

Arrêt du 29 mai 2009: pas de décision phare pour l'introduction de SwissDRG

Hanspeter Kuhn

Avocat, secrétaire général
adjoint

On entend souvent dire que l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 29 mai 2009 [1] concernant la convention bernoise sur les tarifs hospitaliers est une décision phare pour la mise en œuvre de la révision du financement hospitalier et donc pour l'introduction de SwissDRG. L'invitation de l'OFSP à l'audition du 28 mars 2011 contenait également une remarque allant dans ce sens [2].

Cette opinion repose toutefois sur un malentendu. L'arrêt en question concernait une convention tarifaire datée du 15 septembre 2006 [3] et donc conclue bien avant la fin des débats au Parlement sur la révision de la LAMal et le financement hospitalier. C'est la raison pour laquelle le TAF a jugé le contenu de cette convention en appliquant expressément et scrupuleusement l'ancienne LAMal de 1994 et non la révision LAMal concernant le financement hospitalier [4], tout comme, à juste titre, il s'est également référé à l'ancienne version de l'art. 59 OAMal [5].

Il faut en revanche, pour la mise en œuvre de la révision de la LAMal concernant le financement hospitalier et l'introduction de SwissDRG, tenir compte des débats parlementaires sur la LAMal de ces dernières années. Et ces débats sont intéressants.

- Lors de la révision de la LAMal portant sur le financement hospitalier, une proposition a effectivement été déposée en 2007. Elle demandait exactement ce qu'exigent aujourd'hui les assureurs-maladie: «En présence de forfaits par cas liés aux prestations, le fournisseur de prestations indique sur la facture toutes les données nécessaires à la détermination des forfaits par cas exacts, y compris notamment les procédures et diagnostics pertinents. Le Conseil fédéral édicte les dispositions visant à garantir la protection des données.» Détail piquant: le Conseil national a *rejeté* [6] cette proposition en septembre 2007 par 94 voix contre 79. Le texte de loi sur le financement hospitalier en vigueur aujourd'hui n'exige pas non plus l'indication du diagnostic et de la procédure sur la facture.
- Lors des délibérations sur les mesures urgentes pour endiguer les coûts, les représentants des assureurs-maladie ont certes réussi, par le biais du Conseil des Etats, à proposer l'introduction d'un nouvel article 42 al. 3bis LAMal avec la teneur suivante: «Les fournisseurs de prestations doivent faire figurer dans la facture, conformément à l'al. 3, les diagnostics codés selon la classification internationale des maladies reprise dans l'édition

suisse correspondante publiée par le département compétent. Le Conseil fédéral édicte des dispositions détaillées sur la collecte, le traitement et la transmission des données, dans le respect du principe de la proportionnalité.»[7].

Néanmoins, le Parlement a *refusé* ce projet de loi lors du vote final.

En Suisse, il est habituel d'appliquer les lois entérinées par le Parlement. Par contre, il n'est pas commun de tenir pour droit applicable des propositions refusées ou des projets rejetés lors du vote final. Au vu de l'histoire de la législation de ces dernières années, il est clair que la LAMal actuelle ne permet pas la transmission systématique des diagnostics détaillés et des procédures, et ce notamment aussi dans le contexte du système SwissDRG [8].

Références

- 1 C-6570/2007.
- 2 Extrait de l'invitation du 28.2.2011 à une discussion sur la transmission des données: «...A cet effet, il convient de se référer à l'arrêt du tribunal administratif fédéral du 29 mai 2009 en l'affaire santésuisse contre le Conseil Exécutif du canton de Berne (C-6570/2007).» (trad. FMH).
- 3 A. «santésuisse (...) a conclu le 15 septembre 2006 avec A (...) une convention tarifaire.
- 4 Considérants 2.1
- 5 Considérants 3.3.4.2
- 6 Rejet de la proposition Stahl après les votes suivantes, en particulier celle du conseiller fédéral Couchepin: «Le problème est de savoir quelles données doivent systématiquement apparaître sur la facture dans le sens d'un *minimal data set*. (...) nous pensons aussi que, dans le doute, il faut trancher en faveur de la protection des données plutôt qu'en faveur du confort des assureurs-maladie, ...» (BO 2007 N 445). Yves Guisan, rapporteur de la commission: «Avec les DRG et l'étalonnage (benchmarking), les assureurs vont bénéficier d'instruments extrêmement performants pour déterminer les situations potentiellement abusives.» (BO 2007 N 446).
- 7 Dans cette proposition, on a toutefois oublié les procédures exigées aujourd'hui aussi par les caisses-maladie.
- 8 La teneur actuelle de l'art. 59 OAMal et le commentaire (du 22.10.2008, cf. page 9 concernant la facturation, art. 59) ne prévoient pas non plus – à juste titre – que les diagnostics détaillés et les procédures doivent figurer sur la facture établie dans le cadre des DRG.

* Les textes détaillés des notes de bas de page figurent dans la version électronique du présent article sous www.bms.ch → Numéro actuel ou → Archives → 2011 → 16/17.

Correspondance:
Service juridique de la FMH
Case postale 170
CH-3000 Berne 15
Tél. 031 359 11 11
Fax 031 359 11 12

lex@fmh.ch

Arrêt du 29 mai 2009: pas de décision phare pour l'introduction de SwissDRG

Hanspeter Kuhn, avocat, secrétaire général adjoint

On entend souvent dire que l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 29 mai 2009¹ concernant la convention bernoise sur les tarifs hospitaliers est une décision phare pour la mise en œuvre de la révision du financement hospitalier et donc pour l'introduction de SwissDRG. L'invitation de l'OFSP à l'audition du 28 mars 2011 contenait également une remarque allant dans ce sens.²

Cette opinion repose toutefois sur un malentendu. L'arrêt en question concernait une convention tarifaire datée du 15 septembre 2006³ et donc conclue bien avant la fin des débats au Parlement sur la révision de la LAMal et le financement hospitalier. C'est la raison pour laquelle le TAF a jugé le contenu de cette convention en appliquant expressément et scrupuleusement l'ancienne LAMal de 1994 et non la révision LAMal concernant le financement hospitalier⁴, tout comme, à juste titre, il s'est également référé à l'ancienne version de l'art. 59 OAMal.⁵

Il faut en revanche, pour la mise en œuvre de la révision de la LAMal concernant le financement hospitalier et l'introduction de SwissDRG, tenir compte des débats parlementaires sur la LAMal de ces dernières années. Et ces débats sont intéressants.

- a) Lors de la révision de la LAMal portant sur le financement hospitalier, une proposition a effectivement été déposée en 2007. Elle demandait exactement ce qu'exigent aujourd'hui les assureurs-maladie: «En présence de forfaits par cas liés aux prestations, le fournisseur de prestations indique sur la facture toutes les données nécessaires à la détermination des forfaits par cas exacts, y compris notamment les procédures et diagnostics pertinents. Le Conseil fédéral édicte les dispositions visant à garantir la protection des données.»
 Détail piquant: le Conseil national a *rejeté*⁶ cette proposition en septembre 2007 par 94

¹ C-6570/2007.

² Extrait de l'invitation du 28.2.2011 à une discussion sur la transmission des données en vue de l'audition du 28.3.2011: «Les partenaires tarifaires ont été nominalement invités à régler concrètement la transmission des codes diagnostiques et de procédures ainsi que la facturation avant l'introduction des forfaits en fonction des prestations. A cet effet, il convient de se référer à l'arrêt du tribunal administratif fédéral du 29 mai 2009 en l'affaire santésuisse contre le Conseil Exécutif du canton de Berne (C-6570/2007).» (trad. FMH)

³ A. „Santésuisse, Die Schweizer Krankenversicherer, handelnd durch santésuisse, Geschäftsstelle Bern (nachfolgend: santésuisse) hat am 15. September 2006 mit A. _____ (beziehungsweise mit B. _____ als deren Rechtsvorgängerin) einen Tarifvertrag gemäss Art. 46 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) abgeschlossen betreffend die Behandlung von stationären Akutpatienten der allgemeinen Abteilung in öffentlichen Spitälern des Kantons Bern.“

⁴ Considérants 2.1 de l'arrêt TAF: «En vertu de l'art. 24 LAMal (dans la suite la LAMal est citée dans la version valable jusqu'au 31 décembre 2008, vu qu'il faut se référer au droit concret en vigueur au moment de la décision [ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich u.a. 2006, Rz. 326 f.]), l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts pour les prestations selon les art. 25-31 LAMal aux termes des conditions définies dans les art. 32-34 LAMal.»

⁵ Considérants 3.3.4.2 de l'arrêt TAF: «Dans l'art. 59 OAMal, le Conseil fédéral règle les détails de la facturation conformément à la proposition relative à l'art. 42 al. 3 LAMal. Selon l'art. 59 al. 1 OAMal, les fournisseurs de prestations doivent indiquer dans leurs factures ce qui suit: a) les dates de traitements; b) les prestations fournies selon l'échelle détaillée du tarif en vigueur; c) les diagnostics dans le cadre de l'alinéa 2; celui-ci fixe d'une part que l'on peut convenir sur le plan tarifaire quels renseignements et diagnostics ne doivent être transmis en règle générale qu'au médecin-conseil et que les diagnostics doivent être transmis selon l'art. 42 al. 4 et 5 LAMal.» (trad. FMH)

⁶ La proposition Stahl (AB 2007 N 442) a repris la proposition Humbel Näf (retirée par la suite) en la complétant par la demande au Conseil fédéral de régler la protection des données: Le débat au Conseil national a clairement reconnu l'importance de cette demande, cf. entre autres les votes du conseiller fédéral Couchepin et du rapporteur de la commission Guisan:

Conseiller fédéral Couchepin: «Les systèmes de la tarification à la prestation, tels que le système DRG, se basent par définition sur le diagnostic et attribuent les cas à des groupes plus ou moins homogènes. En fonction de ces

voix contre 79. Le texte de loi sur le financement hospitalier en vigueur aujourd'hui n'exige pas non plus l'indication du diagnostic et de la procédure sur la facture.

- b) Lors des délibérations sur les mesures urgentes pour endiguer les coûts, les représentants des assureurs-maladie ont certes réussi, par le biais du Conseil des Etats, à proposer l'introduction d'un nouvel article 42 al. 3bis LAMal avec la teneur suivante: «Les fournisseurs de prestations doivent faire figurer dans la facture, conformément à l'al. 3, les diagnostics codés selon la classification internationale des maladies reprise dans l'édition suisse correspondante publiée par le département compétent. Le Conseil fédéral édicte des dispositions détaillées sur la collecte, le traitement et la transmission des données, dans le respect du principe de la proportionnalité.»⁷
- Néanmoins, le Parlement a *refusé* ce projet de loi lors du vote final.

En Suisse, il est habituel d'appliquer les lois entérinées par le Parlement. Par contre, il n'est pas commun de tenir pour droit applicable des propositions refusées ou des projets rejetés lors du vote final. Au vu de l'histoire de la législation de ces dernières années, il est clair que la LAMal actuelle ne permet pas la transmission systématique des diagnostics détaillés et des procédures, et ce notamment aussi dans le contexte du système SwissDRG.⁸

attributions, le diagnostic peut être posé, au moins en ce qui concerne le groupe, même si ce n'est pas toujours le cas pour chaque individu. Dans ce cas, la décision en faveur du système de tarification lié à la prestation implique que certaines indications concernant le diagnostic apparaîtront sur la facture pour permettre leur contrôle, comme l'exige l'article 42 de la LAMal. Le problème est de savoir quelles données doivent systématiquement apparaître sur la facture dans le sens d'un "minimal data set".

Madame Humbel Näf voudrait que toutes les indications apparaissent sur toutes les factures, sous réserve de ce qui relève de la protection des données avec le complément de la proposition Stahl à l'alinéa 4bis. Nous craignons que cela n'aboutisse à une telle abondance d'informations que cela ne soit finalement plus proportionnel aux besoins des assureurs.

Nous sommes convaincus que la solution du Conseil fédéral et de la majorité est suffisante pour permettre aux assureurs de faire leur travail, même sans la solution Stahl, et nous pensons aussi que, dans le doute, il faut trancher en faveur de la protection des données plutôt qu'en faveur du confort des assureurs-maladie, confort relatif puisqu'ils recevraient tellement d'informations qu'ils ne seraient plus en état de les maîtriser. C'est une question de nuances: nous sommes dans un état libéral et tranchons plutôt en faveur de la protection des données qu'en faveur des assureurs.» (BO 2007 N 445)

Yves Guisan, rapporteur de la commission: «Exiger que tous les éléments déterminants des DRG figurent sur la facture va manifestement à l'encontre de la protection des données, cela a déjà été dit, d'autant plus qu'ils seront traités par un collaborateur et pas nécessairement par le médecin-conseil.

Cette situation est déjà hautement problématique en soi. De plus, la gestion de cette masse impressionnante de données va obliger à un développement considérable de l'infrastructure informatique et administrative, donc engendrer aussi des coûts supplémentaires absolument considérables. Cela correspond à une conception manifestement dépassée des contrôles. Avec les DRG et l'étalonnage (benchmarking), les assureurs vont bénéficier d'instruments extrêmement performants pour déterminer les situations potentiellement abusives. D'autre part, les médecins-conseils ont toujours la possibilité de demander des renseignements complets face à un cas particulier qui pourrait faire problème - Monsieur le conseiller fédéral Couchepin vient de le rappeler.

Si l'on accepte la proposition de la minorité Humbel Näf, ou même la proposition Stahl, c'est la fin du système du médecin-conseil.»

La motion Stahl a été rejetée par 94 voix contre 79. (AB 2007 N 446).

⁷ Dans cette motion, on a toutefois oublié les procédures exigées aujourd'hui aussi par les caisses-maladie.

⁸ Le texte de l'art. 59 OAMal ne prévoit pas non plus – à juste titre – que les diagnostics détaillés et les procédures doivent figurer sur la facture établie dans le cadre des DRG. Les compléments inscrits depuis le 1.1.2009 à l'art. 59 OAMal au sujet des DRG sont les suivants:

«1^{bis} Lors du traitement des données relatives au diagnostic, les assureurs leur appliquent les mesures techniques et organisationnelles propres à assurer la sécurité des données visées à l'art. 20 de l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données.

1^{ter} Pour la conservation des données relatives au diagnostic, l'identité de l'assuré est pseudonymisée. Seul le médecin-conseil de l'assureur peut décider de la levée de la pseudonymisation.»

Le commentaire du Conseil fédéral n'indique également à nulle part que les diagnostics détaillés et les procédures devraient figurer sur la facture. Le passage déterminant a la teneur suivante:

«Les données liées au diagnostic sont des données personnelles particulièrement dignes de protection. Les assureurs doivent donc veiller à ce que cette exigence soit satisfaite. Les exigences techniques et organisationnelles y relatives sont inscrites aux art. 8 à 10 et 20 à 22 de l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD ; RS 235.11). La conservation des données n'étant pas réglée, l'al. 1^{er} fixe que les données seront conservées sous forme pseudonymisée et que seul le médecin conseil de l'assureur peut abroger cette mesure.» (Commentaire non daté relatif à la modification de l'OAMal du 22.10.2008, page 9 concernant la facturation, art. 59.)