

Conventions tarifaires, approbation des tarifs, «neutralité des coûts»*

Hanspeter Kuhn, avocat, secrétaire général adjoint de la FMH

Introduction

En septembre 2000, le Conseil fédéral a «approuvé» la structure tarifaire TarMed et a lié cette décision à l'exigence d'une introduction du TarMed «neutre en termes de coûts».

Or il est temps maintenant de réexaminer d'un œil critique diverses questions, à savoir: qui est censé passer des conventions, avec qui et lesquelles, selon quelle loi, quels sont les objectifs à poursuivre et qui doit approuver ou non ces conventions et selon quels critères?

Loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)

Contrairement à ce que prévoyait le projet initial¹, le législateur n'a pas remanié le droit en matière de tarifs et de collaboration entre fournisseurs de prestations et assureurs sociaux dans la «Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)» du 6 octobre 2000². Par conséquent, les dispositions en vigueur jusqu'ici dans la LAA, la LAM, la LAI et la LAMal resteront déterminantes à l'avenir également.

Loi sur l'assurance-accidents (LAA)

«Les assureurs peuvent passer des conventions avec les personnes exerçant une activité dans le domaine médical ainsi qu'avec les établissements hospitaliers et les établissements de cure afin de régler leur collaboration et de fixer les tarifs.»³ La compétence tarifaire ne revient au Conseil fédéral qu'en l'absence de convention.⁴

Une coordination des réglementations tarifaires avec les autres branches des assurances sociales doit cependant être assurée. Or, avec la structure tarifaire TarMed, les partenaires tarifaires font eux-mêmes ce pas. Par conséquent, la compétence donnée au Conseil fédéral de veiller à cette coordination est sans objet, le but étant déjà atteint.⁵

* Cet article actualise et complète l'analyse «Structures de tarifs, conventions tarifaires et neutralité des coûts dans la LAMal», parue dans le Bulletin des Médecins Suisses 1999;80(29/30): 1783-90.

Par volonté du Conseil fédéral, les tarifs médicaux doivent être convenus sur le plan suisse⁶, mais pas les tarifs hospitaliers⁷ (donc pas non plus les tarifs hospitaliers ambulatoires ...).

Dans la LAA, on a renoncé à une approbation des tarifs LAA par les autorités, un renoncement explicite comme le montre Bühlmann dans sa thèse de 1985⁸: «L'idée de soumettre les conventions à l'approbation du Conseil fédéral est abandonnée. Les propositions de minorités demandant une telle approbation ont été rejetées par les deux chambres à cause des énormes dépenses administratives qui en résulteraient. En outre, le sens et le but d'une telle approbation, après que les parties se seraient entendues, auraient pour le moins été douteux.» (trad. FMH).

Conclusion

La structure et la convention tarifaires ainsi que les autres questions de collaboration doivent être réglées par les parties à la convention. Si celles-ci parviennent à s'entendre, le Conseil fédéral ne doit pas intervenir.

Loi sur l'assurance militaire (LAM)

Lors de la révision de la loi sur l'assurance militaire du 19 juin 1992, le droit médical et tarifaire de l'assurance militaire a été adapté à celui de la LAA. «L'assurance militaire peut passer des conventions avec les personnes exerçant une activité dans le domaine médical [...], afin de régler leur collaboration et fixer les tarifs.»¹⁰

«En l'absence de convention, le Conseil fédéral édicte les prescriptions nécessaires après avoir consulté les parties.»¹¹

Par conséquent, l'ordonnance fédérale prévue par le législateur pour la coordination des tarifs avec les réglementations tarifaires des autres assurances sociales¹² est sans objet, le but étant déjà atteint. Par ailleurs, une approbation des tarifs au niveau fédéral n'est pas prévue.

Conclusion

Même situation que pour la LAA, à la différence près que la convention ne doit pas être conclue par un assureur juridiquement «externalisé» de l'administration fédérale, tel que la CNA et les assurances privées, mais par «l'Assurance militaire», c.-à-d. concrètement par l'office fédéral compétent.

A noter que «l'assuré qui se rend dans un établissement hospitalier, auquel l'accord tarifaire n'est pas applicable, a droit à une indemnisation équivalant au montant que l'assurance militaire aurait payé dans un établissement hospitalier comparable soumis à l'accord tarifaire. Les situations d'urgence sont réservées.»¹³ Cette disposition de l'ordonnance sur l'assurance militaire soulève deux questions: quel intérêt un hôpital a-t-il d'adhérer à une convention tarifaire d'association? Et: le tribunal des assurances appliquerait-il cette disposition de manière analogue si un patient AM se rendait chez un médecin n'ayant pas

adhéré à la convention passée par son association? Cette seconde situation n'a, à notre connaissance, jamais fait l'objet d'une décision de la part d'un tribunal.

Loi sur l'assurance-invalidité (LAI)

Selon le texte de loi, le Conseil fédéral serait ici compétent pour «conclure des conventions avec le corps médical [...], afin de régler leur collaboration avec les organes de l'assurance et de fixer les tarifs.»¹⁴ Dans l'ordonnance, cette compétence a été déléguée à l'office fédéral.¹⁵

«En l'absence de convention, le Conseil fédéral peut fixer par arrêté les montants maximums des frais des mesures de réadaptation qui sont remboursés à l'assuré.»¹⁶

Conclusion

La situation est analogue à celle de la LAM.

En revanche, il vaut la peine de signaler la disposition particulière du régime sans convention: le traitement médical est, lui aussi, une «mesure de réadaptation» au sens de la loi¹⁷. En cas de régime sans convention, le Conseil fédéral devrait par conséquent fixer le montant maximum des frais de mesures de réadaptation remboursés par l'assurance sur la facture du médecin ou de l'hôpital, mais ne pourrait pas édicter un tarif de remplacement obligatoire pour les fournisseurs de prestations. La solution de remplacement correspondrait donc à celle adoptée, par exemple, pour les moyens et appareils dans la LAMal: «des dispositions sur ... l'étendue de la rémunération»¹⁸ – mais pas des dispositions sur le prix lui-même.

Loi sur l'assurance-maladie (en complément à l'article dans BMS 1999;80[29/30]:1783-90)

Définitions: structure tarifaire versus convention tarifaire

L'article de 1999 intitulé «Structures de tarifs, conventions tarifaires et neutralité des coûts dans la LAMal»¹⁹ dresse à ce sujet un historique législatif: l'analyse du rapport de la commission d'experts Schoch, puis du message du Conseil fédéral et enfin des délibérations parlementaires a permis d'établir qu'une structure de tarif à la prestation consistait en la désignation des prestations et l'attribution de points tarifaires à chacune d'elles. Si on ajoute alors la valeur du point en francs et centimes, on obtient un tarif à la prestation.

Par contre, tant selon la systématique et la doctrine^{20, 21} que par la teneur, les autres accords conventionnels, tels que limitations de quantités (sous la forme directe d'un budget global ou indirectement, par des accords sur une «neutralité des coûts» qu'il conviendrait d'une manière ou d'une autre de définir), ne font pas partie de la structure tarifaire prévue par la loi.

Obligation d'approbation pour la convention tarifaire, mais pas pour la structure tarifaire

Une *convention tarifaire* doit être approuvée par les autorités compétentes, à savoir le Conseil fédéral ou le gouvernement cantonal, selon le champ d'application (art. 46, 4^e al., LAMal).

Cela dit, une *structure de tarif* à la prestation ne demande en soi pas à être approuvée. L'historique législatif de la LAMal (cf. BMS 28/29/1999) le montre clairement. En effet, la commission Schoch a proposé à l'époque que la structure tarifaire soit, vu son importance effective, soumise à l'approbation du Conseil fédéral. Mais, pour des raisons inconnues, le Conseil fédéral a manifestement fait abstraction de cette idée dans son message du 6 novembre 1991, tant pour ce qui est de sa teneur que de la systématique de la loi, et personne au Parlement n'a proposé de revenir à la solution de la commission Schoch^{22, 23}.

De plus, la révision partielle de la LAMal, approuvée entre-temps par le Parlement et entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2001, n'a, elle non plus, rien changé à cette décision. Le Conseil fédéral avait implicitement refusé de revenir à la solution Schoch et, lors de cette révision, le Parlement a également renoncé à l'obligation d'approbation de la structure tarifaire²⁴.

A titre de *bilan intermédiaire*, on peut donc conclure que le TarMed présenté l'an dernier est une structure tarifaire dont ni la LAMal, ni la LAA, la LAM ou la LAI n'exigent l'approbation du Conseil fédéral. La décision «d'approbation» de ce dernier ne reposait par conséquent sur aucune base légale.

Il en va de même de la prise de position sur la structure tarifaire TarMed émise en 1999 par le surveillant des prix. Car la compétence de ce dernier ne s'exerce qu'en amont de celle de l'autorité d'approbation.²⁵

Convention tarifaire: niveau suisse et/ou cantonal; critères d'approbation

La LAMal admet des conventions tarifaires à l'échelle nationale ou cantonale. La loi ne précise pas si ces deux niveaux peuvent être combinés.

Une telle combinaison s'avère utile, voire nécessaire, et juridiquement acceptable, comme le montrent les réflexions suivantes:

Pour ce qui est de la *valeur du point tarifaire* des prestations médicales, l'idée qu'elle devrait plutôt être fixée au niveau cantonal revient comme un fil rouge à travers toute l'histoire législative et politique.²⁶ Jusqu'à ce jour, il semble que ni les assureurs, ni les directeurs des affaires sanitaires, ni encore le surveillant des prix ne veuillent une valeur du point unique au plan suisse pour le tarif médical et celui des policliniques.

En revanche, nombreuses sont les questions de coordination qu'il est nécessaire ou bien utile de régler à l'échelle nationale. On peut penser, par exemple, aux normes de *facturation électronique*, et à celles – liées – pour la communication de données sur la facture et pour la systématique de la *classification des patients* (description du problème/dia-

gnostic), aux dispositions sur la *formation prégraduée, postgraduée et continue* exigée²⁷, à la nécessité de répartir le travail de manière uniforme entre *l'interprétation du tarif* au niveau suisse et le traitement des autres questions tarifaires par *les commissions paritaires cantonales*, etc.

D'où la question de savoir qui peut décider si une question de collaboration doit être réglée au plan suisse ou alors cantonal: les parties à la convention tarifaire ou l'Etat (dans ce dernier cas, une entente entre le Conseil fédéral et les directeurs des affaires sanitaires serait nécessaire)? A cet égard, il faut prendre en considération les éléments suivants:

Tant la commission Schoch²⁸ que le Conseil fédéral – dans son message – voulaient s'assurer que les prescriptions légales soient contenues dans les conventions tout en renforçant de manière explicite *l'autonomie contractuelle* des partenaires tarifaires: «Ainsi, c'est le principe de la liberté contractuelle qui se situe au premier plan; c'est un élément auquel, dans les réponses à la consultation, on a attaché beaucoup d'importance.»²⁹ Maurer fait logiquement remarquer, à propos des conventions tarifaires et de l'approbation: «Les parties ont une latitude considérable dans la conception des conventions. Elles doivent respecter les garde-fous légaux, mais profitent du principe de la liberté contractuelle.»³⁰ Et plus loin: «Le juge ne peut intervenir dans les conventions tarifaires qu'avec la plus grande retenue. Il doit se borner à vérifier si elles sont conformes au droit fédéral. Ces considérations devraient rester vraies pour le nouveau droit.»³¹ (trad. FMH).

Quant à Eugster, il renvoie, pour l'approbation, aux différents critères légaux de vérification, dont le caractère «économiquement supportable», mais aussi notamment la «non-prise en considération des critères d'économie d'entreprise» ou la «mise en danger des soins médicaux appropriés et d'un haut niveau de qualité».³²

Cela dit, aucun des deux auteurs ne s'exprime quant au niveau où il faut régler les différentes questions ni quant à la possibilité ou à la nécessité d'une combinaison de ces niveaux.

Conclusion

Les concepts de «neutralité des coûts», quelle que soit la définition qu'on lui donnerait (et que ce critère soit ou non admissible – voir ci-après: «*Neutralité des coûts*» dans la LAMal), ne peuvent en aucun cas être imposés au niveau suisse en invoquant la LAMal:

- La «neutralité des coûts», peu importe sa définition, n'a rien à voir avec la structure tarifaire. Même dans sa propre jurisprudence en qualité de tribunal suprême en matière tarifaire, le Conseil fédéral a donné de la structure tarifaire – en pleine conformité avec le texte de loi et l'historique législatif – la définition exhaustive suivante: «Dans un tarif à la prestation, un certain nombre de points est attribué à chaque prestation tarifée établissant sa valeur abstraite et sa valeur relative par rapport aux autres prestations (d'où l'expression «structure tarifaire»)»³³ (trad. FMH) – fin de la définition.

- Si la «neutralité des coûts», quelle que soit sa définition, pouvait ou devait faire l'objet d'une convention tarifaire, l'autorité d'approbation devrait en outre, en raison de la «latitude considérable»³⁴ à accorder, laisser aux partenaires tarifaires la liberté d'établir la convention soit au niveau suisse, soit au niveau cantonal.

La «neutralité des coûts» dans la LAMal

«Neutralité des coûts» ou chasse au yéti

«Il est vrai qu'on ne parle nulle part de «neutralité des coûts» dans la LAMal, reconnaît le Conseil fédéral dans sa décision tarifaire du 18 octobre 2000.³⁵ Il confirme ainsi le résultat négatif de diverses recherches entreprises par d'autres ces dernières années.³⁶

Plus loin, le Conseil fédéral ajoute: «Cependant, les partenaires tarifaires et les autorités compétentes doivent veiller, conformément à l'art. 43, 6° al., LAMal, à ce que les soins de santé donnés à la population soient de haute qualité, appropriés et aussi peu coûteux que possible. Le but de la nouvelle structure tarifaire était de soumettre les prestations de physiothérapie fournies jusqu'ici à une nouvelle pondération augmentant la transparence et la mesurabilité de chaque prestation. Ce faisant, il s'agit de *prendre en considération que l'ensemble des coûts de l'ancienne structure tarifaire ont en principe été calculés selon les règles d'une saine gestion d'entreprise.*» Et plus loin: «En ce qui concerne l'approbation de la structure tarifaire, le Conseil fédéral est en effet parti de l'idée que, d'une part, celle-ci devait couvrir les dépenses effectives pour les prestations et que, d'autre part, des coûts non nécessaires ou trop élevés devaient être éliminés ou, plus précisément, abaissés. Ce qui d'ailleurs n'exclut pas d'emblée qu'une nouvelle structure tarifaire puisse générer des coûts plus élevés alors que l'offre reste identique, mais ceux-ci doivent alors être justifiés au sens de la loi (art. 43, 6° al., LAMal). Cela dit, une révision tarifaire augmentant tout simplement la rémunération des prestations fournies jusque-là n'aurait aucun sens.»³⁷ (trad. FMH).

Commentaire

Il s'agit là de l'argument majeur dont le Conseil fédéral s'est servi, en dépit de sa propre constatation que la notion de «neutralité des coûts» faisait défaut dans la LAMal, pour faire le bonheur des physiothérapeutes appenzellois. Autrement dit, puisque l'ancien tarif *doit* jouer dans l'ensemble, l'application du nouveau tarif doit aboutir aux mêmes coûts. A noter que le Conseil fédéral ne fournit pas le moindre argument pour expliquer *pourquoi* l'ancienne structure tarifaire du tarif de physiothérapie ne pouvait avoir été établie autrement que selon les principes de l'économie d'entreprise et était donc forcément correcte. Dans la doctrine en matière de droit procédural, cet argument porte un nom: «l'hypothèse qui exclut la preuve du contraire est une *fiction* (praesumptio iuris et de iure, ...)»³⁸ Dans le cas présent, le terme juridique a

aussi le sens du langage commun – la décision du Conseil fédéral par rapport au tarif de physiothérapie se fonde en effet sur une fiction.

Les critères tarifaires de la LAMal: des termes juridiques indéterminés

Que signifie dans ce contexte l'argument parfois avancé de «économiquement supportable»? Dans sa décision du 18 octobre 2000 relative au tarif de physiothérapie dans le canton d'Appenzell, le Conseil fédéral a renoncé à ce critère auquel il avait recouru autrefois.³⁹ Pour une bonne raison d'ailleurs: on ne trouve pas cette notion dans la LAMal.

La loi exige, au contraire, des conventions tarifaires «fixées d'après les règles applicables en économie d'entreprise» et «structurées de manière appropriée.»⁴⁰ Il s'agit en outre de veiller à ce que les soins de santé soient «appropriés», d'une «qualité de haut niveau» et «le plus avantageux possible».⁴¹ Et l'autorité compétente pour l'approbation doit vérifier «que la convention [tarifaire] est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie».⁴² A cet égard, Maurer a fait remarquer que ce principe d'économie se réfère aux articles 32 et 56 LAMal. Concrètement, cela signifie que seules des prestations prises en charge par l'assurance obligatoire doivent être tarifées (art. 32) et que l'élément déterminant pour un cabinet modèle est le médecin qui «limite ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et par le but du traitement».⁴³ En revanche, même dans le droit des assurances sociales, «équitable» ne signifie pas «bon marché». Au contraire, dans l'ordre juridique suisse tout entier, le juge doit, dans une décision rendue en équité («Droit et équité»), veiller à ce que «sa solution soit appropriée aux circonstances et dépourvue de toute rigueur et de toute inconvenance. Il s'agit de justice applicable au cas particulier et qui prime la sécurité du droit.»⁴⁴ (trad. FMH).

Dans la terminologie juridique, tous ces critères tarifaires de la loi sont des «termes juridiques indéterminés»⁴⁵, car ils incluent une certaine marge d'appréciation, tout d'abord pour les partenaires tarifaires, dans le cadre de leur autonomie contractuelle, puis pour les autorités compétentes en ce qui concerne l'approbation. Ce qui nous amène à examiner la question de l'égalité devant la loi.

La Constitution fédérale pose le principe de l'égalité

La LAMal prévoit une obligation d'assurance et entend garantir à l'assuré l'accès à des soins appropriés. Ces traitements ne sont donc pas fournis en premier lieu dans le cadre d'une économie de marché, mais relèvent en fin de compte du Service public – cette forme d'organisation des traitements dans le cadre de l'assurance sociale, pratiquée depuis 1911, n'est en fait que l'application avant la lettre des principes de la nouvelle gestion publique (new public management). Les médecins ne reçoivent en effet pas directement un salaire d'un employeur public, mais ils sont inclus dans le droit public administratif en ce sens que, pour leurs prestations dans le cadre des lois d'assurance sociale, ils doivent se limiter «à la mesure

exigée par l'intérêt de l'assuré et par le but du traitement»⁴⁶ et respecter les réglementations tarifaires officielles, ne pouvant donc convenir librement d'un prix avec les patients.

L'un des principes essentiels de la nouvelle Constitution⁴⁷ et, depuis toujours, du droit public administratif est l'égalité. Selon ce principe, toute chose de même nature doit être traitée de la même manière et, pour des choses différentes, le traitement doit différer en fonction de cette différence.

Comment ce principe s'applique-t-il concrètement à un tarif pour prestations médicales? Le revenu d'un médecin praticien moyen résultant d'une exploitation et d'un travail raisonnables doit se trouver dans un rapport raisonnable avec le revenu d'autres activités médicales et d'autres professions comparables. La définition de domaines professionnels comparables dépend essentiellement d'un procédé utilisé depuis des années, au sein de l'administration publique, pour établir des comparaisons entre employés et connu sous le nom d'*analyse (ou d'évaluation) du poste de travail*. Les critères sur lesquels on se base sont, entre autres, les qualifications nécessaires ainsi que les responsabilités et les contraintes liées à l'activité en question. Pour la fixation des tarifs dans le domaine de l'assurance, cette évaluation de l'activité se réfère depuis longtemps au *principe du revenu de référence*. La fixation d'un tarif sur la base d'un revenu de référence n'est donc pas une manœuvre arbitraire tirée de la boîte à astuces économiques, mais rien d'autre que l'application correcte du principe de l'égalité au Service public. En effet, le revenu du médecin en pratique privée pris comme modèle doit s'orienter sur ce que son expérience et ses qualifications lui permettraient de gagner dans d'autres activités (par exemple à l'hôpital ou dans les assurances, etc.) et doit être mis en relation avec des professions libérales comparables sous l'angle d'un tarif de prestations médicales, c.-à-d. par exemple les médecins-dentistes et les chefs de laboratoire.

Critères tarifaires et égalité; la question de la surtaxe

Les partenaires tarifaires et les autorités d'approbation disposent d'une certaine marge d'appréciation dans l'application des critères tarifaires légaux mentionnés plus haut. La question de l'égalité n'a pas la même importance que si les aspects essentiels avaient déjà fait l'objet d'une décision matérielle préalable dans la loi: «Il est certes important de voir que les méthodes d'interprétation ne sont pas les seuls moyens pour veiller à la sécurité du droit et à l'équité. Le principe d'égalité de l'article 8, 1^{er} alinéa, de la Constitution garantit, lui aussi, une application uniforme du droit. Dans ces situations, l'égalité prend d'autant plus d'importance que la liberté de décision est grande. [...] Ainsi, en prononçant des décisions de même nature, fondées sur des faits similaires et prises en application des mêmes normes juridiques, les autorités doivent procéder selon des critères uniformes, dont la validité s'étend au-delà du cas particulier; en d'autres termes, elles doivent développer une pratique.»^{48,49} (trad. FMH).

L'approbation et la fixation, par les autorités, des tarifs pour les médecins-dentistes et pour les chefs de laboratoire sont comparables à la tarification des prestations médicales. Or, il y a des années de cela, le Conseil fédéral a accepté ou fixé lui-même un revenu de référence d'environ Fr. 200 000.– pour les dentistes et de plus de Fr. 180 000.– pour les chefs de laboratoire.⁵⁰ Ce faisant, il a établi, pour la tarification dans le domaine des professions de santé universitaires, la *pratique* que réclament les ténors de la doctrine juridique.⁵¹ Pour garantir l'égalité, le revenu de référence à définir pour un tarif médical doit donc, compte tenu de la formation postgraduée plus longue, des responsabilités et des contraintes (situations dangereuses, interventions de nuit et les week-ends, etc.), se situer plus haut que celui des dentistes – «pour des choses différentes, le traitement doit différer en fonction de cette différence».

Par contre, prendre par exemple le principe des soins les «plus avantageux possible» hors du contexte des autres critères de la loi pour ne l'appliquer, de manière ciblée, qu'à certains groupes professionnels serait inadmissible – car ce serait une violation du précepte d'égalité.⁵² Cela reviendrait à déroger à l'interdiction de prélever une *surtaxe*, sans se référer à des bases légales claires et explicites pour le faire.

Remarques concernant l'art. 55 LAMal «Etablissement des tarifs par les autorités d'approbation» [en réalité: gel tarifaire et rationnement]

«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.»⁵³

Quelle doit être l'attitude de l'autorité compétente face à cette formulation potestative?

Catalogue des prestations prises en charge par l'assurance-maladie

Les coûts de l'assurance-maladie sociale dépendent en premier lieu du catalogue des prestations prises en charge.

A ce sujet, il convient premièrement de constater que, pour les traitements médicaux, la loi ne contient pas un catalogue exhaustif obligatoire.⁵⁴ Le législateur a donc démissionné de sa responsabilité de faire la distinction entre le nécessaire et le simple souhaitable dans l'assurance-maladie. Partenaires tarifaires et autorités d'approbation se retrouvent donc sans la base de décision technique essentielle et, en fin de compte, dépourvus de la légitimité nécessaire pour pouvoir apprécier si les coûts évoluent de manière souhaitable ou acceptable.

Deuxièmement, du côté de la Confédération, il ne faut pas s'attendre à un changement de tendance pour

les *prestations admises dans le catalogue*. Selon l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), 32% des 2000 personnes interrogées lors d'une enquête se sont prononcées en faveur d'une extension du catalogue, 8% pour une réduction et 53% pour le maintien des standards actuels. D'après ce que rapporte la NZZ, l'interprétation de l'OFAS serait – paradoxalement – que la majorité souhaiterait voir une extension des prestations; pour Otto Piller, directeur de l'OFAS, les chiffres de l'enquête et une comparaison avec les prestations prises en charge dans d'autres pays constitueraient en tous les cas la preuve qu'en dépit de toute affirmation contraire l'assurance de base n'est en aucune manière trop généreuse⁵⁵. Quant au «Bund», son commentaire a été le suivant: «Les auteurs de l'étude présument qu'à l'origine de cette contradiction apparente [c.-à-d. le fait de souhaiter une extension des prestations malgré le souci des coûts; note de l'auteur] il y a des motifs de politique de répartition: les ménages ayant des difficultés économiques ne pourraient ni ne voudraient prendre le risque de prestations non couvertes par la LAMal».⁵⁶

On pourrait simplement rappeler un fait connu depuis longtemps à l'échelle internationale, à savoir que *les pauvres sont plus souvent malades que les riches*. Autrement dit, en se déclarant pour une réduction de l'assurance-maladie sociale (qu'il s'agisse du catalogue des prestations ou de leur volume), les riches se comportent de façon tout à fait rationnelle sur le plan économique, mais pas de manière sociale. Couvrir leur risque de maladie par une assurance privée leur coûte en effet moins cher que le faire par une assurance sociale où ils contribuent au financement du risque statistiquement plus élevé des pauvres.

Volumes de prestations

Dans la «WochenZeitung», l'économiste féministe Mascha Madörin a récemment mis en lumière quelques aspects souvent refoulés:⁵⁷ «L'économiste australienne Susan Donath rappelle, dans un article nouvellement paru, l'une des particularités de l'économie des soins, à savoir que la productivité du travail dans ce domaine ne peut être augmentée que dans d'étroites limites (Feminist Economics N° 03/3000). En 1967 déjà, le célèbre économiste William Baumol avait expliqué avec une grande perspicacité ce que cela implique. Ses analyses l'avaient mené à la conclusion que, vu les progrès techniques dans les autres secteurs, les activités servant à prodiguer des soins personnels aux malades deviendraient toujours plus coûteuses en comparaison. Partant d'un autre point de vue, Robert B. Reich, ancien ministre du travail de l'Administration Clinton, a signalé le même problème dans son livre «The Work of Nations» (1991). Reich voit dans l'écart toujours plus grand entre la productivité du travail dans le cas de prestations de service dépendant de personnes et de lieux, d'une part, et le «travail intellectuel» de l'élite du marché mondial, d'autre part, l'une des causes de la polarisation des classes. Pour ce qui est de l'économie des soins, l'explosion des coûts dans le domaine de la santé se réduit, au sens de Baumol, du moins en

partie, à un problème de perception et à un problème de structure de prix. Ces coûts sont comparés à ceux de domaines économiques présentant de fulgurants progrès techniques. Baumol était lui-même optimiste quant aux conséquences de l'évolution sur laquelle son analyse avait porté. Il espérait que le niveau de vie augmenterait malgré tout de façon générale. Comme les gens devraient payer nettement *moins pour les autos* et autres choses du genre, *ils pourraient dépenser plus pour leur santé* et *ils se porteraient généralement mieux*, tel était le point de vue de Baumol» (trad. FMH). Sur une autre question, M. Madörin critique en revanche Baumol pour son trop grand optimisme. Celui-ci pensait qu'une meilleure formation permettrait d'éviter une crise du monde du travail. Elle lui objecte: «Mais même une femme-médecin très bien formée ne peut être une bonne médecin que si elle a suffisamment de temps à disposition pour le traitement de ses patients.» (trad. FMH)

Dans la partie de son article intitulée «*le rationnement du temps consacré aux soins*», M. Madörin poursuit: «Le néolibéralisme peut être vu comme une tentative de faire sauter les limites de productivité de l'économie des soins de santé, d'économiser – au vrai sens capitaliste du mot – le côté social. [...] Une comparaison internationale des systèmes de santé montre cependant que, malgré toutes les limitations, les salaires relativement bas et l'emploi de plus en plus fréquent de migrants discriminés à l'hôpital, malgré le travail bénévole, les séjours hospitaliers plus courts et d'autres mesures, les possibilités d'économie sur les coûts sont très restreintes. La solution de rechange à ce type de maîtrise des coûts consiste à limiter les soins de santé pour un grand collectif parmi la population – le plus courant dans ce genre de jeux de planification étant les personnes âgées.» (trad. FMH).

Et d'ajouter: «Celui qui restructure les tarifs de traitements provoque l'émergence d'une nouvelle médecine, avec de nouveaux tableaux cliniques et de nouveaux idéaux de traitements. En premier lieu, le médecin et le personnel infirmier doivent désormais sortir de leur rôle traditionnel d'aide. Celui-ci doit être remplacé par la *responsabilité personnelle* du patient. Bien que cela puisse donner aux intéressés une impression d'émancipation, il s'agit surtout de *s'économiser le travail de relation* en le séparant de l'activité rémunérée.» (trad. FMH).

«En quoi consiste par exemple la prestation du médecin? Jakob Kläsi, médecin et psychiatre né en 1883, se voyait encore comme un scientifique, un guerrier, un homme charitable, un éducateur, un prêtre et un artiste. [...] En économie de la santé, on parle, par contre, de «dominance des fournisseurs de prestations» qui «doit être corrigée en faveur des clients et de leurs représentants» (NZZ 29/30 avril 2000). [...] Les observations de Jürg H. Sommer, économiste de la santé, ne cadrent pourtant pas avec cette vision des choses. Selon Sommer, trois quarts des personnes se sentant malades ne se rendent pas chez leur médecin, mais cherchent à se soigner elles-mêmes. Sommer illustre les implications de ce fait en se référant à une enquête menée aux Etats-Unis: si

seulement 2% des américains tombant malades, se soignant eux-mêmes et renonçant à consulter leur médecin se rendaient au lieu de cela chez ce dernier, le nombre des médecins de famille devrait augmenter de 50% dans ce pays (Jürg H. Sommer: *Gesundheitssystem zwischen Plan und Markt*).» (trad. FMH).

M. Madörin introduit ensuite une autre dimension: «Les *femmes* fournissent plus d'aide non rémunérée qu'elles n'en reçoivent. [...] Les femmes âgées, qui le plus souvent vivent plus longtemps que leur conjoint, [sont] par suite de sénilité et de maladie plus fortement tributaires d'une aide extérieure. Cela dit, dans les soins extra-hospitaliers (spitex), on fait désormais la distinction entre les services médicaux qui sont couverts par l'assurance de base et les «prestations hôtelières», telles que la cuisine, le nettoyage et la lessive, que les malades doivent payer de leur poche. Quant aux entretiens, on n'en parle même pas. [...] Les effets sociaux et économiques de cette distinction arbitraire, mais avantageuse pour les caisses-maladie concernent surtout les femmes; en tant que personnes âgées, d'une part, mais aussi en tant qu'employées dans les professions soignantes, où elles sont sur-représentées et où les minutages insensés et les contrôles de prestations finissent de plus en plus par les dégoûter de leur travail. A première vue, on peut en conclure que, par comparaison avec les ordres de grandeur et les aspects économiques liés aux changements concernant le volume du travail non rémunéré des femmes, l'explosion des coûts dans le domaine de la santé est un problème économique mineur.» (trad. FMH)

Compte tenu des arguments convaincants de M. Madörin, il est quelque peu étonnant qu'en 1999, au Parlement, ce soit justement la fraction socialiste qui ait voté pour un budget global ambulatoire.

Commentaire sur l'art. 55 LAMal (en complément à l'article du BMS 1999;80[29/30]:1783-90)

1. L'article de loi dit en fait que les autorités compétentes peuvent, sous les conditions données, bloquer les *augmentations* de tarifs. Mais rien n'est dit concernant un droit éventuel desdites autorités *d'abaisser* ces mêmes tarifs.
2. La formulation de cette disposition est potestative. Il n'y a donc aucun automatisme d'intervention. Les autorités compétentes ont au contraire le devoir de prendre leur décision en respectant la constitution et sans introduire d'arbitraire:⁵⁸ «[...] l'autorité administrative ne doit pas prendre de décision arbitraire, mais se fonder sur des motifs objectifs, c.-à-d. sur des éléments ou des principes qu'elle trouve ... ou qu'elle cherche!»⁵⁹ (trad FMH).
3. Cet article compare les *coûts* de la santé avec les *prix* de l'économie en général. Autrement dit, on n'établit pas une comparaison entre des pommes et des poires, mais – pour rester dans l'image – plutôt entre le *volume d'une récolte de pommes* et le *prix moyen des poires*. L'illogisme de cette disposition est notable et le gouvernement compétent doit en tenir compte sous l'angle d'une application conforme à la constitution.

4. Si les prix et les salaires du reste de l'économie restaient stables, une augmentation des coûts de 0.1% dans le domaine de la santé serait déjà motif à intervenir. Mais avec une progression annuelle élevée, de 10% par exemple, les autorités compétentes ne pourraient intervenir que si les coûts de la santé s'étaient accrus de – disons – 20% durant la même année. Un aspect qui mérite également d'être noté. Pour le reste, voir sous point 3.
5. En 1999, le Parlement a explicitement *rejeté* la proposition du Conseil fédéral de prévoir une possibilité d'introduire un *budget global* dans le domaine ambulatoire. Cet élément doit également être pris en considération pour une application de l'art. 55 LAMal conforme à la constitution et libre de tout arbitraire.
6. «Mais même une femme-médecin très bien formée ne peut être une bonne médecin que si elle a suffisamment de temps à disposition pour le traitement de ses patients» (M. Madörin⁶⁰). L'art. 55 LAMal contourne la véritable question, à savoir: *quelle* croissance des coûts de la santé faut-il accepter, voire viser, par rapport au reste de l'éco-

nomie dans un pays industrialisé ou post-industrialisé. La «Wochenzeitung», journal de gauche, a le mérite d'avoir remis en mémoire des notions économiques de base, connues depuis 1967, sur les diverses possibilités de rationalisation et d'augmentation de la productivité dans l'industrie et dans de nombreux domaines de prestations par opposition au domaine de la santé caractérisé par le travail de relations humaines. S'agissant de l'application de l'art. 55 LAMal, les autorités compétentes doivent se demander s'il faut «économiser – au vrai sens capitaliste du mot – le côté social»⁶¹ et, si oui, dans quelle mesure. Sur la question de «l'extension du volume des prestations» pour ce qui est du travail du personnel soignant dans les services spitex et les homes ou du temps consacré par le médecin, les autorités doivent en outre se demander de façon critique si une sanction tarifaire incitant à l'avenir à rationner le temps consacré aux patients – en fin de compte surtout aux patientes – ne reviendrait pas, en résultat, à une discrimination du fait du sexe, en violation de la Constitution fédérale.

1 Voir FF 1991 II 181.

2 Publication du projet de loi soumis à référendum dans FF 2000 p. 4657 à 4737. Il n'a pas été fait usage du délai référendaire fixé au 25 janvier 2001.

3 Art. 56, 1^{er} al., LAA.

4 Art. 56, 3^e al., LAA.

5 Art. 56, 2^e al., LAA.

6 Art. 70, 1^{er} al., LAA. Voir aussi sous Frésard J-M. L'assurance-accidents obligatoire. Dans: Koller H, Müller G, Rhinow R, Zimmerli U (Hrsg.). Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht; Ulrich Meyer-Blaser: Soziale Sicherheit, Bâle: Helbing & Lichtenhahn; 1998. p. 80 N. 216.

7 Art. 70, 1^{er} al., LAA e contrario; voir aussi sous Frésard, op. cit., p. 80 N. 216.

8 Bühlmann TA. Die rechtliche Stellung der Medizinalpersonen im Bundesgesetz über die Unfallversicherung du 20 mars 1981; Dissertation. Berne: Stämpfli; 1985. p. 174.

9 Bühlmann renvoie aux paroles de Hans Hürlimann, président de la Confédération, devant le Conseil national, Bull. off. du CN 1979 p. 259 et du conseiller aux Etats Luigi Generali, Bull. off. CE 1980. p. 485.

10 Art. 26, 1^{er} al., LAM.

11 Art. 26, 3^e al., LAM.

12 Art. 26, 2^e al., LAM.

13 Art. 14, 4^e al., OAM.

14 Art. 27, 1^{er} al., LAI.

15 Art. 24, 2^e al., OAI.

16 Art. 27, 3^e al., LAI.

17 Maurer A. Bundessozialversicherungsrecht. Bâle: Helbing & Lichtenhahn; 1993. p. 148ss.

18 Art. 52, 1^{er} al., chif. 3, LAMal.

19 Kuhn HP. Structures de tarifs, conventions tarifaires et neutralité des coûts dans la LAMal. Bull Med Suisses 1999;80(29/30): 1783-90.

20 Voir aussi Maurer A. Das neue Krankenversicherungsrecht. Bâle: Helbing & Lichtenhahn; 1996. p. 80. «Einzelleistungstarif ... Nach ihm wird jede einzelne Leistung, z.B. eine ärztliche Konsultation, die Blutdruckmessung und eine Injektion, gewertet und mit einer Anzahl *Taxpunkten* versehen. Dies ist die abstrakte *Tarifstruktur*. Indem dann die Anzahl *Taxpunkte* der einzelnen Leistung mit dem in Franken und Rappen festgelegten *Taxpunktwert* multipliziert wird, erhält man den Preis, den der Leistungserbringer für seine Leistung verlangen darf; KVG 43 II lit b und V.»

21 Gebhard Eugster est aussi du même avis quant au résultat, dans: Koller H, Müller G, Rhinow R, Zimmerli U (Hrsg.). Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht; Ulrich Meyer-Blaser: Soziale Sicherheit, Bâle: Helbing & Lichtenhahn; 1998. p. 162. Selon lui, l'approbation ou la non-approbation peut aussi concerner des réglementations extérieures à la convention tarifaire, telles que des structures tarifaires inappropriées («unsachgemäss») (art. 43, 5^e al., LAMal). Lui aussi fait la distinction entre convention tarifaire et simple structure tarifaire.

22 Art. 43, 5^e al., LAMal e contrario; ici (à l'article 31 selon l'ancienne numération), la Commission Schoch avait proposé au 2^e alinéa: «Les fédérations représentant les assureurs et les fournisseurs de prestations sur le plan suisse passent les conventions nécessaires d'après le 1^{er} alinéa (n.d.a: le 1^{er} al. concernait «la structure des tarifs et la valeur relative des prestations» dans le domaine ambulatoire). Celles-ci doivent être approuvées par le Conseil fédéral. Lorsque aucune convention ne peut être conclue, le Conseil fédéral fixe la structure des tarifs.»

- 23 Au début de l'an 2000, Me F. Bernath de la FMS ainsi que les professeurs B. Ehrenzeller et V. Roberto sont parvenus à la même conclusion que HP. Kuhn dans BMS 29/30/1999 dans: Gutachterliche Kurzstellungnahme in Sachen bundesrätlicher Genehmigung von Tarifstrukturen; le Prof. T. Poledna est également du même avis dans: TarMed/second opinion/Tarifstruktur, Zurich 31.1.2000; le Prof. A. Maurer s'est, lui aussi, manifestement rallié à cet avis (note interne, pas de texte rédigé par lui-même).
- 24 FF 1999 727.
- 25 Art. 15 de la loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr).
- 26 En 1990 déjà, la Commission d'experts Schoch avait proposé pour cela le niveau cantonal.
- 27 Art. 43, 2^e al., let. d, LAMal, éventuellement en relation avec l'art. 58 LAMal et l'art. 77 OAMal.
- 28 Rapport du 2 novembre 1990, p. 22.
- 29 Message du 6 novembre 1991, commentaires à l'article 39, tiré à part p. 85.
- 30 Op. cit., loc. cit., p. 83.
- 31 Op. cit., loc. cit., p. 84.
- 32 Eugster G. Krankenversicherung. Dans: Koller H, Müller G, Rhinow R, Zimmerli U (Hrsg.). Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht; Ulrich Meyer-Blaser: Soziale Sicherheit, Bâle: Helbing & Lichtenhahn; 1998, p. 162s.
- 33 Décision du Conseil fédéral du 18 octobre 2000 à propos du tarif de physiothérapie appenzellois, p. 19.
- 34 A. Maurer, op. cit., loc. cit., p. 83.
- 35 Décision du Conseil fédéral du 18 octobre 2000 à propos du tarif de physiothérapie appenzellois, p. 19.
- 36 Voir entre autre [19].
- 37 Décision du Conseil fédéral du 18 octobre 2000 à propos du litige concernant le tarif de physiothérapie appenzellois, p. 20.
- 38 Kummer M. Grundriss des Zivilprozessrechts. Troisième édition. Berne: Stämpfli; 1978. p. 140.
- 39 Cf. la décision du Conseil fédéral du 21 décembre 1994 (encore sous le régime de l'ancienne LAMA), à propos du tarif d'IRM pour le canton du Tessin.
- 40 Art. 43, 4^e al., LAMal.
- 41 Art. 43, 6^e al., LAMal.
- 42 Art. 46, 4^e al., LAMal.
- 43 Art. 56, 1^{er} al., LAMal.
- 44 Tuor P, Schnyder B. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. 9^e édition. Zurich: Schulthess; 1979. p. 43.
- 45 Gygi F. Verwaltungsrecht. Berne: Stämpfli; 1986. p. 147: «Der unbestimmte Gesetzesbegriff überlässt weder der Verwaltung noch dem Richter eine Wahl unter mehreren Entscheidungsmöglichkeiten, sondern weist sie an, die dem Sinn des Gesetzes entsprechende Entscheidung zu treffen, obschon die Umschreibung der Tatbestandsmerkmale des Rechtssatzes mehr oder weniger offengeblieben ist.»
- 46 Art. 56, 1^{er} al., LAMal.
- 47 Art. 8 rév. CF.
- 48 Kley reprend ici l'ATF 125 II 162.
- 49 Kley A. Anwendung und Auslegung des Verwaltungsrechts. Anwaltspraxis Revue 2001;3:15-9.
- 50 En approuvant le tarif des dentistes, d'une part, et en publiant la Liste des analyses, d'autre part.
- 51 Dans sa prise de position de 1999 sur le TarMed, le surveillant des prix a manifestement oublié la pratique du Conseil fédéral concernant les tarifs des professions de santé universitaires; il n'y aborde en tout cas pas le moins du monde la question – décisive sous l'angle de l'égalité – de la tarification dans des professions comparables de la santé. Cette prise de position de 1999 est donc juridiquement défectueuse et inappropriée comme instrument d'aide à la décision pour les partenaires tarifaires et les autorités.
- 52 ATF 125 I 71, consid. 4.d.bb: «Mit den Beschwerdeführerinnen ist davon auszugehen, dass rein budgetäre Schwierigkeiten eine Abweichung vom verfassungsmässigen Anspruch auf gleichen Lohn nicht zu rechtfertigen vermöchten. [...] Unzulässig kann nicht die Höhe einer Besoldung an sich sein, sondern ausschliesslich eine ungerechtfertigte Lohndifferenz zu einer andern, als gleichwertig beurteilten Tätigkeit beim selben Arbeitgeber oder in einem von diesem abhängigen System (vgl. BGE 124 II 436 E. 11a S. 456; 121 I 49 E. 3c S. 51 f.; ELISABETH FREIVOGEL, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, loc. cit., Rz. 105 zu Art. 3).»
- 53 Art. 55, 1^{er} al., LAMal.
- 54 Concernant les difficultés qui peuvent en résulter, voir notamment Kuhn HP. Die Arztpraxis zwischen Staat und Markt. Dans: Hürlimann B, Poledna T, Rübel M (Hrsg.). Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitswesen. Zurich: Schulthess; 2000. p. 157ss, p. 176s.
- 55 Rom dans la NZZ du 28 mars 2001, p. 13.
- 56 Claudine Böhlen dans le Bund du 28 mars 2001.
- 57 Madörin M. Die Ökonomisierung des Sozialen. WoZ 8/2001 du 22 février 2001.
- 58 Le très vénéré ancien professeur ordinaire de droit administratif de l'Université de Berne, Fritz Gygi, avait rappelé, dans son exposé, les bonnes paroles de l'ancien directeur de la police bernoise, Robert Bauder, à savoir que «le plus beau dans l'art de gouverner est l'arbitraire». Selon Gygi, ces mots n'avaient toutefois été qu'un lapsus terminologique, car le gouvernement n'avait bien entendu pas voulu parler d'autre chose que d'une décision discrétionnaire à prendre après avoir pesé tous les aspects déterminants conformément à ses devoirs.
- 59 Burckhardt W. Einführung in die Rechtswissenschaft. Zurich: 1939. p. 161. Déjà dans la première moitié du siècle passé, le Prof. Burckhardt avait constaté, comme «particularité du droit administratif», que la loi ne dit souvent pas quelle mesure les autorités administratives doivent prendre ni à quel moment; c'est dans cet ordre d'idées qu'il a formulé la maxime citée dans le texte plus haut.
- 60 Madörin M. WoZ du 22 février 2001.
- 61 Madörin M. WoZ du 22 février 2001.

Deutsch erschienen in Nr. 16/2001