IV.1 Les statistiques dans le domaine sanitaire

Il n'est pas anodin de souligner que le Conseil fédéral s'octroie, dans le cadre d'une politique d'évaluation des institutions de santé, certes embryonnaire en 1994, le droit d'établir des statistiques hospitalières. L'article 23, sous son abord neutre, sera appelé à connaître dans le futur des développements inattendus puisque les récentes moutures de la loi sur l'assurance obligatoire des soins font du Conseil Fédéral et de ses bras séculiers (Office fédéral de la santé publique et Office fédéral de la statistique), aidé en cela par les assureurs, les véritables contrôleurs de gestion du système de santé. Un tel contrôle de gestion est impensable en dehors de toute base de données statistiques hospitalières. Il n'est donc pas inutile de reproduire cet article in extenso.

Il faut néanmoins rappeler qu'en 1994, le projet de mise en place de statistiques sanitaires à l'échelle fédérale s'est heurté à deux problèmes de taille, le premier relevant de la protection des données, (principe garanti par la Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 ainsi que par les différentes lois cantonales relatives au même objet), le deuxième ayant trait au respect du secret médical (dont le non respect est puni par l'article 321 du Code Pénal suisse). Le respect de ces deux principes a retardé le travail des experts chargés de la mission d'établir des statistiques sanitaires.

Art. 23 Statistiques

1 Le Conseil fédéral règle l'établissement, l'analyse et la publication des statistiques que requiert l'application de la présente loi, ainsi que l'accès aux données récoltées. Ce faisant, il veille au respect de la protection de la personnalité.

2 Les assureurs, les autorités fédérales et les autorités cantonales participent à l'établissement des statistiques. Le Conseil fédéral peut étendre cette obligation à d'autres personnes ou organisations après les avoir consultées.

IV.2 Les prestations

IV.2.1 Généralités

Les prestations énumérées dans la loi, aux articles 26 à 31, représenteront désormais l'intégralité des prestations dues au titre de l'assurance obligatoire des soins. Nettement plus étoffé que le catalogue de l'article 12 LAMA, principalement pour des raisons inhérentes à la

nouvelle structure de l'assurance (assurance obligatoire, financée en principe par des primes égales), ce nouveau catalogue, de par son caractère exhaustif, est censé garantir dans l'esprit du législateur l'accès à des prestations uniformes pour tous les assurés. Dès lors, les assureurs n'offriront d'autres prestations que dans le cadre des assurances complémentaires dont l'éventail des prestations variera d'un assureur à l'autre de même que la prime y afférente.

Dans le domaine hospitalier, comme la nouvelle formulation le met bien en évidence, l'innovation essentielle réside dans la mise sur pied d'égalité du traitement ambulatoire et du traitement hospitalier. L'une des conséquences de cette innovation est la prise en charge en cas d'hospitalisation des prestations sans limite de durée, la limite des 720 jours que connaissait la LAMA (art. 12, 2^e al., ch. 4, LAMA) étant supprimée.

Il est de surcroît clairement spécifié que le séjour en division commune en hôpital fait partie intégrante des prestations à charge de l'assurance de base. (art. 25, 2^e al, let. e, LAMal).

L'autre innovation de taille réside dans l'introduction des soins à domicile au sens large dans le catalogue des prestations (cette notion recouvre en fait les soins ambulatoires prodigués hors de l'hôpital connus sous l'abréviation générique de SPITEX en allemand). Les dispositions d'exécution désigneront les prestations à prendre en charge à ce titre qui, outre les quelques soins à domicile déjà à la charge de l'assurance-maladie, comprendront des prestations plus étendues, à la condition toutefois qu'elles soient prescrites par un médecin.

Outre la prise en charge des analyses et des médicaments, qui figurent sur les listes prévues à cet effet et qui doivent satisfaire aux conditions d'efficacité, d'adéquation et d'économie (cf. discussion infra), l'assurance assume les coûts des moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques. Ceux-ci seront énumérés dans une liste exhaustive. A titre d'exemple des innovations contenus dans la LAMal, l'assurance précédente (LAMA) ne prenait en charge que les endoprothèses qui font partie intégrante du corps (par ex. les stimulateurs cardiaques). En revanche, les prothèses qui peuvent être séparées du corps et remises en place (ectoprothèses) sans intervention spéciale (opération) ne ressortissaient pas aux prestations obligatoires des caisses maladie. Tel n'est plus le cas dans le nouveau régime d'assurance. De même, des pompes permettant la diffusion continue de médicament sont incluses, sous conditions, dans le nouveau catalogue des prestations.

IV.2.2 Présentation détaillée

Les articles pertinents dans le domaine de la politique hospitalière sont les articles 24, 25, 29 et 30. Nous en discuterons l'esprit, sinon la lettre.

IV.2.2.1 Principe

L'article 24 est la cheville logique qui permet d'articuler le catalogue des prestations remboursables aux conditions de remboursement. Il fait le lien entre deux segments distincts de la loi. Il s'agit à ce titre d'un article principiel dont la portée est sous-estimée et qu'il n'est donc pas inutile de mentionner in extenso :

Art. 24 LAMal Principe

L'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations définies aux articles 25 à 31 en tenant compte des conditions des articles 32 à 34.

IV.2.2.2 Prestations remboursées

L'article 25 définit le champ des prestations remboursables. Dans le domaine hospitalier, il fait pour la première fois la distinction entre traitement hospitalier et semi hospitalier, distinction appelée à être l'objet à l'avenir d'un débat byzantin (cf. infra)

Art. 25 LAMal Prestations générales en cas de maladie

1. *L'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles.*
2. *Ces prestations comprennent:*
 - a. *les examens, traitements et soins dispensés sous forme ambulatoire au domicile du patient, en milieu hospitalier ou semi hospitalier ou dans un établissement médico-social par:*
 - i. *des médecins,*
 - ii. *des chiropraticiens,*
 - iii. *des personnes fournissant des prestations sur prescription ou sur mandat médical;*
 - b. *les analyses, médicaments, moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques prescrits par un médecin ou, dans les limites fixées par le Conseil fédéral, par un chiropraticien;*
(...)
 - e. *le séjour en division commune d'un hôpital;*
 - f. *le séjour dans une institution prodiguant des soins semi hospitaliers;*
(...)

La définition des traitements hospitaliers et semi hospitaliers est précisée dans l'Ordonnance sur les coûts et les prestations :

Art. 3 Traitement hospitalier (OCP)

Sont considérés comme traitements hospitaliers au sens de l'art. 49, al.1, de la loi les séjours à l'hôpital d'une durée d'au moins 24 heures pour des examens, des traitements et des soins. Les séjours à l'hôpital d'une durée de moins de 24 heures, au cours desquels un lit est occupé durant la nuit, ainsi que les séjours à l'hôpital en cas de transferts dans un autre hôpital ou en cas de décès sont également considérés comme séjours hospitaliers.

Art. 4 Traitement semi hospitalier (OCP)

Sont considérés comme traitements semi hospitaliers au sens de l'art. 49, al. 5, de la loi les séjours planifiés pour des examens, des traitements et des soins qui nécessitent une surveillance ou des soins immédiatement consécutifs au traitement, ainsi que l'utilisation d'un lit. Sont également considérés comme traitements semi hospitaliers les séjours répétés dans des cliniques de jour ou de nuit.

Art. 5 Traitement ambulatoire (OCP)

Sont considérés comme traitements ambulatoires au sens de l'art. 49, al. 5, de la loi les traitements qui ne sont pas considérés comme hospitaliers ou semi hospitaliers.

La distinction entre séjours hospitaliers et semi hospitaliers, établie en 1994 et source de beaucoup de malentendus au sein du personnel des établissements de soins, sera abandonnée en 2007.

IV.2.2.3 L'accident

L'article 28 fait de l'assurance obligatoire des soins l'assurance accident par défaut. Cet article comble une faille dans le domaine des assurances sociales pour les personnes, par exemple les indépendants, non soumises à l'obligation de s'assurer en cas d'accident. Il n'est donc pas inutile de le mentionner.

Art. 28 LAMal Accident

En cas d'accident au sens de l'article premier, 2^e alinéa, lettre b, l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des mêmes prestations qu'en cas de maladie.

IV.2.2.4 La maternité

L'article 29 reprend le principe selon lequel la maternité donne droit, d'une part, aux mêmes prestations que pour la maladie et, d'autre part, à des prestations spécifiques. Il inclut ainsi la maternité dans le champ de l'assurance obligatoire des soins, quand bien même elle ne peut être considérée comme une maladie *stricto sensu*.

Dans l'ancien régime de la LAMA, le nombre des examens de contrôle, pendant et après la grossesse, était limité à quatre examens, au plus, durant la grossesse et à un examen dans les dix semaines consécutives à l'accouchement (art. 14, 2^e al., ch. 4, LAMA). La LAMal, quant à elle, prévoit dans son principe la prise en charge d'un nombre illimité d'examen de contrôle. Ce principe est toutefois restreint par l'article 13 de l'OPAS qui limite le nombre d'examen en cas de grossesse normale à 7 (au lieu de 4 précédemment), et les échographies à 2 entre la 11^{ème} et la 23^{ème} semaine de grossesse (cet examen n'était pas prévu dans la précédente loi). L'accouchement est pris en charge par l'assurance, indépendamment du fait qu'il ait lieu à domicile ou en milieu hospitalier ou encore semi hospitalier (voir art. 29, 2^e al., let. a, LAMal), le choix du lieu de l'accouchement se faisant par l'assurée. Est également prise en charge l'assistance à l'accouchement, que celle-ci soit prodiguée par le médecin lui-même ou par la sage-femme. Cet élément n'est pas négligeable dans la mesure où un accouchement peut aussi avoir lieu à domicile, par exemple dans une région éloignée d'un cabinet médical.

IV.2.2.5 L'interruption non punissable de la grossesse

L'article 30 de la LAMal peut être vu comme la victoire définitive des combats féministes des décennies précédentes. En effet, si le code pénal suisse, dans l'article 120, avait reconnu l'existence d'une interruption de grossesse non punissable, la LAMal de 1994 la rend à charge de l'assurance obligatoire des soins, au même titre que la maladie ou la maternité. Ce fait mérite d'être souligné.

IV.3 Conditions et étendue de la prise en charge des coûts

IV.3.1 Conditions

Les dispositions commentées ci-après comportent une innovation considérable s'agissant des conditions de prise en charge des prestations à charge de l'assurance. L'innovation principale consiste en la subordination du critère de la reconnaissance scientifique au profit de ceux de l'efficacité et de l'économie. Il a été reproché, en effet, à la notion de «reconnaissance scientifique» son inadaptation et son imprécision. Ce reproche est d'autant plus surprenant que la rédaction de la LAMal a coïncidé avec l'essor de l'evidence based medicine, c'est à dire la médecine basée sur les preuves scientifiques. Cette contradiction, assumée par le législateur, est symptomatique des a priori des rédacteurs de la loi : la LAMal est avant tout une loi dont le but ultime est la maîtrise des coûts de la santé. Le législateur a donc franchi le pas intellectuel et prévoit qu'à l'avenir toutes les prestations devront être efficaces, appropriées et économiques pour que leurs coûts soient pris en charge par l'assurance des soins. Ainsi, en plus d'être efficace (avoir un effet, sur le plan général), la prestation doit être appropriée (avoir l'effet recherché dans le cas précis) et économique (établir une «juste» relation entre le but visé et les frais mis en œuvre). Seul le cumul de ces trois conditions peut

en faire une prestation à la charge de l'assurance. L'article clé à cet effet est l'article 32 que nous reproduisons in extenso en raison de son caractère limpide et non équivoque.

Art. 32 LAMal Conditions

1. *Les prestations mentionnées aux articles 25 à 31 doivent être efficaces, appropriées et économiques. L'efficacité doit être démontrée selon des méthodes scientifiques.*
2. *L'efficacité, l'adéquation et le caractère économique des prestations sont réexaminés périodiquement.*

Le premier alinéa fixe donc les conditions auxquelles les prestations du catalogue doivent satisfaire. On doit, cependant, partir de l'idée qu'avec l'évolution de la science médicale certaines prestations seront dépassées, parfois à court terme. Il est donc important de prévoir dans la loi le principe du réexamen périodique de ces prestations, motif de l'existence de l'alinéa 2. Cet alinéa doit permettre d'éliminer du catalogue des prestations qui n'ont plus de raison d'y figurer du point de vue de leur efficacité, de leur adéquation ou de leur caractère économique. En effet, l'objectif premier de la loi est de garantir aux assurés des prestations «up to date», donc d'éviter la prise en charge de prestations inadaptées sur le plan de l'approche médicale.

IV.3.2 Etendue

Après l'explicitation des conditions de remboursement, le législateur a prévu d'encadrer l'étendue des prestations remboursables, selon une construction d'une logique implacable. L'article 34, relatif à l'étendue des prestations à charge, est reproduit in extenso.

Art. 34 LAMal Etendue

Au titre de l'assurance obligatoire des soins, les assureurs ne peuvent pas prendre en charge d'autres coûts que ceux des prestations prévues aux articles 25 à 33.

L'alinéa 1 se passe de commentaires. Il insiste sur le caractère exhaustif et fermé des prestations à charge de l'assurance obligatoire des soins. Ce point tranche radicalement avec la situation qui prévalait avant l'introduction de la LAMal.

IV.4 Les fournisseurs de prestations

Le chapitre relatif aux fournisseurs de prestations contient six sections qui traitent les questions suivantes :

1. Qui est admis à fournir des prestations à la charge de l'assurance obligatoire des soins (section 1, art. 35 à 40 LAMal)?
2. Dans quelle mesure les assurés peuvent-ils choisir le fournisseur de prestations et jusqu'à quel point les coûts sont-ils alors assumés par l'assurance (art. 41 LAMal)?
3. Qui est le débiteur de la rémunération du fournisseur de prestations? Est-ce l'assureur (rémunération directe; système du tiers payant) ou est-ce l'assuré avec un droit d'être remboursé par l'assureur (remboursement; système du tiers garant) (art. 42 LAMal)?
4. Comment les tarifs et les prix, d'après lesquels les prestations doivent être rémunérées, sont-ils fixés (section 4, art. 43 à 53 LAMal)?
5. Quels sont les moyens dont dispose le Conseil fédéral pour freiner une hausse excessive des coûts (section 5, art. 54 et 55 LAMal)?
6. Quelles sont les mesures prises afin de garantir le caractère économique et la qualité des prestations (section 6, art. 56 à 59 LAMal)?

Dans la mesure où ces articles excèdent par leur étendue l'objet de notre travail, nous ne nous intéresserons qu'à ceux traitant du financement des hôpitaux.

IV.4.1 Admission

En ce qui concerne les hôpitaux, les articles pertinents sont les articles 35 LAMal (article principal car définissant la liste des prestataires de soins) et l'article 39 LAMal. L'article 39 est reproduit in extenso en raison de son importance historique, et cela pour deux raisons :

- il s'agit de la première mention dans la loi de l'existence des hôpitaux, ce que n'avait pas fait la LAMA. La reconnaissance juridique de ces personnes morales que sont les établissements hospitaliers est enfin établie.
- Cette reconnaissance est toutefois conditionnelle, en ce qui concerne le remboursement par l'assurance obligatoire des soins, puisqu'elle s'accompagne de conditions tant internes (personnel qualifié, équipement adéquat etc.) qu'externes (inscription dans la planification sanitaire cantonale).

La distinction entre hôpitaux et institutions de soins semi hospitaliers est de nouveau gravée dans le marbre de la loi. Cette distinction, source de beaucoup de malentendus au sein du personnel soignant, ne sera pas appelée à un grand avenir.

Art. 35 LAMal Principe

1 Sont admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins les fournisseurs de prestations qui remplissent les conditions des articles 36 à 40.

2 Ces fournisseurs de prestations sont:

(...)

h. les hôpitaux;

i. les institutions de soins semi hospitaliers;

(...)

Art. 39 LAMal Hôpitaux et autres institutions

1 Les établissements et celles de leurs divisions qui servent au traitement hospitalier de maladies aiguës ou à l'exécution, en milieu hospitalier, de mesures médicales de réadaptation (hôpitaux) sont admis s'ils:

a. garantissent une assistance médicale suffisante;

b. disposent du personnel qualifié nécessaire;

c. disposent d'équipements médicaux adéquats et garantissent la fourniture adéquate des médicaments;

d. correspondent à la planification établie par un canton ou, conjointement, par plusieurs Cantons afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers, les organismes privés devant être pris en considération de manière adéquate;

e. figurent sur la liste cantonale fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats.

L'article 39 LAMal mérite que l'on s'y arrête pour trois raisons :

- i) Tout d'abord, cet article, dans son alinéa d, confirme la prééminence des Cantons dans la politique hospitalière, prééminence prenant la forme d'une liste d'établissements agréés (planification hospitalière cantonale). On aurait pu penser que la Confédération aurait retiré aux Cantons cette compétence pour se l'attribuer; il n'en a rien été. Le principe de la territorialisation cantonale de la politique hospitalière est ainsi confirmé. Nous verrons ultérieurement que la Confédération n'a pas abandonné totalement le terrain de la

planification en se donnant des instruments juridiques d'intervention. Les bases d'un conflit latent entre compétences cantonales et fédérales sont en place.

- ii) Il n'est pas anodin que le législateur ait voulu mettre sur un pied d'égalité organismes publics et privés dans la planification cantonale. L'association du public et du privé est une des idées latentes de la LAMal. Cette association prend ici sa traduction juridique.
- iii) L'alinéa e établit une distinction entre les hôpitaux selon leur mandat. Sans préciser la nature de cette distinction, il laisse penser que les hôpitaux peuvent relever de catégories différentes et que certains peuvent bénéficier d'un traitement spécifique. L'introduction du financement par l'activité (DRG) confirmera dans le futur la pertinence de cette distinction.

IV.4.2 Le choix du fournisseur de prestations et la prise en charge des coûts

La question du choix du fournisseur de prestations par l'assuré est réglée par l'article 41, article complexe dont nous reproduisons les passages relatifs au remboursement hospitalier avant d'en discuter l'esprit.

Art. 41 LAMal Choix du fournisseur de prestations et prise en charge des coûts

1. *L'assuré a le libre choix entre les fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter sa maladie.(...). En cas de traitement hospitalier ou semi hospitalier, il prend en charge les coûts jusqu'à concurrence du tarif applicable dans le canton où réside l'assuré.*
2. *Si, pour des raisons médicales, l'assuré recourt à un autre fournisseur de prestations, l'assureur prend en charge les coûts d'après le tarif applicable à cet autre fournisseur de prestations. Sont réputés raisons médicales le cas d'urgence et le cas où les prestations nécessaires ne peuvent être fournies:*
 - a. *au lieu de résidence ou de travail de l'assuré ou dans les environs, s'il s'agit d'un traitement ambulatoire;*
 - b. *dans le canton où réside l'assuré, s'il s'agit d'un traitement hospitalier ou semi hospitalier, ou dans un hôpital en dehors de ce canton qui figure sur la liste dressée, par le canton où réside l'assuré, en application de l'article 39, 1^{er} alinéa, lettre e.*
3. *Si, pour des raisons médicales, l'assuré recourt aux services d'un hôpital public ou subventionné par les pouvoirs publics situé hors de son canton de résidence, ce canton prend en charge la différence entre les coûts facturés et les tarifs que l'hôpital applique aux résidents du canton. Dans ce cas, l'article 79 est applicable par analogie et confère un droit de recours au canton de résidence de l'assuré. Le Conseil fédéral règle les détails. (...)*

Le conflit latent entre centralisation et fédéralisme de l'assurance obligatoire des soins prend ici tout son sens. En effet, si l'assuré est censé avoir le libre choix du fournisseur de prestations dans le domaine hospitalier, il est averti qu'il ne sera remboursé qu'à hauteur du tarif applicable dans son canton de résidence. L'on devine dans la rédaction de l'alinéa 1 de l'article 41 une double volonté (qui peut être considérée comme aporétique) du législateur :

- celle de créer un véritable marché hospitalier à l'échelle de la Confédération (l'assuré a le libre choix entre les fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter sa maladie) ;
- et celle de ne pas vider de sa substance la politique cantonale de planification en permettant aux habitants de se déplacer où bon leur semble [il (l'assureur) prend en

charge les coûts jusqu'à concurrence du tarif applicable dans le canton où réside l'assuré].

Cette tension entre souci de préserver les compétences cantonales et volonté de faire sauter les barrières cantonales est une constante de la LAMal. Le conflit latent entre partisans d'une centralisation du système de santé et tenants d'une prééminence cantonale est parfaitement visible pour qui sait lire entre les lignes. Mais cette tension initiale ne durera qu'un temps, puisque le conflit latent sera réglé sous peu au détriment des Cantons et au profit de la Confédération.

Il est à relever que le principe de remboursement selon le lieu de résidence ne s'applique pas en cas de nécessité médicale (lors d'une hospitalisation en urgence par exemple, ou lorsque le canton de résidence ne dispose pas des infrastructures nécessaires pour le traitement de la maladie concernée). Dans ce cas, le canton de résidence de l'assuré prend en charge la différence des coûts.

IV.4.3 Les tarifs et les prix

Il n'est pas de politique hospitalière sans indications relatives à la politique des tarifs et des prix. Le législateur a prévu de s'étendre longuement sur ces points essentiels qui relèvent des articles 43 et suivants, écrits selon une concaténation logique remarquable :

- principes généraux (article 43 LAMal) ;
- protection tarifaire (article 44 LAMal) ;
- garantie de traitement (article 45 LAMal) ;
- convention tarifaire (article 46 LAMal) ;
- absence de convention tarifaire (article 47 LAMal) ;
- convention tarifaire avec les hôpitaux (article 49 LAMal) ;
- budget global des hôpitaux et des établissements médicosociaux (article 51 LAMal).

A tout seigneur tout honneur, commençons par l'analyse de l'article 43 précisant les principes généraux.

IV.4.3.1 Principes généraux

Si cet article est reproduit ici dans son intégralité, c'est en raison de son caractère remarquable. En effet, toutes les évolutions futures du mode de financement des hôpitaux y sont énoncés : le législateur ne se prive d'aucune possibilité de tarification médicale ou hospitalière, que celle-ci soit basée sur le temps, sur la prestation, ou le forfait journalier. Dès 1994, le Parlement avait en tête l'évolution future vers un financement basée sur l'activité, financement finalement adopté 13 ans plus tard, en 2007. L'alinéa 5 est donc appelé à une grande fécondité puisqu'il jette les bases des tarifications fédérales uniformes que sont le TARMED pour les soins ambulatoires et les DRG pour les soins hospitaliers.

Art. 43 LAMal Principe

1. *Les fournisseurs de prestations établissent leurs factures sur la base de tarifs ou de prix.*
2. *Le tarif est une base de calcul de la rémunération; il peut notamment:*
 - a. *se fonder sur le temps consacré à la prestation (tarif au temps consacré);*
 - b. *attribuer des points à chacune des prestations et fixer la valeur du point (tarif à la prestation);*
 - c. *prévoir un mode de rémunération forfaitaire (tarif forfaitaire);*

- d. *soumettre, à titre exceptionnel, en vue de garantir leur qualité, la rémunération de certaines prestations à des conditions supérieures à celles prévues par les articles 36 à 40, notamment à celles qui prévoient que les fournisseurs disposent de l'infrastructure, de la formation de base, de la formation post-graduée ou de la formation continue nécessaires (exclusion tarifaire).*
3. *Le tarif forfaitaire peut se rapporter au traitement par patient (forfait par patient) ou aux soins par groupe d'assurés (forfait par groupe d'assurés). Les forfaits par groupe d'assurés peuvent être fixés, de manière prospective, sur la base des prestations fournies dans le passé et des besoins futurs (budget global prospectif).*
 4. *Les tarifs et les prix sont fixés par convention entre les assureurs et les fournisseurs de prestations (convention tarifaire) ou, dans les cas prévus par la loi, par l'autorité compétente. Ceux-ci veillent à ce que les conventions tarifaires soient fixées d'après les règles applicables en économie d'entreprise et structurées de manière appropriée. Lorsqu'il s'agit de conventions conclues entre des fédérations, les organisations qui représentent les intérêts des assurés sur le plan cantonal ou fédéral sont entendues avant la conclusion.*
 5. *Les tarifs à la prestation doivent se fonder sur une structure tarifaire uniforme, fixée par convention sur le plan suisse. Si les partenaires tarifaires ne peuvent s'entendre sur une structure tarifaire uniforme, le Conseil fédéral la fixe.*
 6. *Les parties à la convention et les autorités compétentes veillent à ce que les soins soient appropriés et leur qualité de haut niveau, tout en étant les plus avantageux possible.*
 7. *Le Conseil fédéral peut établir des principes visant à ce que les tarifs soient fixés d'après les règles d'une saine gestion économique et structurés de manière appropriée; il peut aussi établir des principes relatifs à leur adaptation. Il veille à la coordination de ces tarifs avec les régimes tarifaires des autres assurances sociales.*

IV.4.3.2 La protection tarifaire

La protection tarifaire peut sembler anodine à une personne extérieure au système de santé. Elle a néanmoins une double fonction :

- délimiter les exigences financières des fournisseurs de prestations à l'égard tant des patients que des assureurs (cf. notre commentaire *infra*) ;
- délimiter les exigences qu'un assuré peut faire valoir à l'égard de l'assurance obligatoire des soins.

En effet, selon un arrêt du Tribunal Fédéral du 30 novembre 2001, publié aux ATF 127 V 422, l'art. 49 al. 1 LAMal s'inscrit dans le dispositif de protection tarifaire des assurés instauré par la législation entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996. Ce dispositif a pour effet que le fournisseur de prestations ne peut facturer à l'assuré davantage que le montant dû par la caisse maladie selon le tarif (ATF 127 V 426 consid. 4b). Il délimite également l'étendue du droit qu'un assuré peut faire valoir à l'égard de l'assurance obligatoire des soins lorsqu'il séjourne dans un hôpital public ou subventionné, indépendamment de la division qu'il choisit (ATF 127 V 428 consid. 4c, ATF 125 V 105 consid. 3^e).

Une personne hospitalisée en division privée ou semi-privée d'un hôpital public du canton où elle habite - ou, pour elle, son assureur-maladie - peut toutefois prétendre de ce canton la part des coûts imputables dans la division commune de cet hôpital à la charge du canton (ATF 127

V 429 ss consid. 5 et 6). Tous ces points complexes seront l'objet d'une discussion spécifique dans le chapitre suivant de ce mémoire.

Au-delà de ces considérations juridiques, l'auteur de ces lignes, qui a exercé le métier de médecin anesthésiste pendant douze ans dans une clinique privée de la région genevoise, ne peut qu'apporter son expérience propre pour illustrer l'importance de la protection tarifaire. En effet, c'est en vertu de cette règle que les cliniques privées et les chirurgiens pratiquant la chirurgie ambulatoire ont été dans l'impossibilité d'imposer aux patients au bénéfice de l'assurance obligatoire des soins une contribution supplémentaire pour des soins ambulatoires (rémunérés selon le tarif cadre cantonal jusqu'au 31 décembre 2003, puis selon TARMED dès le 1^{er} janvier 2004). Cet article de loi est donc éminemment social et a protégé bien des patients des débordements tarifaires du personnel médical et des cliniques.

Art. 44 LAMal Protection tarifaire

- 1. Les fournisseurs de prestations doivent respecter les tarifs et les prix fixés par convention ou par l'autorité compétente; ils ne peuvent exiger de rémunération plus élevée pour des prestations fournies en application de la présente loi (protection tarifaire). La disposition sur la rémunération des moyens et des appareils diagnostiques ou thérapeutiques (art. 52, 1^{er} al., let. a, ch. 3) est réservée.*
- 2. Le fournisseur de prestations qui refuse de fournir des prestations conformément à la présente loi (récusation) doit l'annoncer à l'organisme désigné par le gouvernement cantonal. Il n'a aucun droit à la rémunération au sens de la présente loi. Si un assuré s'adresse à un tel fournisseur de prestations, celui-ci doit d'abord l'en informer.*

IV.4.3.3 Garantie de traitement

Il s'agit d'un autre article « social » puisqu'il garantit que le traitement des assurés soit possible même en cas de récusation des fournisseurs de prestations (cf. article 44 al.2). Il gagne à être reproduit in extenso et nos parlementaires ont été bien avisés de l'avoir rédigé.

Art. 45 LAMal Garantie du traitement

Si, du fait de la récusation de fournisseurs de prestations, le traitement des assurés n'est pas garanti conformément à la présente loi, le gouvernement cantonal veille à ce qu'il le soit. Une protection tarifaire est aussi applicable dans ce cas. Le Conseil fédéral peut édicter les dispositions nécessaires.

IV.4.3.4 Convention tarifaire

Avec la convention tarifaire, nous abordons un point essentiel, qui a fait couler beaucoup d'encre depuis l'introduction de la LAMal en 1996. Il est à relever qu'il n'est mentionné nulle part dans l'article 46 LAMal, article de portée générale, que l'existence d'une convention tarifaire soit impérative pour les fournisseurs de prestations d'une part et les assureurs d'autre part. Une certaine liberté, voire une liberté certaine, semble laissée aux différents partenaires, dans une ambiance de saine concurrence (cf. l'alinéa 3). Mais cet esprit de liberté est immédiatement restreint par l'article suivant (art. 47 LAMal) qui stipule qu'en cas d'absence de convention, il appartient au gouvernement cantonal de fixer le tarif. Nous avons souvent constaté depuis le début de notre analyse de ce texte de loi que les rédacteurs oscillaient entre deux logiques contradictoires :

- une logique étatiste de contrôle et de surveillance
- une logique libérale de laisser-faire.

L'autre point notable est que les gouvernements cantonaux sont les garants ultimes de l'existence d'une convention tarifaire sur leur territoire (alinéa 4). Nous verrons s'éroder au fil des modifications législatives cette prééminence cantonale au bénéfice de la Confédération.

Voici le texte des articles 46 et 47 LAMal traitant des conventions tarifaires

Art. 46 LAMal Convention tarifaire

1. *Les parties à une convention tarifaire sont un ou plusieurs fournisseurs de prestations, ou fédérations de fournisseurs de prestations, d'une part, et un ou plusieurs assureurs ou fédérations d'assureurs, d'autre part.*
2. (...)
3. *Ne sont pas admises et donc nulles en particulier les mesures suivantes, qu'elles soient contenues dans une convention tarifaire, dans un contrat séparé ou dans un accord, lorsqu'elles prévoient:*
 - a. *l'interdiction faite aux membres de groupements de conclure des contrats séparés;*
 - b. *l'obligation faite aux membres de groupements d'adhérer aux accords existants;*
 - c. *l'interdiction de concurrence entre les membres;*
 - d. *des clauses d'exclusivité et celles qui interdisent tout traitement de faveur.*
4. *La convention tarifaire doit être approuvée par le gouvernement cantonal compétent ou, si sa validité s'étend à toute la Suisse, par le Conseil fédéral. L'autorité d'approbation vérifie que la convention est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie.*
5. *Le délai de dénonciation ou de retrait d'une convention tarifaire selon le 2^e alinéa est d'au moins six mois.*

Art 47. LAMal Absence de convention tarifaire

1. *Si aucune convention tarifaire ne peut être conclue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs, le gouvernement cantonal fixe le tarif, après avoir consulté les intéressés.*
2. (...)
3. *Lorsque les fournisseurs de prestations et les assureurs ne parviennent pas à s'entendre sur le renouvellement d'une convention tarifaire, le gouvernement cantonal peut la prolonger d'une année. Si aucune convention n'est conclue dans ce délai, il fixe le tarif après avoir consulté les intéressés.*

IV.4.3.5 Le cas particulier des hôpitaux

L'article 49 LAMal traitant très spécifiquement de la convention tarifaire entre assureurs et hôpitaux nous intéresse au premier chef puisqu'il est cœur de notre travail de mémoire. Reproduit sans coupures en fin de paragraphe, il sera analysé point par point.

L'alinéa 1 stipule :

- a) que la rémunération des hôpitaux est fixée selon la méthode du forfait, sans que l'objet du forfait ne soit expressément mentionné (forfait par journée ? par prestation médicale ?...). Dans la pratique, le remboursement par journée d'hospitalisation, soit le mode de remboursement historique, est celui qui a prévalu sur l'ensemble du territoire

helvétique. Mais rien (sinon l'absence de statistiques sanitaires fiables et complètes) n'excluait a priori d'innover dans ce domaine dès 1994;

b) que la contribution des assurances maladie ne peut dépasser 50% des coûts imputables à un séjour dans une division d'hôpitaux publics ou subventionnés (et non d'hôpitaux privés: ce point sera à l'origine de plusieurs contestations devant les juridictions) ;

c) qu'il appartient aux parties à la convention de s'entendre sur les coûts imputables, à l'exclusion des frais d'investissement et des frais de formation et de recherche. La Confédération s'interdit donc, en 1994, de se mêler des détails des accords tarifaires, laissant les professionnels s'entendre à l'intérieur d'un cadre défini dans les grandes lignes. Ce non interventionnisme fédéral laisse songeur quand on connaît la suite des événements... Tout aussi notable est la volonté du législateur de l'époque d'exclure des conventions tout ce qui relève de l'investissement; cette volonté ne durera qu'une décennie.

L'alinéa 2 stipule que les prestations thérapeutiques ou diagnostiques coûteuses peuvent être l'objet d'un accord séparé. Ce point n'est pas anodin puisqu'il laisse, certes, la place au remboursement (conditionnel) de l'innovation médicale. Il prévoit toutefois que l'utilisation de moyens particulièrement coûteux n'est plus nécessairement l'objet d'un remboursement et que l'accord de l'assureur doit être l'objet d'une négociation *ex ante*. Bien des médecins ont oublié ce point capital...

L'alinéa 3 peut sembler inoffensif. Il s'est révélé à l'usage redoutable pour les patients âgés et le personnel soignant, en établissant clairement la distinction entre le séjour hospitalier (remboursable) et le séjour pour attente de placement ou pour convenance personnelle (non remboursable). Bien des personnes âgées et leurs familles ont été surprises d'entendre que leur séjour en attente de placement en EMS ne serait pas remboursé et que la solution d'attente ne pouvait pas être l'hôpital.

Les alinéas 6 et 7 forment un tout logique et jettent les fondements d'une politique appelée à un grand avenir: le benchmarking hospitalier (ou la conduite de test de performance, pour les personnes allergiques au jargon gestionnaire). Pour qu'un étalonnage et une comparaison des hôpitaux puissent se faire, les mêmes principes comptables doivent s'appliquer uniformément sur tout le territoire helvétique. Le principe de la comptabilité analytique comme outil de gestion hospitalière tire son origine de l'alinéa 6 de l'article 49. La comparaison inter hospitalière comme outil de contrôle de gestion tire quant à elle son origine de l'alinéa 7. Tout à fait notable est le fait que les Cantons sont en principe les acteurs de cette comparaison. Il est regrettable qu'ils n'aient pas utilisé ce droit et aient ce faisant laissé le champ libre à la Confédération et à ses bras séculiers que sont l'Office Fédéral de la Santé Publique et l'Office Fédéral de la Statistique.

Art. 49 LAMal Conventions tarifaires avec les hôpitaux

- 1. Pour rémunérer le traitement hospitalier, y compris le séjour à l'hôpital (art. 39, 1^{er} al.), les parties à une convention conviennent de forfaits. Pour les habitants du canton, ces forfaits couvrent au maximum, par patient ou par groupe d'assurés, 50 pour cent des coûts imputables dans la division commune d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics. Les coûts imputables sont établis lors de la conclusion de la convention. La part des frais d'exploitation résultant d'une surcapacité, les frais d'investissement et les frais de formation et de recherche ne sont pas pris en compte.*
- 2. Les parties à une convention peuvent prévoir que des prestations diagnostiques ou thérapeutiques spéciales ne soient pas comprises dans le forfait, mais facturées*

séparément. Pour ces prestations, elles peuvent prendre en compte, pour les habitants du canton, les coûts imputables à raison d'au maximum 50 pour cent, s'agissant d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics.

3. *En cas d'hospitalisation, la rémunération s'effectue conformément au tarif applicable à l'hôpital en vertu des 1^{er} et 2^e alinéas, tant que le patient a besoin, selon l'indication médicale, d'un traitement et de soins ou d'une réadaptation médicale en milieu hospitalier. Si cette condition n'est plus remplie, le tarif selon l'article 50 est applicable.*
4. *La rémunération au sens du 1^{er} à 3^e alinéas épuise toutes les prétentions de l'hôpital pour la division commune.*
5. *Les partenaires tarifaires conviennent de la rémunération du traitement ambulatoire et du séjour semi hospitalier à l'hôpital.*
6. *Les hôpitaux calculent leurs coûts et classent leurs prestations selon une méthode uniforme; ils tiennent, à cet effet, une comptabilité analytique ainsi qu'une statistique de leurs prestations. Les gouvernements cantonaux et les partenaires tarifaires peuvent consulter les pièces. Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution à cet effet.*
7. *Les gouvernements cantonaux et, au besoin, le Conseil fédéral font procéder à la comparaison des frais d'exploitation entre hôpitaux. Les Cantons et les hôpitaux doivent fournir les pièces nécessaires à cet effet. Si la comparaison montre que les coûts d'un hôpital se situent nettement au-dessus des coûts d'hôpitaux comparables ou si les pièces présentées par un hôpital sont insuffisantes, les assureurs peuvent dénoncer la convention prévue au 5^e alinéa de l'article 46 et demander à l'autorité qui approuve (art. 46,4^e al.) de réduire les tarifs dans une juste mesure.*

IV.4.3.6 Budget global des hôpitaux

La LAMal est une loi protéiforme, visant plusieurs objectifs. L'un d'entre eux, et non des moindres, est la maîtrise des coûts de la santé (cf. message du Conseil Fédéral de 1991). Il aurait donc été surprenant que rien ne soit prévu à cet effet dans la loi. L'article 51 vient combler ce vide. Le fait notable est que les Cantons sont explicitement responsables de cet objectif en se voyant octroyer le droit d'imposer un budget global hospitalier

Art. 51 LAMal Budget global des hôpitaux et établissements médicosociaux

1. *Le canton peut, en tant qu'instrument de gestion des finances, fixer un montant global pour le financement des hôpitaux ou des établissements médicosociaux. La répartition des coûts selon l'article 49, 1^{er} alinéa, est réservée.*
2. *Le canton consulte au préalable les fournisseurs de prestations et les assureurs.*

IV.5 Mesures extraordinaires de maîtrise des coûts

Si les Cantons ont le pouvoir selon l'article 51 LAMal d'imposer un budget global à un hôpital jugé trop dépensier, les assureurs ne sont pas en reste. **L'article 54 est fondamental, puisqu'il fait des assureurs non de simples agents payeurs, mais de véritables agents de contrôle du système hospitalier par le biais des autorités cantonales.** A quelles conditions un assureur peut-il intervenir ? L'alinéa 1 le précise : quand un hôpital réalise « une augmentation des coûts au-dessus de la moyenne ». Mais de quelle moyenne s'agit-il ? De l'augmentation moyenne des coûts de la santé ? Des coûts des hôpitaux en général ? Des hôpitaux de même taille et de même mission ? Rien n'est précisé à ce sujet. Dans sa formulation, cet article trahit un certain amateurisme.

Art. 54 LAMal Etablissement d'un budget global par les autorités d'approbation

1. *Les assureurs peuvent demander au canton, en tant que mesure extraordinaire et temporaire pour limiter une augmentation des coûts au-dessus de la moyenne, de fixer un montant global (budget global) pour le financement des hôpitaux ou des établissements médicosociaux.*
2. *Le canton doit se prononcer sur l'entrée en matière dans un délai de trois mois à partir du dépôt de la requête. Il consulte au préalable les institutions et les assureurs.*

Quant à l'article 55 LAMal, il remet en selle les autorités politiques en leur octroyant le pouvoir régalien de faire cesser l'augmentation des tarifs et des prix en cas d'augmentation importante des frais remboursés par l'assurance obligatoire des soins. A ma connaissance, l'article 55 n'a jamais été utilisé. Il mérite néanmoins d'être cité comme exemple d'outil de contrôle des coûts « de dernier recours ».

Art. 55 LAMal Etablissement des tarifs par les autorités d'approbation

1. *Lorsque, pour les traitements ambulatoires ou hospitaliers, les frais moyens par assuré et par année dans l'assurance de soins obligatoire augmentent au moins deux fois plus que la moyenne de l'évolution générale des prix et des salaires, l'autorité compétente peut ordonner que les tarifs ou les prix de l'ensemble ou d'une partie des prestations ne doivent plus être augmentés, aussi longtemps que la différence relative du taux annuel de croissance est de plus de 50 pour cent comparée à l'évolution générale des prix et des salaires.*
2. *Ces autorités sont:*
 - a. *le Conseil fédéral s'agissant de conventions tarifaires approuvées par lui en vertu de l'article 46, 4^e alinéa;*
(...)
 - b. *le gouvernement cantonal s'agissant de conventions tarifaires approuvées par lui en vertu de l'article 46, 4^e alinéa.*

IV.6 Contrôle du caractère économique et de la qualité des prestations

IV.6.1 Contrôle du caractère économique

Nous avons vu précédemment que l'article 54 LAMal faisait des assureurs (par le biais des autorités cantonales) des agents de contrôle du système hospitalier. Cet aspect de leur mission est élargi dans l'article 56 LAMal à l'ensemble du système de santé (alinéas 2 et 5). Le caractère nécessairement économique des prestations, déjà énoncé dans l'article 32, est de nouveau réaffirmé (alinéa 5). Ce qui s'appelle enfoncer le clou !

Il est également intéressant de noter que l'assuré lui-même est installé dans le rôle de fantassin de première ligne du combat contre les rémunérations abusives (alinéas 2 et 4).

Art. 56 LAMal Caractère économique des prestations

1. Le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par *l'intérêt de l'assuré et le but du traitement.*
2. *La rémunération des prestations qui dépassent cette limite peut être refusée. Le fournisseur de prestations peut être tenu de restituer les sommes reçues à tort au sens de la présente loi. Ont qualité pour demander la restitution:*
 - a. *l'assuré ou, conformément à l'article 89,3^e alinéa, l'assureur dans le système du tiers garant (art. 42, 1^{er} al.);*
 - b. *l'assureur dans le système du tiers payant (art. 42, 2^e al.).*

(...)

4. *Si le fournisseur de prestations ne répercute pas cet avantage, l'assuré ou l'assureur peut en exiger la restitution.*
5. *Les fournisseurs de prestations et les assureurs prévoient dans les conventions tarifaires des mesures destinées à garantir le caractère économique des prestations. Ils veillent en particulier à éviter une répétition inutile d'actes diagnostiques lorsqu'un assuré consulte plusieurs fournisseurs de prestations.*

IV.6.2 Les médecins-conseils

Il a été écrit plus avant dans le texte qu'une des nouveautés de la nouvelle loi sur l'assurance maladie était le rôle prédominant accordé au médecin-conseil de l'assureur maladie. Les médecins-conseils ont certes existé de longue date au sein des caisses maladie les plus importantes, bien avant l'entrée en vigueur de la LAMal. Cette loi introduit toutefois deux nouveautés: l'obligation faite aux assureurs de s'entourer de ces spécialistes d'une part, la définition légale de leur rôle d'autre part. En tant que médecin ayant exercé un rôle de chef de service dans un hôpital périphérique, je peux attester de l'importance de nouer des relations confraternelles avec ce collègue.

Les principes d'indépendance du médecin-conseil (al. 5), de proportionnalité dans la transmission des données (al. 7) et de confidentialité (al. 8) sont prévus dans la loi.

Dans cette version princeps, le législateur a prévu que les parties en présence s'entendent sur la confidentialité de la transmission des données. Les jours de la confidentialité des données étaient malheureusement comptés, un arrêt du Tribunal Fédéral daté de 2007 lui ayant donné sans doute le coup de grâce (ATF 133 V 359 du 21 mars 2007).

Art. 57 LAMal Médecins-conseils

1. *Après avoir consulté les sociétés médicales cantonales, les assureurs ou leurs fédérations désignent des médecins-conseils. Ceux-ci doivent satisfaire aux*

conditions d'admission prévues à l'article 36 et avoir pratiqué dans un cabinet médical ou exercé une fonction dirigeante dans un hôpital pendant cinq ans au moins.

(...)

- 4. Le médecin-conseil donne son avis à l'assureur sur des questions médicales ainsi que sur des questions relatives à la rémunération et à l'application des tarifs. Il examine en particulier si les conditions de prise en charge d'une prestation sont remplies.*
- 5. Le médecin-conseil évalue les cas en toute indépendance. Ni l'assureur ni le fournisseur de prestations ni leurs fédérations ne peuvent lui donner de directives.*
- 6. Les fournisseurs de prestations doivent donner aux médecins-conseils les indications dont ils ont besoin pour remplir leurs tâches selon le 4^e alinéa. S'il n'est pas possible d'obtenir ces informations par un autre moyen, le médecin-conseil peut examiner lui-même l'assuré; il doit en informer préalablement le médecin traitant et lui communiquer le résultat de l'examen. Si les circonstances le justifient, l'assuré peut toutefois exiger que l'examen soit effectué par un médecin autre que le médecin-conseil. Lorsque l'assuré et l'assureur ne peuvent s'entendre, le tribunal arbitral au sens de l'article 89 tranche.*
- 7. Les médecins-conseils ne transmettent aux organes compétents des assureurs que les indications dont ceux-ci ont besoin pour décider de la prise en charge d'une prestation, pour fixer la rémunération ou motiver une décision. Ce faisant, ils respectent les droits de la personnalité des assurés.*
- 8. Les associations faîtières suisses de médecins et d'assureurs règlent la transmission des indications au sens du 7^e alinéa, la formation continue et le statut des médecins-conseils. Si elles ne peuvent s'entendre, le Conseil fédéral édicte les dispositions nécessaires.*

IV.6.3 Le contrôle de la qualité

La qualité des prestations médicales est au centre des débats politiques concernant le système de santé depuis une dizaine d'années. La base juridique d'un tel débat se fonde sur l'article 58 reproduit ci-après. La lecture de cet article appelle de nouveau plusieurs commentaires :

- a. les Cantons ont disparu du contrôle de qualité du système par un tour de passe-passe. S'ils étaient les acteurs du contrôle économique des prestations, épaulés en cela par les assureurs, ils sont déchargés de la tâche de vérifier que les prestataires de soins qu'ils financent de leurs deniers font du bon travail !
- b. conscient de l'ampleur de la tâche qui l'attend, le Conseil Fédéral prévoit de s'appuyer, selon l'al.2, sur les sociétés professionnelles (comme la FMH). C'était un temps que les moins de vingt ans ne peuvent pas connaître, celui où le Conseil Fédéral regardait les organisations professionnelles avec des yeux déferents. Comme le temps file !
- c. les assureurs ne sont pas absents grâce au rôle attribué à leurs médecins-conseils (al.3,a). Ce point est à garder à l'esprit dans l'optique des évolutions futures de la loi sur l'assurance maladie.

Art. 58 LAMal Garantie de la qualité

1. *Après avoir consulté les organisations intéressées, le Conseil fédéral peut prévoir des contrôles scientifiques et systématiques pour garantir la qualité ou l'adéquation des prestations que l'assurance obligatoire des soins prend en charge.*
2. *Il peut en confier l'exécution aux associations professionnelles ou à d'autres institutions.*
3. *Il détermine les mesures servant à garantir ou à rétablir la qualité ou l'adéquation des prestations. Il peut en particulier prévoir que:*
 - a. *l'accord du médecin-conseil est nécessaire avant l'exécution de certaines mesures diagnostiques ou thérapeutiques, notamment celles qui sont particulièrement coûteuses;*
 - b. *des mesures diagnostiques ou thérapeutiques particulièrement coûteuses ou difficiles ne seront prises en charge par l'assurance obligatoire des soins que lorsqu'elles sont pratiquées par des fournisseurs de prestations qualifiés en la matière. Il peut désigner ces fournisseurs de prestations.*

IV.6.4 Sanctions

Il n'est de bonne loi sans sanctions et la LAMal n'échappe pas à la règle. Reste à savoir qui joue le rôle du justicier. Dans le cas présent, le Parlement nous a réservé une surprise. Nouant le caractère économique et la qualité des prestations dans un même fagot, le législateur a prévu que l'assureur (en non les Cantons ou le Conseil Fédéral) peut dénoncer le prestataire de soins fautif en cas de non-respect des articles 56 et 58. Dans l'architecture de la loi, les assureurs maladie sont donc la seule institution présente de bout en bout dans la chaîne de contrôle du système de santé.

Art. 59 LAMal Exclusion de fournisseurs de prestations

Si, pour des raisons graves, notamment en cas de manquements aux exigences des articles 56 et 58, un assureur refuse à un fournisseur de prestations d'exercer ou de poursuivre son activité conformément à la présente loi, le tribunal arbitral au sens de l'article 89 doit en décider.

IV.7 Participation aux coûts

Alea moral, que n'a-t-on écrit en ton nom (cf. p 11 la citation tirée du message du Conseil Fédéral du 6 novembre 19991)? L'une des voies choisie par le Parlement pour contrôler l'explosion des coûts de la santé est de faire participer les assurés aux coûts qu'ils génèrent, quitte à écorner le principe de la justice sociale. Il est bon de rappeler, avant de discuter de l'article 64, que notre système de santé est fondé sur une quadruple inégalité :

1. les classes sociales ne sont pas égales devant la maladie, les plus pauvres étant les plus gravement malades ;
2. les plus pauvres sont ceux qui proportionnellement consultent le moins les prestataires de soins (l'assurance maladie pouvant donc être assimilée à un transfert de charges des classes favorisées sur les épaules des classes les plus pauvres) ;
3. les primes de l'assurance maladie ne sont pas proportionnelles au revenu ;

4. la participation aux coûts (franchise et quote-part) n'est pas proportionnelle au revenu de l'assuré.

C'est en ayant ces éléments en tête que nous pouvons aborder le dernier article commenté de la LAMal dans sa version originelle.

Par une délégation de compétence octroyée par le Parlement, le Conseil Fédéral a le droit de fixer par voie d'ordonnance le montant annuel maximal de la quote-part des assurés. De nouveau les Cantons, qui sont dans notre système politique les collecteurs des impôts, et par là même les plus aptes à connaître la situation financière de leurs administrés, sont écartés du jeu.

Dans sa grande générosité, et conscient sans doute que toute autre décision porterait un coup fatal à la natalité dans notre pays, le législateur écarte toute franchise (mais non toute quote-part) des épaules des enfants et toute participation aux frais en cas de maternité. A bien des égards, cette décision est une victoire du combat féministe des années 1960 et 70, au même titre que la prise en charge de l'interruption non punissable de grossesse.

Pour le reste, le Conseil Fédéral se donne toute latitude pour moduler la participation des assurés selon des critères qui lui sont propres (alinéas 5 et 6). Cet article est profondément anti-social dans sa rédaction puisqu'il fait reposer sur les plus fragiles de nos sociétés la participation proportionnellement la plus lourde.

Art. 64 LAMal Participation aux coûts

1. *Les assurés participent aux coûts des prestations dont ils bénéficient.*
2. *Leur participation comprend:*
 - a. *un montant fixe par année (franchise) et*
 - b. *10 pour cent des coûts qui dépassent la franchise (quote-part).*
3. *Le Conseil fédéral fixe le montant de la franchise et le montant maximal annuel de la quote-part.*
4. *Pour les enfants, aucune franchise n'est exigée et le montant maximum de la quote-part est réduit de moitié. Plusieurs enfants d'une même famille, assurés par le même assureur, payent ensemble au maximum le montant de la franchise et de la quote-part dus par un adulte.*
5. *En cas d'hospitalisation, les assurés versent, en outre, une contribution aux frais de séjour, échelonnée en fonction des charges de famille. Le Conseil fédéral fixe le montant de cette contribution.*
6. *Le Conseil fédéral peut:*
 - a. *prévoir une participation aux coûts plus élevée pour certaines prestations;*
 - b. *réduire ou supprimer la participation aux coûts des traitements de longue durée et du traitement de maladies graves;*
 - c. *supprimer la participation aux coûts pour une assurance impliquant un choix limité d'après l'article 41, 4^e alinéa, lorsque cette participation se révèle inappropriée.*
7. *L'assureur ne peut exiger aucune participation s'il s'agit de prestations en cas de maternité.*

Le commentaire de l'assurance obligatoire des soins dans sa version princeps de mars 1994 s'arrête là.

V. Conclusions de la première partie

Ici s'achève notre commentaire des articles de la loi sur l'assurance maladie du 18 mars 1994. Les autres articles ne relevant pas spécifiquement de notre sujet, à savoir le financement et le mode d'organisation des hôpitaux, sortent du cadre de notre analyse.

La LAMal s'est vue accablée de maints reproches. Cependant ne nous voilons pas la face. Par rapport à la LAMA, les avancées sociales sont considérables. A titre d'exemple, soulignons :

- la suppression de la fixation des primes en fonction de l'âge ou du sexe de l'assuré (dans l'ancien régime, les femmes et les personnes âgées payaient plus que les hommes jeunes) ;
- l'absence de réserve à l'admission de tout nouvel assuré ;
- le libre passage intégral, y compris pour les personnes les plus âgées ou les plus malades ;
- la suppression de toute limite de durée de prise en charge des prestations en cas d'hospitalisation ;
- l'inclusion de prestations ambulatoires à domicile dans le catalogue des prestations remboursées ;
- la prise en charge d'une palette élargie de prestations en cas de maternité ;
- la prise en charge de l'interruption non punissable de grossesse ;
- la prise en charge de l'accident à titre subsidiaire ;
- la protection tarifaire ;
- l'introduction d'outils de contrôle des coûts par le biais du caractère économique des prestations et des mesures exceptionnelles de contrainte ;
- la garantie de la qualité.

Elle peut également être perçue, ce qui n'a pas manqué d'être le cas, comme une intrusion intolérable du pouvoir politique dans un domaine jusque-là épargné par l'interventionnisme politique: le monde de la santé. Cet interventionnisme prend la forme:

- en amont, de l'obligation faite aux prestataires de soins de s'assurer du caractère économique des prestations;
- en aval, de multiples possibilités de contrôle par le biais des médecins-conseil.

La LAMal a définitivement installé les assureurs maladie, pour le meilleur comme pour le pire, dans le rôle de contrôleurs de gestion du système de santé. Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur les modalités pratiques de ce contrôle (qui peut être tatillon, procédurier et incompétent), force est de constater que, sur le plan des principes, il n'est pas anormal que les agents payeurs (Etat et assureurs) fassent usage de leur droit de regard dans un secteur clé qui consomme près de 13% de la richesse nationale.

Quant à l'auteur de ces lignes, il ne voit que trois faiblesses majeures dans l'assurance obligatoire des soins dans sa version de 1994:

1. son caractère antisocial, illustré par la prime et la participation aux coûts indépendantes du revenu de l'assuré;
2. la couverture quasi inexistante des soins dentaires;
3. la couverture très incomplète des mesures de prévention.

PARTIE II

**De diverses péripéties judiciaires et légales.
L'échec de la deuxième révision de l'assurance
maladie et l'arrêt du Tribunal Fédéral du 30
novembre 2001**

I. Message du Conseil Fédéral relatif à la deuxième révision de l'assurance maladie

Le 18 septembre 2000, le Conseil fédéral adopte le message relatif à la 2^e révision partielle de la LAMal, centré sur la réforme du financement des hôpitaux. Selon ce message, l'assurance-maladie sociale et les Cantons doivent se partager pour moitié la rémunération des prestations prises en charge selon l'assurance obligatoire des soins en cas de séjour hospitalier. Cette réglementation concerne tous les hôpitaux qui figurent sur la liste des hôpitaux du canton de domicile de la personne assurée et doit s'appliquer à tous les assurés, indépendamment de leur couverture d'assurance.

Développant son argumentation à l'intention des Chambres Fédérales, le Conseil Fédéral avance les arguments suivants : à l'origine, la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) dans sa première version répondait à un triple objectif:

- combler les lacunes du catalogue des prestations,
- renforcer la solidarité entre les assurés
- maîtriser les coûts.

Si les deux premiers objectifs, selon l'organe exécutif, ont pu largement être atteints, il n'en est pas de même du troisième. En 1999, les coûts de l'assurance obligatoire des soins augmentaient en effet de 4,1 %. Afin d'atteindre cet objectif de maîtrise des coûts, le Conseil Fédéral s'appuie sur trois principes généraux reposant sur trois piliers :

1. un nouveau règlement du financement des hôpitaux,
2. une politique de maîtrise des coûts et non de transfert de charges,
3. une politique de financement des prestations.

I.1 Nouveau règlement du financement des hôpitaux

Depuis l'entrée en vigueur de la loi en 1996, les Cantons et les assureurs maladie n'étaient pas d'accord sur la contribution de l'assurance obligatoire des soins aux coûts des traitements hospitaliers effectués hors canton sur indication médicale. Dans deux arrêts de principe, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) avait décidé, en décembre 1997, que les Cantons devaient verser une contribution lors d'un séjour en hôpital public à l'extérieur du canton, indépendamment de la nature de la division de l'établissement hospitalier public (division commune, privée ou semi-privée). Le tribunal avait décidé dans les mêmes arrêts que cette obligation de compensation ne pouvait pas s'appliquer lorsqu'il s'agissait d'un hôpital non subventionné. Le TFA n'avait par contre pas répondu à la question de savoir si les Cantons devaient également verser une contribution lorsque des patients au bénéfice d'assurances complémentaires étaient soignés à l'intérieur du canton de domicile. La révision partielle de l'assurance maladie avait pour but de résoudre de manière définitive ce problème d'interprétation à l'origine d'un différend durable entre Cantons et assureurs.

I.2 Maîtrise des coûts globaux au lieu de transfert de coûts

Le Conseil Fédéral a fait le constat que la part des Cantons au financement des hôpitaux était en baisse constante depuis le début des années 90, passant de 35,5 % en 1991 à 29,7 % en 1998. Les collectivités publiques ont ainsi évité en 1998 des dépenses de l'ordre de 1,4 milliard de francs pour le financement des hôpitaux. La deuxième révision avait pour but de mettre fin au lent retrait des pouvoirs publics du financement des hôpitaux, l'objectif étant d'empêcher que se poursuive le mouvement de transfert continu de la charge financière sur l'assurance-maladie et par voie de conséquence le report de charges sur les primes d'assurance maladie. C'est pourquoi le Conseil fédéral proposait de passer à un système prévoyant un partage du financement par moitié, axé non pas sur le transfert des coûts sur les autres partenaires impliqués, mais sur la maîtrise des coûts globaux.

I.3 Financement des prestations au lieu de couverture des coûts

La révision partielle devait permettre de rompre totalement avec le principe de la couverture des coûts et de le remplacer par celui du financement des prestations. Elle prévoyait que toutes les prestations nécessitant une infrastructure hospitalière soient soumises à un même régime de financement. Le principe de la couverture des charges d'exploitation imputables, repris de l'ancienne loi sur l'assurance-maladie et accidents (LAMA), était jugée contraire aux principes d'un système axé sur la maîtrise des coûts. En effet, les déficits d'exploitation des hôpitaux publics étaient le plus souvent couverts en totalité par l'Etat. Ce type de conditions - cadres n'incitaient guère à raisonner en termes d'économie d'entreprise selon le Conseil Fédéral.

En conclusion, Le Conseil Fédéral admettait que cette réforme entraînerait à court terme des coûts supplémentaires considérables pour les Cantons. A long terme toutefois, il espérait des effets bénéfiques dans le domaine de la maîtrise des coûts.

II. L'échec de la deuxième révision de l'assurance maladie

Pour des raisons qu'il ne nous appartient pas de développer dans ce mémoire car elles relèvent plus de l'analyse des rapports de force politiques que de l'analyse juridique de textes de lois, la deuxième révision de l'assurance obligatoire des soins a essuyé durant la session d'hiver 2003 (soit après 3 ans d'intenses débats, ce qui a fait dire à un parlementaire vaudois qu'il désespérait de voir un jour la LAMal, à l'instar de la Cathédrale de Lausanne, libre de tout échafaudage) un échec devant les Chambres Fédérales.

Sommairement, il est toutefois possible d'affirmer que cette deuxième révision a cristallisé une coalition hétéroclite d'oppositions. Une lecture transversale des débats du Conseil des Etats [*Conseil des Etats – Session d'hiver 2003 – Neuvième séance – 16.12.03 – 08h00*] laisse deviner qu'entre les parlementaires défavorables au surcroît des charges des budgets cantonaux, les tenants d'une plus grande mise en concurrence des prestataires de soins et les partisans d'une caisse maladie unique s'est nouée une alliance de circonstance qui a torpillé le projet.

Un autre paramètre peut également avoir joué un certain rôle dans l'échec devant les parlementaires de la deuxième révision de la LAMal: l'arrêt du Tribunal Fédéral du 30 novembre 2001, qui a réglé sur le plan des principes la question de la participation des Cantons au financement des hospitalisations intra cantonales des bénéficiaires d'une assurance privée ou semi-privée. Ce point fait l'objet du chapitre suivant

III. L'arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 2001 dans la cause Département de l'action sociale et de la santé, Genève, contre ASSURA

III.1 Les termes du débat

C'est dans le contexte législatif précédemment décrit (et en particulier les articles 49 al.1, et art. 44 al.1 LAMal) qu'il faut replacer l'arrêt retentissant du tribunal Fédéral en date du 30 novembre 2001. La question de principe posée aux juges fédéraux peut être résumée ainsi: une personne hospitalisée en division privée ou semi-privée d'un hôpital public du canton où elle habite - ou, pour elle, son assureur-maladie – peut-elle prétendre de ce canton la part des coûts imputables dans la division commune de cet hôpital?

III.1.1 Le rappel des faits

Pour éclaircir les termes du débat, nous relaterons brièvement les faits.

A.- S. a été hospitalisée à l'Hôpital cantonal de Genève du 5 au 14 janvier 1998 en division privée. Il en est résulté une facture de 10'695,70 CHF que l'hôpital a envoyée le 28 janvier 1998 à la caisse maladie Assura, assureur maladie de la patiente, laquelle l'a prise intégralement en charge.

Le 11 mars 1999, Assura a écrit au Département de l'action sociale et de la santé du canton de Genève (ci-après: DASS) pour lui communiquer la facture précitée et l'inviter à lui faire parvenir, « en conformité de l'avis exprimé par le TFA », la participation financière du canton aux frais d'hospitalisation de l'assurée. La caisse fondait sa demande sur la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, d'après laquelle l'obligation du canton de résidence de payer la différence de coûts existe en principe également lorsqu'un assuré qui, pour des raisons médicales, recourt aux services d'un hôpital public ou subventionné par les pouvoirs publics situé hors de son canton de résidence, et séjourne dans la division privée ou mi-privée de cet établissement.

Cette demande a été rejetée par le DASS, d'abord de manière informelle en date du 18 mars 1999, puis le 29 avril 1999 par décision formelle. Assura a formé opposition à ce rejet en date du 23 septembre 1999.

B.- Saisi par Assura d'un recours contre cette dernière décision, le Tribunal administratif de la République et canton de Genève, statuant en qualité de tribunal cantonal des assurances, a condamné par le jugement daté du 14 septembre 2000 le DASS « à participer financièrement, au minimum à hauteur de 50% du coût imputable de la division commune, au séjour de Madame S. en division privée de l'HUG ».

C.- Le DASS interjette recours de droit administratif contre ce jugement qu'il demande au Tribunal fédéral des assurances d'annuler, le tribunal étant invité à dire que le DASS n'est pas tenu de participer financièrement aux frais d'hospitalisation de Madame S. en division privée des HUG. Au terme d'un préavis circonstancié, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), prenant fait et cause pour l'assureur, propose de rejeter le recours.

Le Tribunal cantonal donne raison à Assura. L'affaire est alors portée devant le Tribunal Fédéral

III.1.2 Les considérants du Tribunal Fédéral

Nous nous permettrons de reproduire (en élaguant ce qui n'est pas indispensable) les considérants du Tribunal Fédéral (TF).

Selon la plus haute autorité judiciaire du pays, c'est l'interprétation de l'**art. 49 al. 1 LAMal** et plus particulièrement de sa deuxième phrase qui divise les parties. Selon les termes de cette disposition:

« Pour rémunérer le traitement hospitalier, y compris le séjour à l'hôpital (art. 39, 1^{er} al.), les parties à une convention conviennent de forfaits. Pour les habitants du canton, ces forfaits couvrent au maximum, par patient ou par groupe d'assurés, 50 pour cent des coûts imputables dans la division commune d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics. Les coûts imputables sont établis lors de la conclusion de la convention. La part des frais d'exploitation résultant d'une surcapacité, les frais d'investissement et les frais de formation et de recherche ne sont pas pris en compte. »

Peut-on déduire de cette réglementation, poursuit le TF, le droit d'un assuré hospitalisé dans la division privée ou semi privée d'un hôpital public ou subventionné par les pouvoirs publics de son canton de résidence à une participation financière de ce canton, d'un même montant que celle qui serait à la charge du canton si l'assuré avait séjourné dans la division commune de cet hôpital? C'est ce que soutient la caisse intimée (Assura) et ce que conteste le recourant (le DASS du Canton de Genève). Cette problématique, poursuit le TF, présente suffisamment d'analogie avec celle qui se présentait dans l'arrêt [ATF 123 V 290](#). Le Tribunal fédéral relève que cet arrêt ([ATF 123 V 290](#)) « a laissé indécise la question de la participation financière cantonale aux hospitalisations intra cantonales ». Il note également que ni l'**art. 49 al. 1 LAMal** ni l'**art. 39 LAMal** ne comportent de distinctions entre la division commune et les divisions privée ou semi privée des hôpitaux publics, de sorte qu'aucun argument issu de ce texte ne permet d'affirmer que les Cantons n'auraient pas à financer le traitement hospitalier des maladies aiguës dans les divisions privée ou semi-privée des hôpitaux publics.

S'appuyant sur le message du Conseil fédéral concernant la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991 et sur divers commentaires émanant de fonctionnaires de l'OFAS, ainsi que sur l'art. 41 al. 1 let. a et b et al. 2 Cst., les juges fédéraux, à la suite des juges cantonaux, sont d'avis qu'il convient de « garantir le même niveau de participation de l'Etat à tous les séjours médicalement nécessaires dans les différentes divisions servant au traitement hospitalier des hôpitaux publics ou subventionnés ». En conséquence, l'art. 49 al. 1 LAMal s'applique également lors d'une hospitalisation en division privée d'un hôpital public ou subventionné, indépendamment du point de savoir si l'assuré dispose d'une assurance complémentaire pour cette éventualité. Ce n'est donc ni à l'assuré, ni, le cas échéant, à son assureur, de prendre en charge « l'équivalent de la contribution publique pour les séjours en division commune » car cela reviendrait à « limiter le devoir de participation du canton aux seuls séjours en division commune », manière de faire qui restreindrait la division commune « à un lieu géographique », ce qui ne correspond pas à l'approche fonctionnelle voulue par la LAMal. Il en résulte que le DASS doit « participer à l'hospitalisation en division privée de

dame S. et donc verser à Assura la part découlant de cette obligation », à savoir au minimum 50% des coûts imputables à une hospitalisation en division commune et remboursée par l'assurance obligatoire des soins au sens de l'**art. 49 al. 1 LAMal**.

Cette interprétation jurisprudentielle repose sur une conception dite « fonctionnelle » de la division commune d'un établissement hospitalier. Elle est explicitée en détail au consid. 6b de l'arrêt [ATF 123 V 290](#).

Le recourant (le Département de l'Action Sociale et de la Santé) le conteste, en soutenant que seul peut bénéficier de cette protection tarifaire l'assuré qui séjourne effectivement dans la division commune d'un hôpital public ou subventionné.

Les juges fédéraux affirment dans leur démonstration que ce point de vue méconnaît la notion de « division commune » qui se dégage de la jurisprudence susmentionnée et qui s'applique à toute hospitalisation d'une personne affiliée à l'assurance obligatoire qui séjourne dans un établissement répondant à la définition et aux conditions énoncées dans la loi (**art. 39 al. 1 LAMal**). En effet, selon le Tribunal Fédéral, l'assuré qui choisit de séjourner en division privée ne renonce pas ipso facto aux droits que lui confère la réglementation légale de l'assurance obligatoire des soins, qu'il soit ou non au bénéfice d'une assurance complémentaire. En tout état de cause, les personnes au bénéfice d'une assurance complémentaire s'acquittent aussi des primes de l'assurance obligatoire. Qu'elles doivent s'acquitter d'un prix plus élevé que si elles séjournaient en division commune ne les prive pas du droit de connaître la manière dont l'hôpital calcule ce prix par rapport à celui qu'il encaisserait si l'hospitalisation avait lieu en division commune. Cela résulte en particulier de l'**art. 42 al. 3 LAMal** qui dispose que le fournisseur de prestations doit remettre au débiteur de la rémunération une facture détaillée et compréhensible.

Le Tribunal Fédéral relève également à l'appui de sa démonstration que cette disposition légale s'inscrit dans le dispositif de protection tarifaire des assurés instauré par la législation entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996 (**art. 44 al. 1 LAMal**) qui a pour effet que le fournisseur de prestations ne peut pas facturer à l'assuré davantage que le montant dû par la caisse-maladie selon le tarif ([ATF 126 III 38](#) consid. 2a). C'est dès lors dans ce cadre - celui de la protection tarifaire des assurés et de l'exigence de transparence qui résulte aussi du texte de l'**art. 49 al. 1 LAMal** lui-même que doit être examiné, en l'espèce, le droit de l'assurée (ou, pour elle, de la caisse intimée) à une « participation financière » du recourant, comme l'énonce le dispositif du jugement attaqué, durant son séjour à l'Hôpital cantonal de Genève du 5 au 14 janvier 1998.

Il n'est pas non plus possible d'affirmer, selon le Tribunal Fédéral, comme le fait le recourant, qu'en édictant la norme qui figure à l'**art. 49 al. 1 LAMal**, le législateur fédéral entendait d'emblée exclure du bénéfice de cette règle les assurés qui choisissent de séjourner dans la division privée d'un hôpital public. En réalité, cette disposition légale doit se comprendre de manière inverse, c'est-à-dire qu'elle délimite l'étendue du droit qu'un assuré peut faire valoir à l'égard de l'assurance obligatoire des soins lorsqu'il séjourne dans un hôpital public ou subventionné, indépendamment de la division qu'il choisit ([ATF 125 V 105](#) consid. 3^e). En d'autres termes, qu'il dispose ou non d'une assurance complémentaire, l'assuré a toujours droit à un montant équivalent à celui que l'assureur devrait payer à l'hôpital en cas de séjour dans la division commune.

Au vu de ce qui précède, Le Tribunal Fédéral conclut au caractère infondé du recours du DASS et le rejette, suivant en cela l'autorité fédérale de surveillance (l'Office Fédéral de la Santé Publique) dont l'avis a revêtu un poids particulier dans ce contexte, compte tenu de la portée de principe de l'arrêt. Il condamne par conséquent le Département de l'Action sanitaire et Sociale du Canton de Genève à participer à l'hospitalisation en division privée de

Madame S. et donc verser à Assura la part découlant de cette obligation, à savoir au minimum 50% des coûts imputables à une hospitalisation en division commune et remboursée par l'assurance obligatoire des soins au sens de l'**art. 49 al. 1 LAMal**.

III.2 Les conséquences de l'arrêt du Tribunal Fédéral

L'arrêt rendu par le Tribunal fédéral des assurances (TFA) en date du 30 novembre 2001 sur la question de savoir si les Cantons doivent ou non contribuer aux coûts de traitements hospitaliers dispensés aux assurés au bénéfice d'une assurance complémentaire est un arrêt clairement favorable aux assurances. Dans son arrêt, le TFA s'est prononcé pour la première fois sur la question de savoir si les Cantons devaient ou non participer aux coûts de traitements hospitaliers dispensés à l'intérieur du canton aux assurés au bénéfice d'une assurance complémentaire. Le TFA a confirmé l'obligation des Cantons de contribuer également aux frais de traitement des patients au bénéfice d'une assurance complémentaire, en division privée et semi-privée dans un hôpital public ou subventionné par les pouvoirs publics situé à l'intérieur de leur territoire. Cette participation doit correspondre aux coûts non couverts par l'assurance obligatoire des soins pour le traitement des assurés en division commune de l'hôpital concerné. Il en ressort comme argument principal qu'au sens de l'art. 49, al. 1, LAMal, la «division commune n'est en rien un lieu physique de l'hôpital, mais désigne un concept fonctionnel » En cas de traitement hospitalier dans un hôpital public ou subventionné par les pouvoirs publics de leur canton de résidence, tous les assurés, quelle que soit leur couverture d'assurance, ont donc droit à une participation du canton.

Cette décision eut deux effets, l'un économique, l'autre politique.

III.2.1 Les conséquences économiques

L'application immédiate et complète de la décision du TFA aurait occasionné, si elle avait été immédiatement appliquée, une charge financière supplémentaire de l'ordre de 700 millions de francs pour les finances cantonales (le chiffres variant considérablement selon les estimations). Cette surcharge, si elle avait immédiatement pris effet, aurait été extrêmement problématique, car, la plupart du temps, ces contributions cantonales supplémentaires n'avaient été inscrites ni dans les budgets ni dans les plans financiers cantonaux.

III.2.2 Les conséquences politiques

Cette situation hautement dommageable pour les finances cantonales a poussé la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique (CSSS) du Conseil des Etats de présenter lors de sa séance des 12/13 février 2002, par le biais d'une initiative de commission, une loi fédérale urgente pour régler à titre transitoire la question du financement des hôpitaux. Cette loi et la prise de position du Conseil Fédéral font l'objet de la discussion du chapitre suivant.

IV. La Loi fédérale sur l'adaptation des participations cantonales aux coûts des traitements hospitaliers dispensés dans le canton de domicile

En date du 13 février 2002, la Commission de la sécurité sociale et de la santé (CSSS) du Conseil des Etats a déposé une initiative parlementaire sous la forme d'un projet de loi formulé de toutes pièces. De manière à officialiser une solution transitoire en relation avec le remboursement des coûts à la charge des Cantons dus pour le séjour à l'hôpital de personnes au bénéfice d'une assurance complémentaire, proposition est faite de présenter une loi fédérale urgente pour régler de manière temporaire la question du financement hospitalier.

La raison qui justifiait le dépôt d'une initiative parlementaire était la décision du Tribunal fédéral des assurances (TFA) du 30 novembre 2001 concernant l'obligation pour le canton de contribuer aux coûts du séjour à l'hôpital sur son territoire en division privée ou semi-privée. Le TFA a considéré que les Cantons devaient participer également en cas de séjour à l'hôpital à l'intérieur de leur territoire aux coûts du traitement hospitalier des assurés en division privée ou semi-privée dans des hôpitaux publics. Cette participation doit correspondre à la part des coûts non supportés par l'assurance obligatoire des soins pour le traitement de la personne assurée dans la division commune de l'hôpital concerné; elle intervient indépendamment de la nature de la division d'un hôpital public dans laquelle la personne assurée a effectivement séjourné. Le TFA a ainsi confirmé la jurisprudence qu'il avait initiée dans ses décisions du 16 et du 19 décembre 1997 en relation avec l'obligation du canton de contribuer aux coûts du séjour justifié par des raisons médicales dans un hôpital sis hors canton.

Le texte de loi émanant de la CSSS est présenté in extenso ci-après

Art. 1

1 En dérogation à l'art. 49, al. 1 et 2, de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, les Cantons participent aux coûts des traitements hospitaliers dispensés dans le canton, en division semi-privée ou privée des hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics, à raison de:

- a. à compter du 1^{er} janvier 2002, 60% des tarifs dus par les assureurs pour les résidents du canton pour la division commune de l'hôpital concerné;*
- b. à compter du 1^{er} janvier 2003, 80% des tarifs payés par les assureurs pour les résidents du canton pour la division commune de l'hôpital concerné;*
- c. à compter du 1^{er} janvier 2004, 100% des tarifs payés par les assureurs pour les résidents du canton pour la division commune de l'hôpital concerné.*

2 Est déterminant pour la hauteur de la participation cantonale le jour de l'entrée à l'hôpital.

Art. 2

1 Les hôpitaux remettent la facture aux assureurs après déduction de la participation du canton.

2 Les Cantons règlent les modalités de décompte entre eux et les hôpitaux.

3 Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'application, pour autant que les Cantons ne soient pas compétents en la matière.

Il s'agit d'une loi à effet rétroactif, visant à régler de manière temporaire la question du financement hospitalier à la suite du jugement du Tribunal Fédéral. Il n'est pas inintéressant de relire le commentaire du Conseil Fédéral sur cette loi fédérale urgente [*Loi fédérale sur l'adaptation des participations cantonales aux coûts des traitements hospitaliers dispensés dans le canton selon la loi fédérale sur l'assurance-maladie. Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil des Etats du 13 février 2002. Avis du Conseil fédéral du 15 mars 2002*] :

«L'application pleine et entière des décisions du TFA placerait un nombre important de Cantons devant des problèmes financiers sérieux. En outre, serait laissé à chaque assureur le soin de faire appliquer les décisions, ce qui peut conduire à une certaine inégalité de droit. (...) Le Conseil fédéral est favorable [à l'introduction de cette loi urgente] pour deux raisons. D'une part, la réglementation est limitée dans le temps et d'autre part, elle n'agit pas contre la proposition du Conseil fédéral tendant au financement des prestations pour moitié par le canton et par l'assureur maladie».

PARTIE III

La troisième série de révisions de l'assurance maladie

I. Le message du Conseil Fédéral du 26 mai 2004

Après l'échec de la deuxième révision de la LAMal, le Conseil fédéral a soumis au Parlement, le 26 mai 2004, un message devant aboutir à la troisième série de révisions de l'assurance obligatoire des soins. Dans les lignes qui suivent, nous nous intéresserons exclusivement à ce qui relève du financement des hôpitaux à l'exclusion des autres domaines.

I.1 Passage au financement dual fixe des hôpitaux

Le Conseil fédéral a estimé que le problème des coûts dans l'assurance-maladie s'expliquait avant tout par un contrôle insuffisant de la quantité de prestations fournies. C'est pourquoi les solutions qu'il a proposées se sont essentiellement portées sur des corrections visant à agir sur le volume. A cet effet, il a donné mandat au DFI en août 2002 d'approfondir plusieurs thèmes essentiels (l'obligation de contracter, le financement moniste des hôpitaux, les modèles de managed care et la modification de la participation aux coûts; ces aspects ont par la suite encore été complétés par des rapports d'experts sur la compensation des risques et le financement des soins).

I.1.1 Financement hospitalier

Le Conseil fédéral a proposé que l'on passe du système actuel de financement des établissements à un système de financement des prestations, les coûts des prestations des hôpitaux publics et privés mentionnés dans la planification cantonale devant être assumés pour moitié par les Cantons et pour moitié par les assureurs maladie (financement dual fixe). Ce changement en faveur d'un système de financement dual des prestations, qui établit une plus grande égalité de traitement entre les différents fournisseurs de prestations hospitalières, favorisant donc la concurrence, a rallié une majorité lors des débats aux Chambres Fédérales.

Selon le Conseil Fédéral, ce nouveau système accroît l'égalité de traitement entre les divers fournisseurs de prestations hospitaliers. Hormis le fait que le financement n'est pas le même pour les prestations ambulatoires et pour les hospitalisations, c'est un modèle concurrentiel bâti sur le rapport prix - prestation et sur la transparence nécessaire du marché.

. Les principes retenus sont les suivants :

- Le passage du financement actuel par établissement à un financement des prestations. Ce ne seront plus les coûts imputables d'un hôpital en tant qu'entreprise, mais les prestations effectivement fournies, qui seront financés. L'objectif visé est une amélioration de la transparence des coûts et donc une comparabilité des prestataires de soins.
- Les prestations des hôpitaux publics - déduction faite des investissements - seront prises en charge pour moitié (financement dual fixe) par le canton et pour l'autre moitié par les assureurs maladie. Cela s'applique aussi aux hôpitaux privés figurant dans la planification cantonale.
- Au sein du financement hospitalier, la compensation des risques a été détachée dans un projet à part dont la complexité technique rend l'étude impossible au sein de notre mémoire.

Il est à relever que dans le message daté du 26 mai 2004, le système dual fixe ne mentionne pas les investissements, mais seulement les prestations. L'on peut juste noter, au détour d'une phrase, les nouveautés suivantes (le soulignement est de notre fait) :

Afin de garantir une réglementation applicable de la prise en charge, par les Cantons, des coûts de traitements hospitaliers en division privée ou semi-privée, le Conseil fédéral propose de prolonger la réglementation fixée pour l'année 2004 dans la loi fédérale sur l'adaptation des participations cantonales jusqu'à l'entrée en vigueur de nouvelles règles pour le financement hospitalier. La réglementation proposée se limite en premier lieu au financement des coûts d'exploitation et, en second lieu, au domaine des hôpitaux publics et subventionnés par les pouvoirs publics. Dans son message du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie, le Conseil fédéral était d'avis que les investissements ne devaient pas être pris en compte dans les coûts imputables utilisés pour la détermination des forfaits. Ce principe doit continuer à être appliqué jusqu'à la réforme du financement hospitalier dans la LAMal, bien qu'il faille constater qu'aujourd'hui déjà, certains amortissements des investissements sont comptabilisés dans les frais d'exploitation imputables. Le TFA ayant fixé, sur la base de l'interprétation de l'art. 41, al. 3, LAMal, que l'obligation de contribution du canton était supprimée si la personne assurée était traitée dans un hôpital privé non subventionné (ATF 123 V 310 ss), il y a également lieu de prendre en considération l'extension de la réglementation du financement aux hôpitaux privés dans le cadre de la réforme du financement hospitalier dans la LAMal et non purement et simplement dans le cadre d'une disposition transitoire.

Un changement de doctrine concernant le financement des investissements (et non plus des prestations seules) par l'assurance obligatoire des soins se dessine sous nos yeux. Nous y reviendrons ultérieurement.

I.2 Prolongation de la loi fédérale du 21 juin 2002 sur l'adaptation des participations cantonales aux coûts des traitements hospitaliers dispensés dans le canton selon la loi fédérale sur l'assurance-maladie

Comme noté ci-dessus, les Chambres fédérales sont parties du principe que la loi fédérale urgente constituait une réglementation transitoire valable jusqu'à l'entrée en vigueur de la 2^e révision de la LAMal. Cette dernière ayant été rejetée au cours de la session d'hiver 2003, une nouvelle réglementation du financement des hôpitaux ne pouvait pas entrer en vigueur après l'expiration au 31 décembre 2004 du délai de validité de la loi fédérale urgente.

Afin de garantir une réglementation applicable de la prise en charge, par les Cantons, des coûts de traitements hospitaliers en division privée ou semi-privée, le Conseil fédéral a proposé de prolonger la réglementation fixée pour l'année 2004 dans la loi fédérale sur l'adaptation des participations cantonales jusqu'à l'entrée en vigueur de nouvelles règles pour le financement hospitalier, ce qui a été accepté par le Parlement.

II. Loi fédérale sur l'assurance obligatoire des soins - Etat au 1^{er} janvier 2009

Nous abordons ce qui est la dernière étape de notre travail de mémoire. Dans le courant du mois de décembre 2007, le Parlement a voté une révision de la loi sur l'assurance obligatoire des soins, actuellement en vigueur (juillet 2009). Nous ne traiterons, par rapport à la version princeps du 18 mars 1994 abondamment commentée précédemment, que des modifications concernant le financement et l'organisation des hôpitaux. Les autres articles seront laissés de côté.

II.1 Surveillance et statistiques

Dans la section surveillance et statistiques de la LAMal nouvelle mouture, surgit un article de loi qui va profondément bouleverser la surveillance et le contrôle de la pratique médicale dans notre pays. Cet article étend le contrôle des autorités fédérales (y compris l'Office Fédéral de la Justice) à l'ensemble des prestataires de soins (non seulement les hôpitaux, mais également les cabinets médicaux, les polycliniques, les centres de traitement ambulatoires etc.). Il donne au Surveillant des prix un rôle légalement établi de contrôleur. Les données recueillies, stipule l'alinéa 3, seront publiées. Des débats acharnés sur la validité des données publiées sont en vue. Cet article de loi, en raison de son importance, est reproduit in extenso. Il est tout à fait surprenant qu'il n'ait fait l'objet d'aucun commentaire dans la presse ni dans la communauté médicale.

Les opposants de longue date à la LAMal, au motif qu'elle entraînait une bureaucratisation insupportable de la pratique médicale, verront dans le libellé de l'article 22a une confirmation de leurs vues. Il est difficile de ne pas leur donner raison. Le rôle de l'Office fédéral de la justice, mentionné parmi les destinataires des données, est de garantir le principe de la protection des données.

Art. 22a LAMal Données des fournisseurs de prestations

1 Les fournisseurs de prestations doivent communiquer aux autorités fédérales compétentes les données qui sont nécessaires pour surveiller l'application des dispositions de la présente loi relatives au caractère économique et à la qualité des prestations. Les indications suivantes doivent notamment être communiquées:

- a. le genre d'activité, l'infrastructure et l'équipement, la forme juridique;*
- b. l'effectif du personnel et le nombre de places de formation ainsi que leur structure;*
- c. le nombre de patients et la structure de leur effectif, sous une forme anonyme;*
- d. le genre, l'ampleur et les coûts des prestations fournies;*
- e. les charges, les produits et le résultat d'exploitation;*
- f. les indicateurs de qualité médicaux.*

2 Les personnes physiques ou morales interrogées sont soumises à l'obligation de renseigner. Les données doivent être mises gratuitement à disposition.

3 Les données sont collectées par l'Office fédéral de la statistique. Celui-ci met à la disposition de l'Office fédéral de la santé publique, du Surveillant fédéral des prix, de l'Office fédéral de la justice, des Cantons et des assureurs ainsi que des institutions figurant à l'art. 84a, les données par fournisseur de prestations énumérées à l'al. 1 aux fins de l'application de la présente loi. Ces données sont publiées.

4 Le Conseil fédéral édicte des dispositions détaillées sur la collecte, le traitement, la transmission et la publication des données, dans le respect du principe de la proportionnalité.

II.2 Prestations

Dans la section prestations, l'article 25 nouvelle mouture fait disparaître les séjours semi hospitaliers, source de grande confusion pour le personnel soignant. Ne subsiste plus que la distinction traitement ambulatoire / traitement hospitalier. Par rapport à la loi de mars 1994, l'alinéa f est donc supprimé (cf. notre commentaire page 15).

II.3 Fournisseurs de prestations

L'article 39 LAMal signe l'entrée en force de la Confédération dans le domaine politiquement sensible de la planification hospitalière. Les Cantons sont priés manu militari de coordonner leur planification (et non plus seulement de procéder à une planification) selon des critères uniformes édictés par la Confédération (et non plus selon des critères propres aux Cantons). Vu le libellé de cet article, l'on peut se demander pourquoi les services fédéraux ne se sont pas directement octroyés le travail de la planification. Sans doute parce que la politique hospitalière est encore formellement de la compétence des Cantons (mais pour combien de temps encore ?).

Art. 39 LAMal Hôpitaux et autres institutions

(...)

2. *Les Cantons coordonnent leurs planifications.*

2. *bis Dans le domaine de la médecine hautement spécialisée, les Cantons sont tenus d'établir conjointement une planification pour l'ensemble de la Suisse. Si les Cantons n'effectuent pas cette tâche à temps, le Conseil fédéral détermine quels hôpitaux figurent pour quelles prestations sur les listes cantonales.*

2. *ter Le Conseil fédéral édicte des critères de planification uniformes en prenant en considération la qualité et le caractère économique. Il consulte au préalable les Cantons, les fournisseurs de prestations et les assureurs.*

Les principes généraux de la planification intercantonale sont énumérés dans la Section 11 (Critères de planification) de l'Ordonnance sur l'assurance maladie (OAMal) dont les articles pertinents sont les articles 58a à 58e et tout particulièrement les articles 58b et 58e. Nous en retiendrons les éléments suivants :

- le caractère économique et l'efficacité des prestations sont primordiaux pour l'inscription dans la planification, critères faisant sans surprise l'objet de comparaison ;
- le nombre minimum de cas traité par an est un des critères retenus, ce qui peut menacer les hôpitaux drainant une population isolée (Pays d'Enhaut etc.) ;
- les hôpitaux retenus sont astreints à un contrat de prestation qui peut donc restreindre leur libre choix de spécialités (art. 58e al.2 et 3). En d'autres termes, c'est leur propre liberté d'entreprendre qui est menacée.

Art. 58b OAMal Planification des besoins en soins

1 Les Cantons déterminent les besoins selon une démarche vérifiable. Ils se fondent notamment sur des données statistiquement justifiées et sur des comparaisons.

2 Ils déterminent l'offre utilisée dans des établissements qui ne figurent pas sur la liste qu'ils ont arrêtée.

(...)

4 Lors de l'évaluation et du choix de l'offre qui doit être garantie par la liste, les Cantons prennent notamment en compte:

- a. le caractère économique et la qualité de la fourniture de prestations;*
- b. l'accès des patients au traitement dans un délai utile;*
- c. la disponibilité et la capacité de l'établissement à remplir le mandat de prestation selon l'art. 58e.*

5 Lors de l'examen du caractère économique et de la qualité, les Cantons prennent notamment en considération:

- a. l'efficacité de la fourniture de prestations;*
- b. la justification de la qualité nécessaire;*
- c. dans le domaine hospitalier, le nombre minimum de cas et l'exploitation des synergies.*

Art. 58e (OAMal) Listes et mandats de prestations

(...)

2 Les listes mentionnent pour chaque hôpital l'éventail de prestations correspondant au mandat de prestations.

3 Les Cantons attribuent à chaque établissement sur leur liste un mandat de prestations au sens de l'art. 39, al. 1, let. e de la loi. Celui-ci peut contenir notamment l'obligation de disposer d'un service d'urgence.

II.4 Choix du fournisseur de prestations et prise en charge des coûts

Sous son aspect anodin, l'article 41 LAMal est un pas de géant vers un marché fédéral (et non cantonal) des soins en Suisse. Le libre choix de l'assuré dans le domaine ambulatoire semble admis sans réserve. Dans le cas du traitement hospitalier, le libre choix est également accepté,

à la condition toutefois que l'assuré paie de sa poche la différence de coûts entre l'hôpital de son choix et l'hôpital de son canton de résidence (al 1bis). Nous faisons le pari que les révisions ultérieures de la LAMal feront sauter ces barrières et que l'ensemble des prestataires de soins seront mis en concurrence sur le territoire helvétique dans un proche avenir.

Art. 41 LAMal

1 En cas de traitement ambulatoire, l'assuré a le libre choix entre les fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter sa maladie. L'assureur prend en charge les coûts jusqu'à concurrence du tarif applicable au lieu de résidence ou de travail de l'assuré ou dans les environs.

1bis En cas de traitement hospitalier, l'assuré a le libre choix entre les hôpitaux aptes à traiter sa maladie et figurant sur la liste de son canton de résidence ou celle du canton où se situe l'hôpital (hôpital répertorié). En cas de traitement hospitalier dans un hôpital répertorié, l'assureur et le canton de résidence prennent en charge leur part respective de rémunération au sens de l'art. 49a jusqu'à concurrence du tarif applicable pour ce traitement dans un hôpital répertorié du canton de résidence.

2 Si, pour des raisons médicales, l'assuré se soumet à un traitement ambulatoire administré par un autre fournisseur de prestations, l'assureur prend en charge les coûts correspondant au tarif applicable à cet autre fournisseur.

3 Si, pour des raisons médicales, l'assuré se soumet à un traitement hospitalier fourni par un hôpital non répertorié du canton de résidence, l'assureur et le canton de résidence prennent à leur charge leur part respective de rémunération au sens de l'art. 49a. A l'exception du cas d'urgence, une autorisation du canton de résidence est nécessaire.

(...)

4 L'assuré peut, en accord avec l'assureur, limiter son choix aux fournisseurs de prestations que l'assureur désigne en fonction de leurs prestations plus avantageuses (art. 62, al. 1 et 3). L'assureur ne prend en charge que les coûts des prestations prodiguées ou ordonnées par ces fournisseurs; l'al. 2 est applicable par analogie. Les prestations que la loi rend obligatoires sont en tout cas garanties

II.5 Tarifs et prix

L'on ne peut que conseiller au personnel hospitalier de lire attentivement chaque ligne de l'article 49. Son étude se fera de façon systématique.

L'alinéa 1 introduit le forfait par pathologie, ou pour parler un langage familier, donne une assise légale au financement hospitalier par DRG. Ce point n'est guère une surprise; il s'agit d'une donnée invariante de la politique fédérale puisqu'on en trouve trace dans les messages du Conseil Fédéral de 1991 et de 2004. La lourdeur du style peut toutefois être regrettée. Quant à la dernière phrase de l'alinéa, sous sa tournure quasi incompréhensible, elle établit que les hôpitaux seront rémunérés sur la base des performances des hôpitaux les plus efficaces du point de vue économique. Nos juristes ont d'ordinaire une plume plus légère pour énoncer des choses somme toute triviales. Les hôpitaux dont la structure des coûts est la plus lourde (je pense en particulier aux hôpitaux universitaires) ont beaucoup de soucis à se faire puisqu'ils seront comparés à des établissements de moindre taille et aux missions moins étendues.

L'alinéa 2 est tout aussi alambiqué. Que veut-il dire ? Que les forfaits par pathologies (DRG) couvriront non seulement les prestations médicales mais également les investissements hospitaliers. Le changement de doctrine mentionné page 43 de ce présent mémoire a eu lieu de façon subreptice. Le financement dual fixe (paiement des prestations médicales) est remplacé en un tour de main par un financement complet de l'institution hospitalière (prestations médicales et investissements). Il est regrettable que cette mutation capitale ait été énoncée en Volapük. Quant à l'organisation mentionnée dans la première phrase, elle semble sortir tout droit d'un roman d'espionnage.

L'alinéa 3 exclut de toute convention tarifaire le maintien d'hôpitaux pour des raisons de politique régionale (les hôpitaux des régions périphériques, dont le plateau technique est sous-employé, sont particulièrement menacés) ainsi que la recherche et la formation universitaire. Il est à relever que dans son article 7, l'Ordonnance sur le calcul des coûts et des prestations (OCP) affirme que :

Art 7 OCP

Sont réputés coûts de formation universitaire au sens de l'art. 49, al.3 de la loi les moyens engagés pour :

- a) ...
- b) *La formation post-grade des étudiants selon let. a jusqu'à l'obtention du titre post-grade fédéral.*

La rémunération des médecins internes jusqu'au titre de spécialiste ne pourra faire partie de la convention liant les assureurs et les hôpitaux. Cette décision menace non seulement le fonctionnement des hôpitaux, mais également la relève du personnel soignant.

L'alinéa 4 distingue le séjour hospitalier de l'attente de placement. Ces deux régimes de séjour en hôpital sont soumis à deux rémunérations distinctes. Rien de nouveau sous le soleil : ce distinguo existait déjà dans la première mouture de la LAMal.

L'alinéa 5 est un complément à l'article 44 (protection tarifaire). Les hôpitaux ne peuvent prétendre à des rémunérations supplémentaires selon les termes de la présente loi.

L'alinéa 8 complète les dispositions de l'article 22a mentionné ci-dessus. Les données hospitalières seront comparées à l'échelle nationale. Prix d'excellence et bonnets d'âne seront distribués au gré de comparaisons dont le caractère scientifique et indiscutable sera sans doute largement contesté. Les rédactions de nos journaux ont de beaux sujets d'articles en perspective.

Art. 49 LAMal Conventions tarifaires avec les hôpitaux

1 Pour rémunérer le traitement hospitalier, y compris le séjour à l'hôpital (art. 39, al. 1) ou dans une maison de naissance (art. 29), les parties à une convention conviennent de forfaits. En règle générale, il s'agit de forfaits par cas. Les forfaits sont liés aux prestations et se basent sur des structures uniformes pour l'ensemble de la Suisse. Les partenaires à une convention peuvent convenir que des prestations diagnostiques ou thérapeutiques spéciales ne sont pas comprises dans le forfait mais facturées séparément. Les tarifs hospitaliers sont déterminés en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse.

2 Les partenaires tarifaires instituent, conjointement avec les Cantons, une organisation compétente pour l'élaboration, le développement, l'adaptation et la maintenance des structures. Pour financer ces activités, une contribution couvrant les

coûts peut être prélevée par cas facturé. Les hôpitaux doivent à cet effet livrer à l'organisation les données nécessaires sur les coûts et les prestations. Si une telle organisation fait défaut, le Conseil fédéral l'institue de manière contraignante pour les partenaires tarifaires. Les structures élaborées par l'organisation et leurs adaptations sont soumises par les partenaires tarifaires au Conseil fédéral pour approbation. Si les partenaires ne peuvent s'entendre sur les structures, le Conseil fédéral les fixe.

3 Les rémunérations au sens de l'al. 1 ne comprennent pas les parts que représentent les coûts des prestations d'intérêt général. Ces prestations comprennent en particulier:

- a. le maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale;*
- b. la recherche et la formation universitaire.*

4 En cas d'hospitalisation, la rémunération s'effectue conformément au tarif applicable à l'hôpital au sens de l'al. 1, tant que le patient a besoin, selon l'indication médicale, d'un traitement et de soins ou d'une réadaptation médicale en milieu hospitalier. Si cette condition n'est plus remplie, le tarif selon l'art. 50 est applicable.

5 Les rémunérations au sens des al. 1 et 4 épuisent toutes les prétentions de l'hôpital quant aux prestations prévues par la présente loi.

6 Les parties à une convention conviennent de la rémunération du traitement ambulatoire.

7 Les hôpitaux doivent disposer d'instruments de gestion adéquats; ils doivent en particulier, selon une méthode uniforme, tenir une comptabilité analytique ainsi qu'une statistique de leurs prestations pour calculer leurs coûts d'exploitation et d'investissement et classer leurs prestations. Ces instruments doivent comprendre toutes les données nécessaires pour juger du caractère économique, pour procéder à des comparaisons entre hôpitaux et pour établir la tarification ainsi que la planification hospitalière. Les gouvernements cantonaux et les partenaires tarifaires peuvent consulter les pièces.

8 En collaboration avec les Cantons, le Conseil fédéral fait procéder à l'échelle nationale à des comparaisons entre hôpitaux – qu'il publie par la suite – en ce qui concerne notamment les coûts et la qualité des résultats médicaux. Les hôpitaux et les Cantons doivent livrer les documents requis à cette fin.

L'article 49a ne demande pas de commentaires particuliers. Son style limpide contraste avec celui alambiqué de l'article précédent. Sans doute est-ce le résultat de son caractère moins conflictuel.

Art. 49a LAMal Rémunération des prestations hospitalières

1 Les rémunérations au sens de l'art. 49, al. 1, sont prises en charge par le canton et les assureurs, selon leur part respective.

2 Le canton fixe pour chaque année civile, au plus tard neuf mois avant le début de l'année civile, la part cantonale pour les habitants du canton. Celle-ci se monte à 55% au moins.

3 Le canton de résidence verse sa part de la rémunération directement à l'hôpital. Les modalités sont convenues entre l'hôpital et le canton. L'assureur et le canton peuvent convenir que le canton paie sa part à l'assureur, et que ce dernier verse les deux parts à l'hôpital. La facturation entre l'hôpital et l'assureur est réglée à l'art. 42.

II.6 Dispositions transitoires de la modification du 21 décembre 2007 (Financement hospitalier)

Le législateur a ajouté, en avenant à la LAMal, des dispositions transitoires qui règlent tous les détails avant l'introduction des forfaits par pathologies (DRG) le 1^{er} janvier 2012.

Ces détails concernent en particulier :

- Les modalités d'introduction des DRG et les coûts d'investissements (al. 1 et 2)
- Les exigences de la planification hospitalière cantonale dont l'*ultima ratio* est la comparaison du caractère économique des prestations à l'échelle du pays (al.3)
- La répartition des contributions respectives des Cantons et des assureurs (al. 4 et 5)

Le lecteur trouvera ci-après la reproduction *in extenso* de ces dispositions transitoires.

1 L'introduction des forfaits liés aux prestations au sens de l'art. 49, al. 1, ainsi que l'application des règles de financement au sens de l'art. 49a, y compris l'inclusion des coûts d'investissement, doivent être terminées au plus tard le 31 décembre 2011.

2 Le Conseil fédéral fixe:

- a. les modalités d'introduction;*
- b. la procédure selon laquelle les investissements effectués avant l'entrée en vigueur de la présente modification sont pris en compte dans le calcul du tarif.*

3 Les planifications hospitalières cantonales doivent satisfaire aux exigences prévues à l'art. 39 dans un délai de trois ans à compter de la date d'introduction des forfaits visée à l'al. 1. L'appréciation de la qualité et du caractère économique se fonde sur des comparaisons entre hôpitaux.

4 Les Cantons et les assureurs se partagent les coûts des traitements hospitaliers jusqu'à la date d'introduction des forfaits visée à l'al. 1, conformément aux règles de financement en vigueur avant la modification de la loi. Pendant le délai d'adaptation des listes hospitalières prévu à l'al. 3, les Cantons prennent en charge leur participation aux coûts dans tous les hôpitaux figurant sur les listes en vigueur.

5 Les Cantons fixent leur part de rémunération prévue à l'art. 49a, al. 2, avant le 1^{er} janvier 2012. Les Cantons dont la moyenne des primes pour adultes est inférieure à la moyenne suisse au moment de l'introduction des forfaits prévue à l'al. 1 peuvent fixer

leur part de rémunération entre 45 % et 55 %. Cette part peut être modifiée chaque année de 2 points de pour-cent au plus, à partir du taux initial, jusqu'au 1^{er} janvier 2017.

6 La réglementation prévue à l'art. 41, al. 1bis, est également mise en œuvre à la date d'introduction des forfaits prévue à l'al. 1.

PARTIE IV

Conclusions générales

Nous arrivons au terme de l'analyse du recueil législatif concernant les modes de financement et d'organisation des hôpitaux suisses. La loi sur l'assurance obligatoire des soins (ou LAMal) est un monument législatif qui appelle plusieurs remarques, certaines d'ordre général, d'autres de portée plus restreinte.

I. Permanence et cohérence du projet politique

Du message du Conseil Fédéral du 6 novembre 1991 à la version de décembre 2007 de la LAMal, court le même fil rouge, gage de la cohérence du projet politique. On peut être en total désaccord avec l'évolution du système de santé (ce qui est massivement le cas du monde médical dans les Cantons francophones), on peut regretter le cadenassage législatif des prestations remboursées rendant vains toute négociation avec les assureurs et tout recours au Tribunal Fédéral, force est de constater que la LAMal résulte d'un projet politique mené avec obstination, dans une continuité exemplaire, soumettant graduellement le monde des soins à la logique de l'économie d'entreprise. Cette permanence du projet politique sur une longue période rend futile toute personnalisation des conflits et stérile la demande de démission de tel ou tel Conseiller Fédéral jugé défaillant. Tout oppose Mme Ruth Dreifuss et M. Pascal Couchepin ; pourtant ces deux Conseillers Fédéraux, ainsi que leur prédécesseurs, ont porté le même projet politique dans une continuité remarquable.

La question politique clé, la seule qui vaille d'être posée, est celle de l'adéquation des principes de l'économie d'entreprise au monde de la santé et au domaine hospitalier en particulier. Cette question principielle, à laquelle l'auteur de ces lignes serait tenté de répondre par la négative, excède par son ampleur l'ambition de ce mémoire.

II. Les avancées sociales

Les nouveautés introduites par la l'assurance obligatoire des soins en 1996 ont été énumérées précédemment. Nous les reprenons ici pour épargner les lecteurs harassés par la simple idée de consulter ce mémoire:

- la suppression de la fixation des primes en fonction de l'âge ou du sexe de l'assuré (dans l'ancien régime, les femmes et les personnes âgées payaient plus que les hommes jeunes) ;
- l'absence de réserve à l'admission de tout nouvel assuré ;
- le libre passage intégral d'une caisse maladie à l'autre, y compris pour les personnes les plus âgées ou les plus malades ;
- la suppression de toute limite de durée de prise en charge des prestations en cas d'hospitalisation médicalement justifiée ;
- l'inclusion des prestations ambulatoires à domicile dans le catalogue des prestations remboursées ;
- la prise en charge d'une palette élargie de prestations en cas de maternité ;
- la prise en charge de l'interruption non punissable de grossesse ;
- la prise en charge de l'accident à titre subsidiaire ;
- la protection tarifaire ;

- l'introduction d'outils de contrôle des coûts par le biais du caractère économique des prestations et des mesures exceptionnelles de contrainte ;
- la garantie de la qualité des soins ;
- la garantie de traitement.

Ces avancées ne sont pas négligeables et méritent considération.

III. Les régressions sociales

Quant à l'auteur de ces lignes, il ne voit que quatre faiblesses majeures dans l'assurance obligatoire des soins dans sa version actuelle:

- son caractère profondément antisocial, illustré par la prime et la participation aux coûts indépendantes du revenu de l'assuré;
- la couverture quasi inexistante des soins dentaires ;
- la couverture très incomplète des mesures de prévention;
- la bureaucratisation des activités soignantes (cf. en particulier l'article 22a, commenté p 44).

IV. La politique hospitalière

Le sujet de ce mémoire étant le financement et le mode d'organisation des hôpitaux suisses, il est normal que quelques lignes leur soient consacrées dans la conclusion générale. L'article 39 de la version actuelle de la loi rend obligatoire, dans le domaine de la médecine hautement spécialisée, une coordination des planifications hospitalières cantonales dont l'*ultima ratio* repose sur la comparaison du caractère économique des prestations à l'échelle du pays (al.3). Ceci ajouté au fait que la rémunération des établissements hospitaliers se fera à terme sur une base identique sans prise en compte de la spécificité des missions de chacun d'entre eux (article 49 al.1) peut être interprété comme le premier pas vers un marché fédéral des établissements hospitaliers. Cette interprétation trouve également sa source dans la lecture de l'article 41 qui instaure *de jure* un marché fédéral des soins ambulatoires.

Il n'est pas possible de finir ce travail de mémoire sans s'interroger sur la volonté du législateur quand, abandonnant son projet initial de financement des seules prestations (financement dual fixe), il a privilégié le financement complet de l'institution hospitalière (prestations et investissements). A l'heure où, de l'aveu même du pouvoir exécutif, les primes maladie constituent une charge insupportable pour une grande partie de la population, il est paradoxal que le législateur ait choisi une formule inédite (car inexistante dans d'autres pays ayant opté pour la tarification à l'activité) dont le premier effet sera un alourdissement des primes de l'ordre de 15%. Cette initiative n'a guère été commentée, pas même par ses initiateurs. L'auteur de ces lignes en est réduit à émettre des spéculations à son sujet, dont celle-ci: en incluant les investissements dans le mode de financement dual des établissements hospitaliers, le législateur a pavé le chemin vers un nouveau mode de gouvernance des hôpitaux, mode de gouvernance par lequel les assureurs maladie auront leur mot à dire non seulement sur l'économicité et la qualité des prestations médicales, mais également sur le devenir même des institutions hospitalières. Gageons qu'à terme, dans une ou deux législatures, le Conseil d'administration des hôpitaux sera composé à parts quasi égales de représentants des partis politiques et d'assureurs maladie.

V. Les assurances sociales: une question de santé publique

Du point de vue politique, la LAMal a définitivement installé les assureurs maladie, pour le meilleur comme pour le pire, dans le rôle de contrôleurs de gestion du système de santé. Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur les modalités pratiques de ce contrôle (qui peut être tatillon, procédurier et incompétent), force est de constater que, sur le plan des principes, il n'est pas anormal que les agents payeurs (État et assureurs) fassent usage de leur droit de regard dans un secteur clé qui consomme près de 13% de la richesse nationale. Épaulés par le pouvoir exécutif et ses bras séculiers (Office Fédéral de la Statistique et Office Fédéral de la Santé Publique), les assureurs vont procéder dans un futur proche à la comparaison des prestataires de soins (et particulièrement des hôpitaux) selon les critères de l'efficacité économique et de la qualité des prestations. Des batailles d'experts sur la validité des critères retenus et du mode de comparaison sont en vue. Il est vain de vouloir s'opposer à cette évolution qui peut être bénéfique en terme de santé publique.

L'axe du combat pour les membres des professions de la santé, en terme de santé publique, est bien au contraire d'approuver cette volonté de transparence, en veillant toutefois à ce que les critères de comparaison soient scientifiquement valides et exempts de biais. La tâche est suffisamment rude pour ne pas s'éparpiller en de vains combats d'arrière-garde.

VI. Le mot de la fin

En guise de conclusion, nous nous autoriserons une remarque de portée générale. Selon les principes politiques du *check and balance* hérités de la Révolution américaine de 1776 qui fondent l'équilibre des pouvoirs dans les sociétés modernes, il appartient aux différents pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif de se contrôler mutuellement et de corriger d'éventuels excès de l'un d'entre eux. Malheureusement, dans notre système actuel, une collusion anormale des trois pouvoirs avec les assureurs rend le système délicat du *check and balance* inopérant. Le deuxième axe du combat politique est alors tout tracé et il concerne chaque citoyen et non les seuls professionnels de la santé: rendre vie au système du *check and balance* dans notre démocratie.

ANNEXE

Liste des textes mentionnés dans ce mémoire

I. Lois fédérales et Ordonnances d'application

- Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) du 18 mars 1994
- Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) du 18 mars 1994 (Etat le 1er janvier 2009)
- Initiative parlementaire
Loi fédérale sur l'adaptation des participations cantonales aux coûts des traitements hospitaliers dispensés dans le canton selon la loi fédérale sur l'assurance-maladie
Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats du 13 février 2002
- Ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal) du 27 juin 1995 (Etat le 1er janvier 2009)
- Ordonnance du Département Fédéral de l'Intérieur sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins, OPAS) du 29 septembre 1995
- Ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux et les établissements médicosociaux dans l'assurance-maladie (OCP)
- Ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux et les établissements médicosociaux dans l'assurance-maladie: commentaire de l'Office Fédéral de la Santé Publique

II. Messages du Conseil Fédéral

- Message du Conseil Fédéral concernant la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991
- Message du Conseil Fédéral relatif à la 2^e révision partielle de la Loi sur l'Assurance Maladie du 18 septembre 2000
- Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (Stratégie et thèmes urgents) du 26 mai 2004

III. Arrêts du tribunal Fédéral

- ATF 127 V 422 - Arrêt du 30 novembre 2001
- ATF 133 V 359 - Arrêt du 21 mars 2007