

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