

Révision de l'OAMal (clause de besoin et autres questions)

Réponse de la FMH dans le cadre de la procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,
Nous vous remercions d'avoir inclus FMH dans cette procédure de consultation. Voici donc sa prise de position:

A propos de la limitation de l'admission à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie (clause de besoin, art. 136a)

1. Délégation et sous-délégation de compétence contraire au droit

La restriction d'un droit fondamental exige, selon la doctrine juridique et la jurisprudence reconnues, qu'on en définisse les termes ou les critères essentiels dans une loi formelle; une délégation au niveau de l'ordonnance n'est pas admissible. Ainsi, par le simple fait de déléguer au Conseil fédéral – dans le cadre de la révision de la LAMal – la compétence de définir ces critères, le Parlement a violé le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

Or, la proposition du Conseil fédéral par laquelle il entend déléguer à son tour la définition des critères aux cantons ignore encore davantage ce principe de la séparation des pouvoirs (interdiction de délégation) que ne le fait l'art. 55a LAMal: si le Conseil fédéral souhaite recourir à une clause de besoin, il doit alors en fixer *lui-même* les critères. C'est ce que demande en effet mot pour mot l'art. 55a LAMal.

2. Exigences en matière de données et de planification pour une clause de besoin

Considérons le cas où le Parlement aurait tenté, dans le respect de la séparation des pouvoirs selon la Constitution, de définir lui-même les critères essentiels dans une loi formelle, donc dans la LAMal. Où résideraient alors les problèmes posés par une clause de besoin? Il convient à cet égard de rappeler les remarques dont nous avons fait part au Parlement le 7 mars 2000:

- Si une clause de besoin était introduite, les autorités devraient en premier lieu être en mesure d'estimer les besoins actuels et futurs des patients et de prévoir l'évolution de la médecine. Ensuite, il s'agirait de définir de façon exhaustive le catalogue des prestations obligatoires selon la loi devant servir de fondement à la planification. Puis, il faudrait – à notre avis, dans le cadre d'un processus démocratique – définir un ordre de priorité

en fonction des besoins des patients (ces problèmes sont connus dans d'autres pays: limites d'âge ou listes d'attente pour certains examens et traitements, limitations pour l'envoi du patient chez un spécialiste ou pour l'hospitalisation ou l'admission dans un établissement médico-social, etc.).

- Une fois définis les critères d'une assistance conforme aux besoins, leur application poserait les mêmes problèmes que pour le modèle du marché quant à la question du mandat de garantie de traitement: les gouvernements cantonaux et le Conseil fédéral ne disposent pas des données nécessaires pour l'application objective et libre de tout arbitraire d'une clause de besoin en médecine ambulatoire.

Nous annexons à la présente un extrait des résultats d'une recherche documentaire sur l'état actuel des connaissances concernant la planification des besoins, les problèmes de sous-assistance et de sur-assistance, les listes d'attente, etc. Cette recherche a été effectuée récemment à notre demande par le service de documentation de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM). Sans vouloir prétendre à l'exhaustivité, notre démarche entend simplement donner une idée de l'énorme tâche qui attend chaque autorité étatique souhaitant procéder à une planification des besoins selon le critère d'une répartition équitable pour les patients – et non de façon arbitraire, selon une simple estimation à vue de nez. Personne ne peut sérieusement postuler que de telles planifications devraient et pourraient être élaborées au plan cantonal.

3. Autorité de recours: «oubliée»

Il va de soi que l'introduction d'une clause de besoin devrait aller de pair avec une réglementation claire des voies de recours. La FMH, notamment, avait clairement souligné ce fait. Mais dans la révision proposée de la LAMal, *ni le TFA ni le Conseil fédéral n'ont été désignés comme instance de recours*. Cette omission montre à elle seule avec quel manque de réflexion et de soin cette révision a été adoptée au printemps 2000.

La conséquence pratique et donc déterminante de tout cela est la suivante: la seule absence de toute réglementation légale des voies de recours mènerait, en cas d'application de cette clause de besoin, à un chaos total de litiges sur des questions de compétence à propos de l'autorité de recours.

4. Reprise de cabinet médical: expropriation matérielle – ou réglementation étatique du «commerce de contingents de patients»?

L'introduction d'une clause de besoin soulève, en rapport avec la reprise d'un cabinet médical, des questions qui ont échappé au législateur:

- soit la reprise d'un cabinet médical est interdite, ce qui constituerait, à notre avis, un cas d'*expropriation matérielle* par rapport au propriétaire du cabinet en question; il s'ensuivrait des demandes d'indemnisation adressées à l'Etat;

- soit la reprise d'un cabinet médical est exclue de la clause de besoin et il en résulterait sans aucun doute une situation de monopole intolérable sur le plan du droit concurrentiel et de l'économie politique. Il ne resterait plus au législateur qu'à régler lui-même, par autorité, les prix de reprise et le choix du successeur. (Des expériences de cette nature, ayant trait à la clause de besoin, ont été réalisées par exemple en Allemagne. Pour ce qui est de la Suisse, on peut en outre se référer aussi bien à l'histoire du droit successoral et foncier rural qu'aux expériences réalisées avec le *commerce des contingents laitiers*). Dans tous les cas, de telles dispositions d'économie planifiée devraient être édictées dans une loi formelle; elles ne peuvent pas être déléguées en bloc au niveau de l'ordonnance. A titre de comparaison, la loi fédérale actuelle sur le droit foncier rural ne contient pas moins de 96 articles.

Si la clause de besoin était appliquée, cette question oubliée par le législateur se poserait alors avec grande acuité.

5. Quelles seraient les conséquences de la proposition du Conseil fédéral?

- a) On verrait apparaître 26 politiques cantonales ayant trait à la clause de besoin. Vu l'absence de données de planification valides, les décisions cantonales se mueraient à coup sûr en pouvoir discrétionnaire (cf. plus haut, chiffre 2). Il en résulterait d'innombrables litiges devant le TFA, voire la Cour européenne. Jusqu'à ce que ces tribunaux se soient prononcés en dernière instance, le délai de trois ans pour la clause de besoin serait déjà échu. *Le système suisse de santé serait plongé dans le chaos le plus total.*
- b) Demain comme aujourd'hui, les patients auront toujours besoin de médecins et de personnel infirmier pour les soigner. Les décisions du Département fédéral de l'intérieur (DFI) en matière de prestations obligatoires n'ont jamais rendu la santé à qui que ce soit. Concrètement, en tant que loi d'assurance sociale obligatoire, la LAMal doit, pour des raisons *d'équité en matière de répartition* (égalité des droits), accorder à tous les patients, partout en Suisse, les *mêmes chances de traitement effectives* (et pas seulement théoriques) face à une même maladie. Lorsque l'Etat intervient dans la planification, il prend alors également l'entière responsabilité pour cette question

d'équité de répartition. Il devrait par conséquent décider au niveau suisse s'il faut, par exemple, se fonder sur la densité appenzelloise des psychiatres plutôt que la genevoise pour mesurer «l'efficacité, l'adéquation et le caractère économique» des soins aux patients selon la LAMal.

Les 26 différentes clauses de besoin cantonales proposées aujourd'hui par le Conseil fédéral auraient au moins un avantage: celui d'ouvrir les yeux de la population. Le *catalogue unitaire des prestations obligatoires*, tant loué par le DFI à l'intention des médias, réel mais invisible parce qu'inexistant¹, serait finalement démasqué et vu pour ce qu'il a toujours été: une *simple enveloppe de mots pour tranquilliser les citoyens et les payeurs de primes*.

- c) Il est connu que les prestations hospitalières ambulatoires (et donc les coûts d'assurance-maladie qu'elles engendrent) ont plus augmenté durant ces dernières années que les prestations des cabinets médicaux. Compte tenu de ce fait, limiter la clause du besoin à l'ouverture de nouveaux cabinets médicaux serait, du point de vue économique, un *coup d'épée dans l'eau*. De plus, le caractère unilatéral de cette mesure *violerait* les critères constitutionnels d'adéquation, de nécessité et de *proportionnalité* et le juge devrait la déclarer non valide, ne serait-ce que pour cette raison.

A l'inverse, il ne faut pas non plus partir de l'idée que les cantons, en tant que responsables hospitaliers, reviendraient en arrière sur les prestations ambulatoires des polycliniques ou ne continueraient pas à les développer; ils auraient pu le faire depuis des années, mais ne l'ont pas fait. On peut donc sans autres prévoir ce qui se passerait: une clause de besoin axée sur les cabinets médicaux n'atteindrait tout simplement pas son objectif. Les médecins empêchés d'ouvrir leur propre cabinet viendraient multiplier les prestations ambulatoires hospitalières dans les polycliniques avec le large soutien des hôpitaux et la bénédiction des directeurs des affaires sanitaires gardant les yeux fermés; sans compter que, d'après l'état des connaissances au niveau international, les traitements sont en général plus chers dans les hôpitaux que dans les cabinets médicaux.

- d) Beaucoup de fournisseurs de prestations, des médecins spécialistes notamment, travaillent sur un plan *intercantonal*. Ils soignent des patients de différents cantons. Comment doit-on déterminer et régler les besoins dans ce cas? Le médecin lucernois qui soigne une patiente obwaldienne doit-il figurer sur la liste lucernoise et/ou sur celle du canton d'Obwald, pour pouvoir pratiquer?! Etant donné les résultats connus des planifications hospitalières cantonales dans le domaine de l'hospitalisation hors-canton, la clause de besoin ferait probablement réapparaître les barrières de 1847 aux frontières cantonales, pour la médecine ambulatoire également. Des barrières qui du reste, pour le domaine ambulatoire, avait à juste titre été reléguées par une pratique pertinente au débarras du fédéralisme, tant par la loi que par le TFA².

1 «En réalité, ce catalogue n'est qu'une énumération des prestations non admises (plutôt rares) et de quelques-unes admises; la majeure partie du volume des prestations n'est absolument pas définie.» (Prise de position de la FMH sur la «Révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, complément à la procédure de consultation. Bull Med Suisses 2000;81(35):1887-95). http://www.saez.ch/set_archiv_d.html.

2 Arrêt du TFA du 10 février 2000 (ATF 126 V 14): «Si, selon ce qui vient d'être dit, la loi ne restreint *pas au territoire du canton* les environs du lieu de résidence ou de travail de l'assuré, la recourante [la patiente] avait le droit de se rendre à l'Hôpital Bruderholz pour le suivi *ambulatoire*, cet hôpital se trouvant tout près de Bâle mais dans le canton voisin de Bâle-Campagne, et elle bénéficiait d'une couverture complète des frais selon les tarifs locaux.» (consid. 4c) (traduction FMH).

e) Il serait improbable que le Tribunal fédéral des assurances accepte la sous-délégation aux cantons proposée par le Conseil fédéral dans une question où la délégation accordée par le Parlement audit Conseil fédéral lors de la révision de la LAMal constitue déjà une violation du droit constitutionnel. On peut donc s'attendre à ce que, des années plus tard, le refus des instances cantonales d'admettre un médecin à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie soit, *par manque de bases légales suffisamment claires*, annulé par le juge comme étant une restriction inadmissible d'un droit fondamental et donc *contraire à la Constitution*. Rappelons à cet égard la déclaration du conseiller aux Etats F. Schiesser: «Il en résultera des procédures de recours et, finalement, c'est le Tribunal fédéral qui dictera ce qui est applicable.»³ (traduction FMH). Cela dit, dans l'entre-temps, les médecins concernés auraient soit fait faillite, parce que n'ayant plus de patients de l'assurance sociale, ou alors ils n'auraient pas osé ouvrir un cabinet. Se poserait alors une autre question: contre qui faudrait-il faire valoir les *actions en responsabilité de l'Etat* pour avoir été privé de manière illicite de possibilités de revenus? Contre les cantons au titre de complices ou contre la Confédération comme responsable? Le comble dans ce projet d'ordonnance est que les *explications* sur les aspects financiers de la révision (p. 9, chiffre 5) *ne disent pas un mot de ces coûts*. Mais ce n'est là que la suite logique du manque de diligence d'une législation qui, déjà au niveau de la révision de la LAMal, a «oublié» de désigner l'autorité de recours.

6. Et maintenant?

Vu son importance majeure, nous répétons notre prise de position du 7 mars 2000 adressée au Parlement:

«*Interdire de fait aux médecins, à l'âge de 35 ou 40 ans, de pratiquer leur profession, après des études difficiles et coûteuses et une formation postgraduée de 9 ans en moyenne dans les hôpitaux, dans des conditions souvent intolérables, serait absolument injustifiable, tant humainement et juridiquement que sur le plan politique ou économique. Avant de vouloir interdire l'ouverture de cabinets médicaux par le biais d'une clause de besoin, il faudrait que toutes les autres mesures d'une politique de santé cohérente aient échoué.*»

Des *propositions concrètes de la FMH* en vue d'une politique de santé cohérente ont été soumises au Conseil fédéral en rapport avec la question de la suppression de l'obligation de contracter. Nous vous référons donc expressément à ces propositions⁴ En outre, nous souhaitons vous signaler les faits suivants:

- Un groupe de travail formé de représentants de la CDS, de H+, de la FMH et de l'ASMAC élabore, dans le cadre du projet «*Visions concernant la formation postgraduée*», des solutions concrètes pour transformer une partie des places d'assistants dans les hôpitaux, aujourd'hui limitées dans

le temps, en *postes permanents pour médecins sans fonction de cadre*. Les premières extrapolations montrent – contre toute attente – que les coûts seraient plus ou moins identiques.⁵ Si une clause de besoin devait être introduite, elle devrait absolument être *harmonisée avec la mise en application de ce nouveau modèle des médecins d'hôpitaux*.

- Si l'on constate aujourd'hui l'absence de données sur les besoins (explications p. 6/7), la première exigence serait alors *d'améliorer au plus vite cette situation*, en menant les recherches scientifiques nécessaires et en confiant des mandats à des institutions ayant une certaine expérience en la matière, p. ex. la FMH.

A propos des autres dispositions de la révision de l'OAMal

Art. 10a et b (Suspension de l'obligation d'assurance), réduction de primes en cas d'assujettissement à une autre assurance (art. 91a, al. 1)

D'accord.

Compétence pour participation aux coûts augmentée, réduite ou supprimée (art. 105)

Nous sommes d'accord sur le fait que cette compétence devrait revenir à la même autorité que celle qui désigne les prestations obligatoires.

Droit à la réduction des primes

D'accord pour une extension aux personnes «sans domicile» en Suisse, bien qu'y séjournant de longues périodes. (Reste à savoir toutefois si ces personnes n'établissent pas dans certains cas leur domicile de droit civil en Suisse. Déplacer ici ses papiers n'est pas déterminant.)

Compensation des risques (OCOR)

Ad art. 10, al. 3 (Remise des données)

D'accord.

Ad art. 12, al. 5 et al. 8 (Intérêts de retard)

Oui. Cette réglementation était nécessaire. A titre de *ceterum censeo*, nous vous rappelons qu'elle aurait dû être introduite depuis des années dans *tout le domaine de l'assurance-maladie*, pour amener tous les partenaires (caisses, médecins, patients, cantons), grâce aux bons incitatifs économiques, à remplir leurs devoirs financiers en respectant les délais. Concrètement: avec les dispositions légales actuelles, une caisse-maladie qui rembourse les factures médicales dans les délais se met elle-même dans une situation

3 Bull. off. CE 15.3.00, pages 2 à 6.

4 Bull. Med Suisses 2000;81(35):1887-95, en particulier 1895, «Et maintenant?»; http://www.saez.ch/set_archiv_f.html

5 L'extrapolation du «Limmattalspital» par exemple prévoit des coûts supplémentaires de l'ordre de seulement 1% de l'ensemble du budget hospitalier. En outre, on peut s'attendre à une meilleure qualité des soins puisque la proportion des médecins expérimentés augmente.

de désavantage économique (perte d'intérêts) par rapport à la caisse concurrente qui retarde volontairement son paiement. Or, cela ne devrait pas exister. L'application de l'art 47 LAVS n'a par conséquent aucun sens dans la LAMal, ce que montrent depuis des années les arguments probants avancés par la doctrine, quasiment unanime, et par la FMH. Il est temps de mettre fin à cette pratique dépassée consistant, pour des raisons incompréhensibles (ou objectivement inexistantes), à ne pas accorder d'intérêts de retard.

Ordonnance sur les subsides fédéraux ...

Ad art. 7a (Report des différences de montants)
D'accord.

Répercussions financières

Voir plus haut (clause de besoin, dernier paragraphe): les frais administratifs et les frais de procédure en rapport avec la mise en application de la clause de besoin ainsi que le risque d'éventuelles actions en responsabilité d'Etat ont été «oubliés».

Veillez croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'expression de ma très haute considération.

FMH
Dr H. H. Brunner
Président

Deutsch erschienen in Nr. 39/2000

Chronique d'un gâchis annoncé

Historique législatif de la clause de besoin

HP. Kuhn, avocat, secrétaire général adjoint

Sur quels critères une clause de besoin étatique devrait-elle se fonder – si tant est qu'elle doive exister? Cette question est incontestablement parmi les plus importantes. Comme le montre la prise de position de la FMH¹ publiée dans cette édition du Bulletin des médecins suisses, le législateur, le corps médical et les patients se trouvent aujourd'hui, à cet égard, face à un double gâchis:

1. La décision du Parlement de déléguer au Conseil fédéral la compétence de définir les critères en question viole le principe reconnu de la séparation des pouvoirs, inscrit dans la Constitution. Le droit constitutionnel exige en effet que des atteintes majeures aux droits fondamentaux – tels la liberté économique (anciennement liberté du commerce et de l'industrie) – soient décidées par le Parlement lui-même dans une loi formelle, en principe certes, mais aussi en précisant leur contenu sous une forme suffisamment concrète². A cela s'ajoute que le Conseil fédéral, dans son projet d'ordonnance, a proposé de déléguer à son tour cette compétence en la confiant aux seuls cantons; non seulement cette proposition tient de la satire – selon les termes mêmes de certains directeurs des affaires sanitaires –, mais elle est en plus tout simplement incompréhensible du point de vue juridique. Ce serait la fin de l'Etat de droit.

2. Lors de la session de printemps, le Conseil fédéral a demandé au Parlement de lui accorder cette compétence de définition des critères, en arguant notamment du fait que cette tâche n'avait jamais été un problème jusque-là. Et voilà que quatre mois plus tard seulement, ce même Conseil fédéral crée la surprise en ne voulant plus de cette compétence reçue et en souhaitant donner cette responsabilité aux cantons.

Comment a-t-on pu en arriver là? Que s'est-il passé?

Le 7 mars 2000 notamment, la FMH a informé les parlementaires des difficultés liées à une clause de besoin étatique, démontrant clairement que l'administration fédérale ne disposait pas du savoir-faire nécessaire sur la question de la preuve du besoin:

«Dans les débats parlementaires menés jusqu'ici, on est en effet parti du fait qu'il n'avait pas été spécialement difficile pour le Conseil fédéral ou le Département, jusque-là (s'agissant de l'attestation d'équivalence pour médecins étrangers, selon l'art. 36, 2e alinéa, LAMal), de se prononcer sur la question de la preuve du besoin sur le plan médical. Mais cette prémisse est erronée: dans ses décisions selon l'art. 36 LAMal, le Conseil fédéral (ou le Département) s'est à chaque fois appuyé, pour vérifier la question du besoin, sur l'analyse de la direction sanitaire can-

1 Brunner HH. Révision de l'OAMal (clause du besoin et autres questions). Réponse de la FMH dans le cadre de la procédure de consultation. Bulletin Med Suisses 2000;81(40):2256-9.

2 Cette garantie du droit constitutionnel a une bonne raison d'être: les citoyens ne peuvent lancer un référendum que contre les lois du Parlement et non contre les ordonnances du Conseil fédéral. Par conséquent, là où il faut porter atteinte aux droits fondamentaux inscrits dans la Constitution, la nature et l'étendue de cette atteinte doivent être fixées dans la loi, de manière à ce que les ayants droit de vote puissent décider en connaissance de cause s'ils entendent lancer ou soutenir un référendum.

tonale concernée. Par conséquent, au niveau fédéral, on ne dispose pas du savoir-faire en la matière pour l'instant.»

Comment s'est passé une semaine plus tard le débat décisif dans le cadre de la procédure d'élimination des divergences au Conseil des Etats?

Le 15 mars, le conseiller aux Etats F. Schiesser a fait part des considérations de la deuxième chambre en relation avec le droit constitutionnel: «En tant que porte-parole de la minorité, je souhaite, afin que cela figure au moins plus tard dans le procès-verbal, émettre certaines réserves juridiques à l'encontre de la proposition de la majorité. [...] Il s'agit en plus d'une atteinte substantielle. [...] A ce sujet, je partage avec d'autres collègues du groupe minoritaire l'avis qu'une telle réglementation devrait être *l'affaire du législateur* (mise en évidence par l'auteur) et non pas celle du pouvoir réglementaire – le Conseil fédéral –, d'autant plus que nous ne fixons quasiment aucun cadre pour l'ordonnance que le Conseil fédéral édictera sur la base de l'art. 55a. [...] Pas le moindre critère n'est prévu ici pour orienter le Conseil fédéral. [...] [...] Je dois reconnaître que nous sommes dans une situation inconfortable. Adopter des dispositions portant atteinte aux droits fondamentaux est à mon avis l'affaire du Parlement, même s'il doit au besoin recourir à un arrêté fédéral urgent.»³ (traduction FMH).

Ce même jour, répondant à F. Schiesser juste avant le vote final décisif, la conseillère fédérale R. Dreifuss a déclaré: «Je dois préciser comment le Conseil fédéral envisage d'utiliser un tel instrument. [...] Nous devons pouvoir dire que, dans certaines régions où nous savons d'expérience que la pléthore médicale a induit des coûts déjà très élevés, dans telle spécialité, nous ne souhaitons pas que des personnes soient admises

à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire pendant une période limitée», et plus loin: «*Les critères, eux, ne nous ont jamais posé le moindre problème*. Nous collaborons très étroitement avec les cantons. Nous examinons les cas individuels. D'après la proposition de la majorité, *ce sont les cantons qui examineront les cas individuels, et nous pouvons donner des critères, que ce soit pour des professions médicales qui sont particulièrement menacées de hausses de coûts, ou que ce soit, par exemple, dans des régions frontalières particulièrement menacées par une augmentation explosive du nombre de médecins installés.*»⁴.

Par la suite, le Conseil d'Etat a également approuvé la clause de besoin.

Dans les explications de juillet dernier sur le projet d'ordonnance, nous pouvons lire: «Quant aux valeurs de référence qui pourraient exister au niveau international en ce qui concerne la densité de la couverture des besoins en soins, *il n'a pas été possible de dégager des critères probants.*» (Commentaires, p. 13).

F. Schiesser avait donc raison lorsqu'il disait: «Nous ne pouvons pas tout simplement confier cette tâche au Conseil fédéral sans définir de conditions-cadres, en faisant observer que le Conseil fédéral réglerait sans autre la question et qu'il lui suffit de se mettre en contact avec les cantons et les fournisseurs de prestations et que les cantons désigneraient ensuite les fournisseurs de prestations selon le 1^{er} alinéa. [...] Il en résultera des procédures de recours et, finalement, c'est le Tribunal fédéral qui dictera ce qui est applicable.»⁵ (traduction FMH).

«*Les critères, eux, ne nous ont jamais posé le moindre problème?*» – honni soit qui mal y pense.

3 Bull. off. CE 15.3.2000, p. 2 à 6 www.parlament.ch/ab/data/d/s/4602/9723/d_s_4602_9723_9840.htm.

4 Bull. off. CE 15.3.2000, p. 2 à 6.

5 Bull. off. CE 15.3.00, p. 2 à 6.

Deutsch erschienen in Nr. 39/2000