

Factures complémentaires en cas de prestations médicales complémentaires – et de trois¹

A propos de l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 juin 2000

HP. Kuhn, avocat, secrétaire général adjoint de la FMH

Résumé

Le Tribunal fédéral suisse (TF) déclare les factures établies en dehors du tarif des caisses également admissibles pour les traitements ambulatoires lorsqu'il s'agit de vraies prestations supplémentaires. Cette clarification est à saluer.

Cela dit, l'argumentation de ce premier arrêt du Tribunal fédéral quant à la définition des vraies prestations supplémentaires n'est pas pertinente. En effet, selon le TF, prendre plus de temps pour les patients privés ou faire à plusieurs reprises une visite à domicile ne constitue pas une prestation supplémentaire non couverte par la LAMal. Or, cette conclusion s'oppose diamétralement à la pratique constante du Tribunal fédéral des assurances (TFA) de ces dernières décennies, qui rappelle à raison, dans une très longue série d'arrêts, que le médecin et le patient doivent, dans les traitements à la charge de l'assurance sociale, se limiter dans tous les cas au nécessaire, ce qui signifie notamment: pas plus de temps consacré que nécessaire, ou des visites à domicile seulement si le patient n'est pas en mesure de venir au cabinet médical.

Une autre affaire en suspens à Lausanne devrait donner l'occasion au TF de reconnaître le lien logiquement obligé entre la limite du besoin médical et la définition de la prestation supplémentaire.

1. L'affaire jugée: une longue histoire

Déjà sous l'ancienne LAMA, la patiente bénéficiait auprès de la Concordia d'une assurance complémentaire pour le domaine privé ambulatoire, couvrant les frais supplémentaires en cas d'absence de protection tarifaire en raison d'une situation économique très aisée ou en cas de traitement chez un médecin non conventionné.

La caisse a annulé cette police au 1^{er} janvier 1996. L'offre en matière d'assurance complémentaire obligatoire s'est alors limitée à «DIVERSA plus», une assurance couvrant, à raison de 75%, les traitements de médecins non conventionnés, mais ne prenant pas en charge ceux de médecins conventionnés dépassant le cadre de la LAMal.

La patiente a exprimé dès le début son désaccord. Elle a revendiqué auprès de plusieurs instances son droit d'obtenir, en vertu de l'art. 102 de la nouvelle LAMal², une police offrant la même couverture que l'ancienne assurance complémentaire. Le 13 novembre 1997, le Tribunal fédéral a donné raison à la patiente sur le principe et ordonné au Tribunal zurichois des assurances sociales d'entrer en matière sur cette affaire en tant que *cas d'assurance privée*³ et d'établir ce que la caisse était tenue d'offrir dans sa nouvelle police rétroactivement au 1^{er} janvier 1996. Le Tribunal zurichois des assurances sociales a décidé, le 25 juin 1999, que la Concordia devait offrir une police «garantissant au moins la couverture d'assurance qui existait jusqu'au 31 décembre 1995, au sens des considérants». «Au sens des considérants» signifiait avant tout, pour ledit tribunal, que la limitation de l'offre de la caisse à une couverture de seulement 75% des frais de médecins non conventionnés était inadmissible. La patiente n'étant pas satisfaite⁴, elle en a une nouvelle fois appelé au Tribunal fédéral, lequel a rendu l'arrêt dont il est question aujourd'hui.

2. L'arrêt du Tribunal fédéral du 8 juin 2000

Le Tribunal fédéral constate dès le début que le litige ne porte pas du tout sur le traitement par des médecins non conventionnés, mais sur la question de savoir si la caisse doit continuer d'offrir une police couvrant les factures complémentaires d'un médecin de caisse jusqu'à hauteur du tarif privé cantonal (consid. 2).

2.1 Prestations supplémentaires stationnaires

Le Tribunal fédéral rapporte ensuite les points de vue des deux parties. Ainsi, la caisse-maladie était-elle par exemple d'avis que, dans le domaine des traitements stationnaires, la possibilité de choisir une chambre plus confortable et le libre choix du *médecin-chef*⁵ sont de vraies prestations supplémentaires (consid. 3a).

Après quoi, le Tribunal fédéral se prononce de la manière suivante: «Dans le domaine *stationnaire*, la différence entre les tarifs fixés et les tarifs privés est couverte par les assurances complémentaires hospitalières. Les prestations de l'assurance-maladie obligatoire ne comprennent que le séjour en division commune d'un hôpital (art. 25, 2^e al., let. e, LAMal), et non le séjour en division privée ou semi-privée. Dans ce dernier cas, il s'agit de prestations qui dépassent l'étendue définie à l'art. 34, 1^{er} al., LAMal et qui ne bénéficient donc pas de la protection tarifaire.» (consid. 3b, 1^{er} alinéa [*]) (*ndt*: traduction FMH pour les citations d'arrêts du TF ou du TFA en langue allemande [*]).

2.2 Prestations supplémentaires ambulatoires: en principe oui – application?

Le Tribunal fédéral pose tout d'abord le principe suivant: «Dans le domaine *ambulatoire*, rien ne s'oppose non plus à l'établissement d'une facture dépassant le cadre du tarif fixé, pour autant qu'il s'agisse de la ré-

munération de vraies prestations supplémentaires, de prestations allant plus loin que le domaine prévu dans l'assurance obligatoire des soins. La prestation doit cependant représenter un «plus»; il ne suffit pas qu'elle soit fournie seulement «en lieu et place» des prestations au sens de l'art. 34 LAMal.» Et d'ajouter: «Par contre, en ce qui concerne les prestations mentionnées par Maurer⁶ dans le domaine ambulatoire (plus de temps consacré par le médecin pour instruire le patient privé sur sa maladie ou pour étudier la littérature à propos d'un problème donné, davantage de visites à domicile, temps d'attente plus courts), il ne s'agit pas de véritables prestations supplémentaires. On ne verrait en effet pas pourquoi les entretiens ou les investigations diagnostiques dureraient de façon générale plus longtemps chez les patients assurés en privé que chez ceux assurés en division commune. Il s'agissait en outre de différenciations qui, en cas d'espèce, ne seraient guère vérifiables quant à l'adéquation d'honoraires supplémentaires.» (consid. 3b, 2^e al. [*]).

L'argument avancé par le Tribunal fédéral est la ratio legis de la loi: «Non seulement le libre choix entre tarif privé et tarif de caisse irait à l'encontre des objectifs de la protection tarifaire, mais il porterait atteinte au libre choix du fournisseur de prestations. Les médecins pratiquant des disciplines médicales particulières auraient la possibilité de se concentrer sur le traitement de patients privés, d'où de possibles désavantages pour les autres patients, car l'accès aux prestations sous protection tarifaire, prises en charge selon la loi, risquerait de devenir plus difficile, voire impossible.» (consid. 3c [*]).

Le Tribunal fédéral a rejeté la demande de la patiente. On en reste (quoi qu'il en soit) au jugement du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich qui oblige la Concordia, contre sa volonté, à offrir une police couvrant les mêmes prestations que l'assurance complémentaire sous l'ancienne LAMA.

3. Commentaire

3.1 Lien entre assurance de base et prestations complémentaires

Selon l'art. 12, 2^e al., LAMal, «les caisses-maladie ont le droit de pratiquer, en plus de l'assurance-maladie sociale au sens de la présente loi, des assurances complémentaires».

Or, logiquement, de telles assurances complémentaires couvrent ce qui va au-delà des prestations de la LAMal. Il s'agit donc d'un problème typique de coordination:

- En cas de litige, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) de *Lucerne* doit décider en dernière instance si une prestation doit être remboursée, entièrement ou non, par la caisse, autrement dit, fixer la limite des prestations de base ou – d'un autre point de vue – le début des prestations supplémentaires⁷: ce que la caisse n'est pas tenue de payer dans l'assurance de base est logiquement une prestation supplémentaire.⁸

- A l'inverse, le Tribunal fédéral de *Lausanne* est, depuis 1996, compétent en dernière instance en cas de litige entre assuré et assurance dans le domaine des assurances complémentaires ou privées. Cela vaut également pour la question de savoir quelles prestations doivent, au sens du principe des droits acquis, être offertes dans une nouvelle police d'assurance complémentaire aux assurés qui bénéficiaient déjà d'une telle assurance sous l'ancienne LAMA. En fin de compte, la même question de délimitation se pose pour les juges de *Lausanne* que pour ceux de *Lucerne*, mais simplement du point de vue opposé: il ne s'agit pas de savoir ce que l'assurance de base peut encore payer, mais bien de définir ce qui peut ou doit (cf. garantie des droits acquis selon l'art. 102 LAMal) faire partie d'une assurance complémentaire.

Il est donc clair que la pratique des deux tribunaux doit être coordonnée avec une précision d'horloger: il serait logiquement impensable qu'un examen ou un traitement ne soit pas remboursable par l'assurance de base pour le TFA et qu'en même temps le Tribunal fédéral ne le considère pas comme une vraie prestation supplémentaire. Pour évaluer ce premier arrêt du Tribunal fédéral⁹ sur cette question de délimitation, il convient donc de se référer à la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, qui fut constante pendant des décennies.

3.2 La pratique du Tribunal fédéral des assurances

Vu le nombre impressionnant de cas où le Tribunal fédéral des assurances a dû décider si une prestation devait encore être prise en charge par l'assurance de base, je me suis borné à choisir quelques exemples représentatifs. Le but est de démontrer, sur la base de la jurisprudence du TFA et de façon aussi concrète que possible, la limite entre, d'une part, les prestations indispensables à la charge de la collectivité et, d'autre part, les prestations complémentaires ou supplémentaires, non indispensables et, par conséquent, payées par l'individu (ou par une assurance complémentaire):

1. Arrêt du Tribunal fédéral des assurances (TFA) du 7 septembre 1972 (ATF 98 V 158): l'affaire concerne une demande de restitution de prestations d'assurance envers un médecin en raison de traitements non économiques (polypragmasie) en 1967. A noter que le litige ne portait pas sur le fait de savoir si les divers traitements figuraient au catalogue des prestations obligatoires. Il s'agissait exclusivement de la contestation – sans succès – devant le TFA de la méthode d'investigation de la commission paritaire de confiance et du tribunal arbitral cantonal. Le médecin a dû restituer Fr. 7857.45 parce que, de l'avis des juges, ses soins allaient au-delà du nécessaire.

Remarque: la question décisive n'est pas seulement de savoir si le traitement est remboursable par la caisse au sens du soi-disant¹⁰ catalogue des prestations obligatoires, mais plutôt de déterminer si, dans l'ensemble, un médecin fait plus que le simple né-

cessaire, car cette partie non indispensable des consultations, des visites à domicile, des médicaments, etc., est ensuite déclarée de facto prestation non obligatoire. Ce médecin faisait, de l'avis des juges, plus que nécessaire, avait en moyenne des coûts par cas plus élevés et a donc dû restituer une partie de ses honoraires à la collectivité (la caisse demanderesse)¹¹. Une seule définition convient à son comportement: il a fourni des prestations supplémentaires – sans toutefois les avoir clairement présentées comme telles dans l'accord passé avec le patient. Il a donc été contraint de les rembourser, au lieu de pouvoir les facturer directement au patient.

2. Arrêt du TFA du 5 novembre 1972 (ATF 99 V 193): un autre cas où, selon les juges, le médecin (un généraliste vaudois) en faisait trop dans ses traitements.

3. Arrêt du TFA du 6 septembre 1977 (ATF 103 V 74): un patient ayant une assurance complémentaire pour traitement avec hospitalisation s'est fait opérer ambulatoirement dans un hôpital. Y avait-il là une *prestation supplémentaire ambulatoire* qui devait en partie être prise en charge par l'assurance complémentaire en question? «... Il est également peu satisfaisant que le médecin qui fait des économies en effectuant de façon ambulatoire un traitement s'accompagnant d'habitude d'une hospitalisation mette à la charge de l'assuré des frais qui autrement serait entièrement ou partiellement remboursés par la caisse-maladie. Ce fait déjà insatisfaisant dans le cadre de l'assurance de base s'avère d'autant plus choquant que l'assuré a conclu des assurances complémentaires en vue de se prémunir contre les frais d'un traitement hospitalier non couverts par l'assurance obligatoire des soins. Comme la séance plénière l'a décidé, il convient donc, en principe, d'accorder à l'assuré un droit à des prestations de l'assurance complémentaire pour frais de traitement hospitalier aussi pour un traitement ambulatoire dans un établissement hospitalier, la condition à cela étant qu'il soit médicalement nécessaire que cet acte soit effectué à l'hôpital. Demeurent réservées uniquement des dispositions statutaires excluant des prestations de l'assurance complémentaire en cas de traitement ambulatoire à l'hôpital.» (consid. 2b [*]).

Remarque: Le fait que l'opération soit théoriquement prévue dans le catalogue des prestations obligatoires n'était pas le seul élément important. Une autre question centrale était de savoir si le traitement à l'hôpital était *médicalement nécessaire*.

4. Arrêt du TFA du 23 septembre 1977 (ATF 103 V 145): il s'agit à nouveau d'un cas de surmédicalisation générale contestée. Dans cet arrêt, le TFA rappelle que «d'après l'art. 23 LAMA, lorsqu'ils traitent des assurés, leurs prescrivent ou fournissent des médicaments, prescrivent ou appliquent des traitements scientifiquement reconnus ou font des analyses, les médecins, notamment, doivent

se limiter à ce qui est exigé par l'intérêt de l'assuré et par le but du traitement. Cette disposition oblige les médecins à recourir à des traitements économiques [...]» (consid. 3 [*]).

Remarque: même chose que pour les cas 1 et 2.

5. Arrêt du TFA du 23 avril 1982 (ATF 108 V 29): en raison d'une dysplasie congénitale, le médecin avait prescrit une attelle-guide de la hanche, de confection spéciale et coûtant Fr. 795.-. L'AI avait refusé le cas et la caisse a payé – à bien plaisir – une somme de Fr. 400.-. «Selon l'art. 23, ... les médecins doivent se limiter à ce qui est exigé [reste de la phrase comme sous point 4]. La caisse a donc le droit de refuser de prendre en charge les actes thérapeutiques non indispensables ou ceux qui pourraient être remplacés par des mesures moins chères. Par conséquent, l'assuré n'a pas droit au remboursement de frais résultant d'un traitement non économique.» Dans la suite de son raisonnement, le tribunal partait du principe que le traitement avec une attelle-guide de la hanche était utile et nécessaire en cas d'espèce. La caisse a donc dû payer les Fr. 795.- exigés. (consid. 3a et 4 [*])

6. Arrêt du TFA du 26 novembre 1993 (ATF 119 V 448): à nouveau un cas de polypragmasie. Après discussion de diverses opinions d'experts, le TFA parvient à la conclusion que la comparaison de la moyenne de coûts avec celle de confrères – comparables! – est un outil admissible pour déterminer si un médecin fait plus d'exams et de traitements que nécessaire¹². Si tel est le cas, il doit alors restituer une partie de ses honoraires, même si le traitement particulier (consultation, visite à domicile, etc.) fait théoriquement partie du catalogue des prestations obligatoires.

Remarque: là aussi, on peut voir en fin de compte que le seul constat par le tribunal d'un «trop grand nombre de prestations» fait qu'une partie des traitements ne sont plus considérés comme prestations obligatoires, mais comme prestations supplémentaires ne pouvant plus être mises à la charge de la collectivité des assurés de l'assurance sociale. Cela étant, le médecin ne peut pas non plus les facturer au patient, pour la simple raison qu'il n'en a pas parlé avec lui auparavant, en précisant que la limite du nécessaire était maintenant atteinte et qu'à ce rythme les autres traitements n'étaient plus couverts par l'assurance de base. Décision comme pour les cas 1, 2 et 4.

7. Arrêt du TFA du 26 novembre 1998 (ATF 124 V 362): il s'agit de la question de savoir combien de temps après les premiers succès thérapeutiques la caisse-maladie doit prendre en charge au plein tarif de l'hôpital de soins aigus le traitement d'un patient âgé, hospitalisé par le biais des urgences. Concernant le principe d'économie, l'ATF fait le lien avec l'ancienne LAMA: «La LAMA a en partie redéfini les prestations, mais elle n'a rien changé au précepte de l'économicité ni à son application pour le droit aux prestations en cas de

séjour hospitalier, si bien que la jurisprudence mentionnée garde sa validité.» [...] «De l'art. 56 LAMal, en relation avec l'art. 49, 3^e al., il découle notamment qu'un séjour dans un hôpital de soins aigus, au tarif des établissements hospitaliers selon art. 49, 1^{er} et 2^e al., n'est admis *qu'aussi longtemps* qu'un tel séjour est rendu *nécessaire par le but du traitement* (LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2^e édition, Berne 1997, p. 165 N. 28).» (consid. 1b [*])

[Depuis 1996, l'art. 56, 1^{er} al., LAMal, a la teneur suivante: «Le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement.» – note de l'auteur.]

Comment fallait-il juger le cas d'espèce? «En particulier lorsqu'il s'agit – comme c'est le cas ici – de délimiter la nécessité d'un séjour à l'hôpital de soins aigus par rapport au simple besoin de séjourner par la suite dans un établissement médico-social (EMS), le médecin traitant doit pouvoir bénéficier d'une certaine marge d'appréciation.» Par conséquent, il faut «accorder à l'assuré une période d'adaptation appropriée pour lui permettre de se rendre dans un établissement médico-social» (consid. 2b). «Compte tenu des circonstances particulières, il est justifié de se rallier à l'avis du médecin traitant [...], selon lequel la nécessité du séjour à l'hôpital de soins aigus a duré trois à quatre semaines [...].» (consid. 2b [*])

Remarque: Il n'est certes pas facile pour le médecin, l'assureur ou – lors d'un litige – le juge de faire la différence entre le nécessaire et le souhaitable (c.-à-d. des prestations supplémentaires). Mais c'est précisément ce qu'exigent la loi et la jurisprudence, chaque jour et de la part de tous les partenaires de la santé publique.

8. Arrêt du TFA du 10 février 2000 (ATF 126 V 14): jusqu'à quelle distance un patient peut-il se rendre pour un traitement ambulatoire, s'il entend que la caisse prenne tous les frais en charge selon le tarif au lieu du fournisseur de prestations? Le Tribunal fédéral s'est prononcé comme suit: «... 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 [*]).

Remarque: il n'est pas simple de définir les limites géographiques applicable en cas d'espèce pour un traitement avec couverture totale des coûts. Pourtant, c'est bien ce que la loi exige. Si la patiente était allée trop loin pour son traitement, la caisse aurait dû la rembourser seulement selon le tarif de son lieu de résidence ou de travail. Et si le tarif du lieu du médecin ou de l'hôpital avait été plus élevé, la patiente aurait dû payer la différence de sa poche.¹³

3.3 Conséquences pour la définition des vraies prestations supplémentaires

a) *Éléments déterminants: le catalogue général des prestations obligatoires et la nécessité effective*

La pratique constante du Tribunal fédéral des assurances se fonde toujours sur une combinaison de deux critères:

- Le traitement en question est-il en principe prévu d'après le «catalogue des prestations obligatoires»¹⁴? Et:
- Est-il nécessaire de cette manière, dans cette mesure, selon cette durée et à cet endroit dans le cas concret? Respecte-t-il donc le précepte de l'économicité¹⁵?

Cela n'est pas étonnant, car le texte de loi de la LAMal (et – en des termes quelque peu différents – l'ancienne LAMA) fixe ces *deux* critères comme conditions au paiement de la caisse. Autrement dit, une prestation qui doit théoriquement être prise en charge par la caisse – une consultation, une visite à domicile, un traitement dans un hôpital de soins aigus, un traitement chez un médecin praticien à l'autre bout de la Suisse¹⁶ – ne doit pas ou pas entièrement¹⁷ être remboursée par la caisse si elle n'est pas ou plus exigée «par l'intérêt de l'assuré et par le but du traitement» – ce sont là les termes mêmes de l'art. 56, 1^{er} al., LAMal.

b) *Il n'est pas interdit d'exiger plus que le simple nécessaire*

Personne ne peut interdire à un médecin et à son patient la prescription à ce dernier d'un IRM de sécurité en raison de maux de tête durant depuis des semaines, ou de séances de physiothérapie même si le patient a compris les exercices d'activation et peut s'entraîner lui-même. Il n'est pas non plus interdit qu'un médecin fasse une visite à domicile parce qu'un patient le souhaite pour des raisons de commodité bien qu'il pourrait se rendre au cabinet médical. Dans un hôpital faisant appel à des médecins agréés, le patient peut sans autre exiger de voir son médecin traitant trois fois par jour, même s'il va bien. Et une personne âgée peut rester à l'hôpital de soins aigus plus longtemps qu'il n'est réellement nécessaire. Cela dit, dans tous ces cas, bien que les prestations figurent au catalogue des prestations obligatoires, elles vont bien au-delà de ce que la collectivité solidaire doit payer dans le cadre de l'assurance de base. Il s'agit par conséquent de prestations supplémentaires qui ne peuvent plus être fournies «selon cette loi»¹⁸. Médecin et patient doivent de ce fait convenir suffisamment tôt qu'il y aura pour cela une facture complémentaire qui ne sera pas remboursée par l'assurance-maladie sociale.

c) *L'assurance de base paie sa part (droit du patient à la substitution de la prestation)*

Dans tous les cas évoqués ci-dessus (sous b), le patient doit avoir le droit d'obtenir de la caisse le montant qu'aurait coûté un traitement pris en charge et

jugé nécessaire pour le but thérapeutique («*droit à la substitution de la prestation*»¹⁹). Le patient qui, pour des raisons de commodité, préfère une visite à domicile à une consultation doit donc être remboursé par la caisse jusqu'à concurrence des frais de la consultation. Que l'assurance de base ne paie *rien du tout* au patient seulement parce que celui-ci souhaite *un peu plus* que le nécessaire constituerait une violation du principe de proportionnalité.²⁰ Le principe adopté par le TFA pour l'hospitalisation hors canton doit également être appliqué dans ce cas: «[dans l'assurance de base – note de l'auteur] l'assureur ne doit pas pouvoir profiter du fait que l'assuré prend des mesures de précaution supplémentaires.»²¹ Le «droit actuel et légal à la substitution de la prestation»²² exigé par la doctrine et la pratique pour l'application du principe de l'échange est donné dans tous ces cas: le patient a besoin d'un traitement²³ – qui, toutefois, pourrait se faire de façon plus économique qu'il ne le souhaite.

d) Qualification et prestation complémentaire – articles 35 et 36 LAMal révisés

Pour ne pas rallonger inutilement cet article, je renonce ici à revenir sur le débat ayant trait aux différences de tarifs dues à des *qualifications* différentes.²⁴ Une remarque complémentaire s'impose toutefois, unique mais probablement d'importance majeure pour l'avenir: le texte révisé de la LAMal adopté par le Parlement au printemps (entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2001) comprend une nouvelle lettre n à l'art. 35, 2^e al., et un nouvel art. 36 «Institutions de soins ambulatoires dispensés par des médecins». L'admission dépend du fait que les médecins qui y travaillent «remplissent les conditions fixées à l'art. 36» – autrement dit la formation postgraduée minimale selon la LAMal. Ce qui signifie en clair que le législateur introduit, dans le domaine des soins ambulatoires également, le modèle de la polyclinique de l'hôpital public, avec un médecin-chef jouissant d'une grande expérience et des médecins-assistants moins expérimentés.²⁵ Ainsi, dans la médecine ambulatoire également, choisir le responsable du cabinet médical, c.-à-d. en fait le «médecin-chef» ambulatoire de ce cabinet, devient une véritable prestation supplémentaire – du moins dans les cas où les assistants seraient suffisamment compétents pour intervenir sous sa supervision.²⁶

3.4 Conclusion

1. Le Tribunal fédéral de Lausanne a clairement posé le principe selon lequel, en médecine ambulatoire également, des factures complémentaires peuvent être établies pour les vraies prestations supplémentaires. Une décision à saluer.

2. En revanche, la définition de la «vraie prestation supplémentaire» n'est pas convaincante. L'argumentation du Tribunal fédéral dans son arrêt du 8 juin 2000, qui ne fait que demander si une prestation est contenue dans le catalogue des prestations obligatoires prévu à l'art. 34²⁷, est en fait incomplète et donc fautive. Le Tribunal fédéral a simplement oublié l'art. 56 LAMal²⁸ – pourtant essentiel.
3. Comme toutes les autres lois d'assurance sociale, la LAMal prévoit expressément que le médecin et le patient se demandent, dans le cas particulier, quelle part des frais d'examen et de traitement peut encore être mise à la charge de la communauté solidaire des assurés de base comme étant «exigée par le but du traitement». S'ils ne parviennent pas à s'entendre avec la caisse, alors c'est le juge qui doit trancher. L'*argument* du Tribunal fédéral, selon lequel «la différenciation entre les prestations nécessaires et celles qui ne le sont plus ne serait guère vérifiable»²⁹, est *contredit par la pratique du Tribunal fédéral des assurances*, lequel, durant des décennies, a précisément tracé cette limite dans d'innombrables cas, sur la base des circonstances particulières de chacun d'entre eux. Là où la limite est dépassée, la caisse ne doit rien prendre en charge dans le cadre de l'assurance de base – ou qu'une partie. Il s'agit alors forcément de vraies prestations supplémentaires sortant du cadre de la LAMal – même si le traitement en question figure dans le catalogue des prestations obligatoires. Pour de telles prestations supplémentaires, le patient doit en outre pouvoir faire valoir le *droit à la substitution*³⁰.
4. Prendre l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 juin 2000 comme référence reviendrait tout simplement à abolir le principe de l'économicité de la LAMal. Ce qui figure dans le catalogue des prestations obligatoires devrait alors dans tous les cas être payé par la caisse, parce que, selon le Tribunal fédéral, il n'y aurait pas de «vraie prestation supplémentaire», pas de «véritable plus». Par cet arrêt, les juges de Lausanne se sont ainsi mis en contradiction manifeste avec la jurisprudence constante du Tribunal fédéral des assurances. Il serait souhaitable que, dans l'affaire suivante qui est déjà en cours, ils se fondent sur la pratique pertinente du TFA et reconnaissent le rôle majeur du précepte de l'économicité (art. 56 LAMal) pour cette question décisive de délimitation: aller au-delà de la nécessité médicale³¹, c'est faire «plus» que nécessaire et il y a donc «prestation supplémentaire».

- 1 cf. les articles précédents sur ce thème dans le BMS: HP. Kuhn, Factures complémentaires en cas de prestations médicales complémentaires – et de deux, BMS 6/2000, p. 275-9, et HP. Kuhn, Factures complémentaires en cas d'hospitalisation, BMS 36/1999, p. 2175-8.
- 2 L'art. 102, 2^e al., LAMal, stipule: «La caisse doit offrir à ses assurés des contrats qui prévoient une couverture d'assurance ayant au moins la même étendue que celle dont ils bénéficiaient jusqu'alors.» Comme les autres lois et ordonnances fédérales, le texte de la LAMal peut être consulté gratuitement sur le site de l'administration fédérale: www.admin.ch ⇒ Recueil systématique du droit fédéral ⇒ Loi sur l'assurance-maladie.
- 3 Lors de l'introduction de la LAMal, le législateur zurichois a déclaré le tribunal cantonal des assurances sociales compétent pour les litiges relevant tant de l'assurance de base que de l'assurance complémentaire.
- 4 Elle voulait obtenir une garantie concrète et détaillée que la caisse continuerait d'assurer sans le moindre changement le statut de patiente privée qu'elle avait eu jusque-là.
- 5 La Concordia refuse ainsi, à juste titre, de suivre la ligne du Concordat, présentée par A. Kummer et D. Wyler; cf. Factures complémentaires en cas de prestations complémentaires, BMS N° 6/2000, p. 275-6.
- 6 Le Tribunal fédéral cite ici A. Maurer: Verhältnis obligatorische Krankenversicherung und Zusatzversicherung, dans LAMal-KVG Recueils de travaux, Editions IRAL, Lausanne, 1997, p. 726s.
- 7 Dans le présent article, les notions de «Zusatzleistung» (prestation complémentaire) et de «Mehrleistung» (prestation supplémentaire) sont équivalentes. La première est celle utilisée jusqu'ici dans le BMS (cf. BMS N° 36/1999 et 6/2000) et la seconde est le terme employé par le Tribunal fédéral de Lausanne.
- 8 Bien entendu, la discussion ici ne porte pas sur l'utilisation correcte des tarifs sociaux pour une prestation à la charge des caisses, mais sur la question de la limite de l'obligation de prise en charge d'une prestation. Voir plus loin dans le texte, sous point 3.3.b.
- 9 Sous le régime de l'ancienne LAMA, le Tribunal fédéral des assurances, à Lucerne, était également compétent pour les litiges relevant des assurances complémentaires. Il pouvait ainsi garantir une «unité de doctrine» en son sein. Mais, lors de la révision de la LAMal, les parlementaires bourgeois ont décidé que les cas d'assurance complémentaire devraient désormais être traités à Lausanne, solution qui pour les partis de gauche mais aussi pour les chefs de file de la doctrine juridique n'était pas la meilleure.
- 10 «Soi-disant» parce que la plupart des prestations ne figurent pas du tout dans cette liste. Pour les difficultés d'application et les dessous politiques (qui évitent les débats sur le rationnement), voir notamment H. H. Brunner: Révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, complément à la procédure de consultation (réponse de la FMH au DFI); Bulletin des médecins suisses 35/2000, p. 1887-95.
- 11 Cet article n'a pas pour but de démontrer une fois de plus l'inadéquation de la statistique actuelle du Concordat des assureurs-maladie suisses (CAMS). Pour la discussion qui nous occupe, il suffit de constater que l'obligation de prise en charge par les caisses et donc la question de la prestation supplémentaire ne dépendent pas seulement du catalogue des prestations obligatoires.
A propos de la statistique du CAMS, voir l'article de H. H. Brunner cité sous la note 10: «Les procédures de remboursement des assureurs n'ont développé jusqu'ici qu'un effet négligeable, l'une des raisons principales étant qu'elles arrivent souvent au faux moment, se basent sur de fausses statistiques et visent les faux fournisseurs de prestations.» (p. 1889); voir également la prise de position de la Commission des cartels de 1994: «La Commission recommande aux caisses-maladie et au corps médical de collaborer en vue d'améliorer le contrôle de la rationalité économique des traitements, de développer et de mettre en œuvre à cet effet des instruments adéquats pour la thérapeutique ambulatoire.» (CCSPR 5/1994 p. 39.); voir en outre l'analyse critique de la statistique du CAMS remise par la FMH à la Commission de la concurrence en septembre 1998. Cette analyse (rédigée en allemand) peut être obtenue, moyennant une participation aux frais, auprès du service juridique de la FMH, fmhrecht@hin.ch, Elfenstrasse 18, 3000 Berne 16, tél. 031/359 11 11.
- 12 «On peut se borner à comparer la statistique des frais moyens de traitement auprès du médecin en cause avec celle qui concerne les traitements auprès d'autres médecins qui travaillent dans des conditions semblables, pourvu que la comparaison s'étende sur une période assez longue et que les éléments statistiques soient rassemblés d'une manière analogue.» (consid. 4b)
- 13 C'est là la règle ancrée à l'art. 41, 1^{er} al., LAMal.
- 14 Art. 34 LAMal.
- 15 Resp. les limites géographiques pour l'entière prise en charge des coûts selon le tarif du prestataire de soins.
- 16 Ici s'applique la norme particulière de l'art. 41, 1^{er} al., LAMal. Cf. cas N° 8 sous point 3.2.
- 17 Voir aussi la distinction adoptée dans la doctrine, entre le «grundsätzliche Moment» et le «massliche Moment» (U. Meyer-Blaser: Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, thèse, Berne 1985, p. 89).
- 18 LAMal art. 44, Protection tarifaire.
- 19 Je remercie ici M. Dominique Wohnlich, lic. en droit, pour ses suggestions et renvois à la littérature sur le droit à la substitution de la prestation.
- 20 Dans son arrêt du 8 juin 2000, le TF a catégoriquement refusé le *droit à la substitution de la prestation* au patient acceptant de se faire soigner à l'hôpital en médecine ambulatoire sans avoir de solides et convaincantes raisons. A cet égard, le principe de proportionnalité exige, à mon avis, que l'on applique le principe de substitution dans l'ensemble du droit des prestations de la LAMal: chambre plus confortable à l'hôpital, mais aussi visite à domicile bien que le patient pourrait venir au cabinet médical – les deux visent au confort et vont au-delà de ce qui est exigible pour le but du traitement. En outre, la LAMal reconnaît expressément le principe de la substitution ou, plus précisément, le principe du prix limite aussi pour les prestations non stationnaires, par exemple dans le cas d'un traitement médical ambulatoire en dehors de la région déterminante (art. 41, 1^{er} al., LAMal: la caisse ne paie ce qu'elle aurait dû payer au lieu de résidence ou de travail du patient), ainsi que pour les moyens et appareils pour lesquels le principe du prix limite a été introduit à l'art. 51, 1^{er} al. let. a chif. 3, LAMal et à l'art. 24, 2^e al., OPAS: le patient peut acheter un appareil acoustique plus cher, mais la caisse ne paie ce selon la liste tarifaire de l'OFAS. Il serait donc juste que la pratique du TFA à propos des art. 14, 2^e al., et 21, 3^e al., LAI (jurisprudence constante depuis 1981; cf. par exemple ATF 111 V 209 et 120 V 280) soit également appliquée par analogie aux prestations médicales ambulatoires complémentaires. Cf. en outre: U. Meyer-Blaser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zurich 1997, p. 60s, et Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht, thèse Berne 1985, p. 87; U. Kieser: Besprechung des Urteils des EVG vom 30. August 1999, K 174/1998, dans: AJP 2000, p. 1022; G. Eugster: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Teil (Soziale Sicherheit, Krankenversicherung, Bâle/Genève/Munich 1998, FN 469 (à propos du principe de proportionnalité en relation avec le pouvoir de substitution du patient) et Rz. 218 (désapprobation dans le cas des médecins non conventionnés).
- 21 ATFA, publié dans Sozialversicherungsrecht (SVR) 1997 Krankenversicherung [KV] N° 90, p. 291 confirmé par le TFA dans l'ATF 123 V 290; [*].
- 22 U. Meyer-Blaser: Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zurich 1997, p. 60s; trad FMH.
- 23 L'exigence du «grundsätzliche und massliche Moment» selon U. Meyer-Blaser est ainsi satisfaite (voir note 17, loc. cit., p. 89).
- 24 Voir sur ce thème les articles publiés antérieurement dans le BMS et mentionnés sous note 1.

- 25 Dans le litige qui a mené à l'arrêt du TF du 8 juin 2000 dont il est question, la caisse était aussi d'avis qu'un traitement par le *médecin-chef* est une vraie prestation supplémentaire – tout le monde devrait donc abonder dans ce sens. Cf. à ce sujet aussi l'arrêt du tribunal administratif bernois cité dans: HP. Kuhn, Factures complémentaires en cas de prestations médicales complémentaires – et de deux, BMS 6/2000; 275-9.
- 26 Quiconque voit dans cette révision des art. 35 et 36 LAMal un malencontreux pas supplémentaire vers une médecine à plusieurs vitesses devrait adresser sa critique au Conseil fédéral et au Parlement; la FMH avait en effet rejeté cette modification de la loi lors de la procédure de consultation.
- 27 «La prestation doit cependant représenter un «plus»; il ne suffit pas qu'elle soit fournie seulement «en lieu et place» des prestations au sens de l'art. 34 LAMal.» (consid. 3b)
- 28 L'art. 56, 1^{er} al., LAMal a la teneur suivante: «Le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement.» Dans son jugement, le Tribunal fédéral ne consacre pas la moindre ligne à l'appréciation de ce critère de la LAMal, pourtant tout aussi important pour la question de la prise en charge des coûts que celui du catalogue général des prestations obligatoires.
- 29 «Il s'agissait en outre de différenciations qui, en cas d'espèce, ne seraient guère vérifiables quant à l'adéquation d'honoraires supplémentaires.» (consid. 3b, 2^e al.)
- 30 Cf. plus haut sous point 3.3.c.
- 31 Donc partout où est rempli le critère du «grundsätzliche Moment» de l'assurance sociale, mais pas celui du «massliche Moment» (Cf. pour cette distinction: voir U. Meyer-Blaser, cf. note 17, loc. cit., p. 89).

Deutsch erschienen in Nr. 37/2000

Inkraftsetzung der Beschlüsse der Ordentlichen Ärztekammer vom 21./22. Juni 2000

In der statutarisch festgelegten Frist von 60 Tagen seit Publikation der Beschlüsse in der Schweizerischen Ärztezeitung (SÄZ Nr. 31 vom 2. August 2000) ist kein Antrag auf Urabstimmung eingereicht worden. Die Beschlüsse der ordentlichen Ärztekammer vom 21./22. Juni 2000 sind am 2. Oktober 2000 in Rechtskraft erwachsen.

Entrée en vigueur des décisions de la Chambre médicale ordinaire des 21 et 22 juin 2000

Aucune demande de votation générale n'ayant été déposée durant le délai statutaire de 60 jours après leur publication dans le Bulletin des médecins suisses (BMS N°31 du 2 août 2000), les décisions de la Chambre médicale ordinaire des 21 et 22 juin 2000 sont entrées en vigueur le 2 octobre 2000.