

Critique de la procédure d'économicité*

Simon Haefeli

«Les données du pool de données de santésuisse et du pool tarifaire permettent de démontrer sans doute possible le comportement non économique d'un fournisseur de prestations.»

Roland Amstutz, santésuisse [1]

Tout semble avoir été dit avec la citation préliminaire, aucune question ne reste en suspens. Il faut peut-être toutefois se demander, dans la plus pure tradition socratique: «Dis-moi donc maintenant, au nom de Zeus, ce que tu te fais fort de le savoir clairement.» [2]

Les procédures de demande de restitution ont souvent d'importantes conséquences financières pour le médecin. A cela s'ajoutent le temps qui doit être investi dans une procédure à côté de son activité médicale, et la crainte d'être catalogué comme «mouton noir». Alors que se dresse d'un côté un géant de la finance bien préparé et agissant en tant qu'organe administratif, de l'autre côté, un particulier doit se défendre contre des reproches considérables. Bien entendu, la Constitution fédérale [3] prévoit l'égalité des armes pour toutes les procédures administratives et judiciaires, mais que peut bien signifier l'égalité des armes en présence de conditions préalables si différentes? Les médecins connaissant déjà les faiblesses des statistiques de santésuisse, cet article ne fait que mettre en lumière le droit de la preuve et la jurisprudence du Tribunal fédéral au sujet des frais induits, qui ont été les plus controversés dans les dernières décisions.

Des preuves discutables

Pour rendre un jugement, le juge doit être convaincu par les preuves, chaque doute important quant aux faits devant être exclu. Comme c'est en général le cas en droit de la sécurité sociale, le degré de preuve de la «vraisemblance prépondérante» est également applicable dans la procédure de demande de restitution [4]. L'intérêt public de primes basses justifie l'abaissement du degré de preuve de la «vraisemblance confinante à la certitude» applicable dans d'autres procédures.

Mais dans la procédure de demande de restitution, l'admission de l'analyse statistique, qui est à peine appliquée dans d'autres domaines du droit, suffit à l'intérêt public. La preuve est clairement facilitée pour les caisses d'assurance-maladie. Pour les procédures de demande de restitution, une dérogation par rapport aux normes de

sécurité sociale peut ainsi être exigée (de la même façon [5]). Il faut également suivre ce point de vue dans la mesure où santésuisse fait savoir que ses statistiques permettent de «démontrer sans doute possible» [1] le comportement non économique d'un fournisseur de prestations.

Les frais occasionnés au banc d'essai juridique

Tous les médecins induisent des frais: en particulier le généraliste de base, qui devient le plus fréquemment la cible de procédures d'économicité, déclenche énormément de prestations dans sa fonction de «gatekeeper» dans la santé publique. Mais comment les frais induits sont-ils inclus dans le contrôle d'économicité? Le Tribunal fédéral a décidé [6] que les frais induits doivent aussi être économiques. C'est pourquoi il faut les prendre en considération dans le cadre du contrôle d'économicité «lors de la détermination des indices dans le cadre de la méthode statistique», aussi bien que «lors de la mesure de l'obligation de restitution».

Conformément à la science juridique (cf. pour d'autres précisions [7]), ce jugement contredit un élément fondamental de l'Etat de droit, à savoir le principe constitutionnel [8] de légalité. Celui-ci signifie que l'action étatique requiert une base juridique. On ne retrouve pas celle-ci dans la loi sur l'assurance-maladie [9], surtout en considérant la lourde atteinte à la liberté économique des fournisseurs de prestations.

La critique de la doctrine est certes reprise dans une récente décision du Tribunal fédéral [10] mais pas (encore) transposée. Dans le cas mentionné, un médecin avait été condamné par le Tribunal arbitral cantonal à payer une somme de Fr. 93 757.70. Comme elle avait suivi des formations dans différentes spécialités, les coûts directs par patient étaient nettement majorés. Elle avait au contraire (ce qui était démontrable grâce à ses propres chiffres) induit largement moins de frais pour les patients envoyés à des hôpitaux et à des spécialistes.

Le Tribunal fédéral a modifié sa pratique et favorise depuis cette décision une prise en compte globale des coûts (y compris le coût des médicaments). Il retient à juste titre qu'il faut également inclure les transferts vers des médecins spécialistes et vers les hôpitaux, ce qui n'est toutefois pas possible en raison des données livrées par les

* Cet article est basé sur l'essai Haefeli S. Ruinöse Unrechtsprechung. Jusletter. 2008; 18 août. www.weblaw.ch → Jusletter → Recherche → Jusletter 18 août 2008.

Correspondance:
cand. iur. Simon Haefeli
NewIndex AG
Pflanzschulstrasse 3
CH-8400 Winterthur
simon.haefeli@bluecare.ch

caisses d'assurance-maladie. Cela peut être interprété comme une mission des caisses d'assurance-maladie, mais leur action doit quand même être comprise comme une activité administrative et par là-même étatique.

Une nouvelle jurisprudence exigée!

Eu égard au soulagement pour les caisses d'assurance-maladie provoqué par l'admission de la comparaison des coûts moyens et à la qualité discutée de ce moyen de preuve, il semble douteux que le Tribunal fédéral prenne comme point de départ les normes de droit de la sécurité sociale et souhaite voir les comportements non économiques démontrés avec une forte probabilité. Puisque fréquemment la seule preuve, à savoir la comparaison des coûts moyens, ne prouve pas mais constitue seulement un indice de l'absence d'économicité, le Tribunal fédéral devrait exiger que la violation de la loi sur l'assurance-maladie par le médecin soit prouvée avec une probabilité proche de la certitude. Et ceci en particulier compte tenu des demandes de restitution des caisses d'assurance-maladie, fréquemment ruineuses.

Violant ainsi le droit constitutionnel, le Tribunal fédéral a décidé il y a quatre ans qu'un médecin devait restituer aux caisses d'assurance-maladie des frais induits – c'est-à-dire de l'argent que d'autres ont gagné – lors de la constatation d'un comportement non économique. Si la jurisprudence la plus récente retient à présent qu'une prise en compte globale des coûts doit s'écarter de l'ancien point de vue, alors cela constitue aussi bien une demande à l'attention des caisses d'assurance-maladie de mettre des statistiques fiables à disposition qu'une reconnaissance implicite des erreurs de jugement du Tribunal fédéral.

Ces erreurs doivent à présent être reconnues expressément dans la jurisprudence: pour évaluer l'économicité, on ne pourra passer outre la prise en considération des coûts directs et des coûts induits. Dans le cas de comportements non éco-

nomiques, seuls les frais directs peuvent toutefois être exigés, car le médecin n'a profité que de ceux-ci. Sans cette différenciation, le Tribunal fédéral viole le principe de légalité, un des principes fondamentaux de l'Etat de droit.

Il reste à souhaiter que les tribunaux et les caisses d'assurance-maladie se posent eux-mêmes la question: «Τὸ τί ἐστίν;» – Qu'est-ce donc exactement, ce que vous vous faites fort de le savoir clairement? La tradition socratique poussant à analyser sa propre position peut encore développer un effet salutaire 2500 ans plus tard.

Dans le prochain numéro du Bulletin des Médecins Suisses paraîtra un guide pratique pour le médecin concerné.

Références

- 1 Amstutz R. Der Statistik ausgeliefert? Die Wirtschaftlichkeitskontrolle durch santésuisse. In: Schaffhauser R, Schlauri F (Hrsg.). Medizin und Sozialversicherung im Gespräch. St. Gallen: Universität St. Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis; 2006. S. 89-94.
- 2 Platon. Euthyphron. Stuttgart: Reclam; 1996.
- 3 Art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale (CF).
- 4 Arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 115 V 142.
- 5 Eugster G. Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden. Juristische Untersuchungen zum Durchschnittskostenvergleich im Rahmen von Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18.3.1994. Dissertation. Bern/Stuttgart/Wien: Haupt; 2003.
- 6 ATF 130 V 377.
- 7 Eugster G. Überarztung aus juristischer Sicht, ein Konzert mit Misstönen. In: Gächter T, Schwendener M (Hrsg.). Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Entwicklungen in der Praxis. Bern/Zürich: Schulthess; 2008 (in press).
- 8 Art. 5 al. 1 CF.
- 9 Art. 56 al. 2 LAMal.
- 10 ATF 133 V 37.