

**Dr. iur.**  
**Conseiller juridique dans**  
**le domaine de la santé**

Brüggbühlstrasse 32a  
Case postale  
CH-3172 Niederwangen



**Analyse des fondements juridiques**  
**de la planification hospitalière**  
**suite à la révision de la LAMal (LF du 21.12.2007)**

7 avril 2010

## Table des matières

1	Mandat/Problématique .....	3
2	La planification hospitalière : une tâche des cantons en application de la LAMal .....	3
2.1	La planification hospitalière sous la LAMal de 1994 .....	3
2.1.1	Réglementation légale .....	3
2.1.2	Jurisprudence .....	4
2.2	La révision de la LAMal du 21 décembre 2007 .....	6
2.2.1	Planification hospitalière et listes des hôpitaux .....	6
2.2.2	Influence des autres modifications de la loi sur la planification hospitalière .....	9
2.2.3	Les dispositions transitoires de la modification du 21.12.2007 .....	11
3	Critères de planification et charges des cantons .....	13
3.1	Changement fondamental du rapport entre cantons et hôpitaux .....	13
3.2	Les Recommandations de la CDS .....	14
3.2.1	Planification hospitalière liée aux prestations (recommandation 1) .....	14
3.2.2	Éventail des prestations (recommandation 2) .....	15
3.2.3	Nombre minimum de cas (recommandation 3) .....	16
3.2.4	Gestion des quantités (recommandation 4) .....	16
3.2.5	Obligation d'admission (recommandation 5) .....	17
3.2.6	Admission en urgence (recommandation 6) .....	18
3.2.7	Caractère économique et qualité (recommandations 7 et 8) .....	19
3.2.8	Livraison des données (recommandation 9) .....	19
3.2.9	Engagement d'investissements (recommandation 10) .....	19
3.2.10	Contributions aux frais d'investissements (recommandation 11) .....	20
3.2.11	Conditions de travail (recommandation 12) .....	21
3.2.12	Prestations de formation (recommandation 13) .....	21
3.2.13	Accessibilité et flux intercantonaux de patients (recommandation 14) .....	21
3.3	Les projets de loi du canton de Vaud du 20.1.2010 .....	22
3.3.1	But lucratif ou idéal des hôpitaux répertoriés .....	22
3.3.2	Contrôle des investissements .....	23
3.4	Prescriptions relatives à l'affectation des bénéficiaires .....	23
	<b>Bibliographie</b> .....	<b>25</b>
	<b>Abréviations</b> .....	<b>26</b>

## **1 Mandat/Problématique**

En votant la loi fédérale du 21.12.2007, le Parlement a adopté une révision de la LAMal concernant le domaine du financement hospitalier. Dès l'entrée en vigueur du nouveau système de financement hospitalier, les assureurs et les cantons devront verser leurs rémunérations aux hôpitaux selon les mêmes règles, fixées dans la LAMal. De plus, tous les hôpitaux devront appliquer des forfaits liés aux prestations, selon une structure tarifaire uniforme. Ces forfaits comprennent non seulement les coûts d'exploitation mais aussi les coûts d'investissement. Le nouveau financement hospitalier abolira la distinction actuelle entre hôpitaux subventionnés et non subventionnés. Tous les hôpitaux admis sur la base des planifications hospitalières cantonales doivent être financés conjointement par les assureurs et les cantons, ces derniers devant assumer au moins 55 pour cent de chacun des forfaits applicables.

En matière de planification hospitalière, les cantons ont l'obligation de coordonner leurs planifications (art. 39 al. 2 LAMal). Le Conseil fédéral doit par ailleurs édicter des critères de planification uniformes en prenant en considération la qualité et le caractère économique (art. 39 al. 2ter LAMal), ce qu'il a fait à travers la modification de l'OAMal du 22 décembre 2008. Les critères à prendre en considération pour la planification hospitalière sont précisés aux art. 58a à 58e OAMal.

Les cantons préparent actuellement les adaptations nécessaires de leurs planifications hospitalières au nouveau droit. La Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) a publié à cet effet, le 14 mai 2009, des recommandations à l'attention des cantons. La CDS invite les cantons à reprendre dans leur législation les recommandations qu'ils souhaiteraient mettre en pratique. Le canton de Vaud élabore en ce moment même une telle loi (projet mis en consultation du 20 janvier 2010).

H+ a pour objectif de clarifier, sous l'angle du rapport entre le droit fédéral et le droit cantonal, la situation juridique instaurée par la modification de la LAMal du 21 décembre 2007 relative à la planification hospitalière et aux mandats de prestations attribués aux hôpitaux. L'accent sera mis en particulier sur :

- les rapports entre planification des besoins en soins, planification hospitalière, listes des hôpitaux et mandats de prestations au sens de la LAMal
- la distinction entre les critères non mentionnés dans la législation fédérale mais que les cantons sont en droit d'appliquer à titre supplémentaire et ceux qui sont exclus en vertu du droit fédéral.

Les questions concrètes auxquelles il convient de répondre correspondent aux thèmes évoqués aux chiffres 3.2 et 3.3.

## **2 La planification hospitalière : une tâche des cantons en application de la LAMal**

### **2.1 La planification hospitalière sous la LAMal de 1994**

#### **2.1.1 Réglementation légale**

Les catégories de fournisseurs de prestations admises à pratiquer à la charge de l'AOS sont énumérées de manière exhaustive aux art. 35 - 40 LAMal et 38 ss OAMal. Les fournisseurs de prestations remplissant les critères figurant dans la loi et dans l'ordonnance sont réputés admis, ce qui signifie que les assureurs-maladie ont l'obligation de rémunérer les prestations fournies par ces fournisseurs de prestations à charge de l'AOS.

Pour les hôpitaux (tout comme pour établissements médico-sociaux), il n'existe cependant pas d'admission automatique par effet de la loi. Ils ne sont admis que s'ils correspondent à la planification établie par un canton ou, conjointement, par plusieurs cantons afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers, les organismes privés devant être pris en considération de manière adéquate (art. 39 al. 1 let. d LAMal). Sur la base de cette planification hospitalière, les cantons doivent en effet énumérer nommément les hôpitaux admis à exercer leur activité à charge de l'AOS dans une liste des hôpitaux structurée en fonction des mandats (art. 39 al. 1 let. e LAMal). La liste des hôpitaux a pour but d'assurer la transparence, la publicité et la sécurité du droit<sup>1</sup>. Elle constitue un instrument essentiel de mise en œuvre de la planification hospitalière couvrant les besoins en soins, dont elle est indissociable<sup>2</sup>.

L'obligation de planification et la liste des hôpitaux concernent le champ d'activité des hôpitaux décrit à l'art. 39 al. 1, soit le traitement hospitalier de maladies aiguës et l'exécution, en milieu hospitalier, de mesures médicales de réadaptation, à l'exclusion des traitements ambulatoires<sup>3</sup>. Le sens et le but de la planification hospitalière est de garantir la coordination des prestations, l'utilisation optimale des ressources, la limitation des coûts et la suppression des surcapacités<sup>4</sup>. La planification hospitalière incombe aux cantons. Il n'existe dans le droit fédéral aucune ligne directrice relative à la planification hospitalière et à la décision de savoir quel hôpital doit emporter la priorité en cas de surcapacités. La LAMal ne prévoit en outre aucun moyen de coercition envers un canton qui ne s'acquitterait pas de son devoir de dresser une liste des hôpitaux<sup>5</sup>. Dans un tel cas, tous les établissements réputés établissements hospitaliers sous l'ancien droit sont également admis selon la LAMal (art. 101 al. 2 LAMal). C'est aujourd'hui encore le cas des hôpitaux du canton de Saint-Gall<sup>6</sup>.

Depuis l'entrée en vigueur de la LAMal dans sa version de 1994, le Conseil fédéral n'a plus la compétence d'imposer aux cantons par voie d'ordonnance des règles plus détaillées sur l'organisation de la planification hospitalière. Il a toutefois considérablement influencé les principes et critères applicables, de par sa compétence de traiter les recours contre les décisions de planification des gouvernements cantonaux (art. 53 LAMal dans sa version de 1994). L'art. 39 al. 1 LAMal étant resté identique malgré la révision du financement hospitalier, la jurisprudence antérieure du Conseil fédéral devra aussi être prise en compte sous le nouveau droit pour interpréter les dispositions applicables à la planification hospitalière et aux listes des hôpitaux. Il convient donc de présenter succinctement ci-après les principes essentiels de cette jurisprudence.

### 2.1.2 Jurisprudence

La planification visant à couvrir les besoins en soins hospitaliers requiert tout d'abord de déterminer l'offre de soins hospitaliers disponible dans le canton. Celle-ci doit ensuite être comparée aux besoins. L'analyse des besoins doit être effectuée sur la base de critères objectifs et en distinguant les différentes catégories de prestations médicales (traitement des maladies somatiques aiguës, réadaptation, traitement psychiatrique, traitement spécial)<sup>7</sup>. Il est en principe aussi admissible d'établir un besoin global et de déterminer sur cette base la

---

<sup>1</sup> EUGSTER ch. m. 762

<sup>2</sup> EUGSTER ch. m. 763

<sup>3</sup> Le législateur n'a pas été aussi loin, pour la LAMal, que ce qu'aurait souhaité le Parlement concernant un programme immédiat de révision de l'assurance-maladie rejeté en votation populaire (LF du 23.3.1987, art. 19bis al. 6 LAMA). Il prévoyait une planification hospitalière cantonale intégrant la prise en charge avec des équipements de technique médicale coûteux en milieu hospitalier et en ambulatoire. De même dans l'AF du 9 octobre 1992 sur des mesures temporaires contre le renchérissement de l'assurance-maladie, où les cantons étaient tenus d'effectuer des planifications dans le domaine de la santé publique.

<sup>4</sup> Message LAMal, FF 1992 I 148, EUGSTER, ch. m. 743

<sup>5</sup> EUGSTER, ch. m. 742

<sup>6</sup> KIESER, p. 69

<sup>7</sup> EUGSTER, ch. m. 750, RAMA 2002 AM 217 249

capacité globale des soins médicaux<sup>8</sup>. Outre cette méthode analytique, il est également possible de recourir à un procédé normatif, en définissant des ratios sur la base de comparaisons intercantionales ou internationales (par ex. nombre de lits pour 1000 habitants)<sup>9</sup>. Pour mettre en œuvre la planification hospitalière, les cantons formulent des mandats de prestations et fixent un nombre de lits spécifique<sup>10</sup>. Les mandats de prestations doivent être indiqués dans la liste des hôpitaux. Leur forme est toutefois laissée à la libre appréciation du canton<sup>11</sup>.

S'agissant du choix des mesures de planification, les cantons disposent d'une grande liberté d'appréciation. Ils peuvent ainsi réduire les surcapacités par une réduction linéaire du nombre de lits d'hôpital mais aussi y remédier en supprimant des unités hospitalières<sup>12</sup>. Lorsque les cantons sont tenus d'opérer un choix entre les hôpitaux existants, la décision doit être basée sur le caractère économique et la qualité. À qualité équivalente, l'hôpital le moins cher doit être admis<sup>13</sup>. L'inscription d'un hôpital dans la liste hospitalière est toujours soumise à la réserve que l'hôpital pourra être retiré de la liste dans le cadre d'une adaptation ultérieure de la planification hospitalière, que ce soit parce que le besoin a disparu ou parce que l'hôpital ne satisfait plus aux conditions relatives aux infrastructures ou aux prestations<sup>14</sup>. Un hôpital n'a donc aucune garantie de rester sur la liste. Le but de la LAMal est d'instaurer une assurance-maladie socialement acceptable et non de garantir le revenu des fournisseurs de prestations aux frais des finances publiques et de l'assurance-maladie sociale. Les hôpitaux n'ont aucun droit à être inclus dans la liste, tout au plus ont-ils le droit d'être pris en considération de manière appropriée dans la planification<sup>15</sup>. La loi n'autorise cependant pas à supprimer des surcapacités au seul détriment des organismes privés. Une suppression équivalente au sein des hôpitaux publics et privés ne signifie néanmoins pas nécessairement qu'il faille procéder à une suppression strictement linéaire dans tous les hôpitaux<sup>16</sup>. Le grief de la liberté économique n'est pas recevable dans le cadre des recours contre les décisions de planification hospitalière<sup>17</sup>.

L'obligation de prise en considération adéquate des organismes privés signifie tout d'abord qu'il y a lieu de tenir compte de l'offre des hôpitaux non publics et non subventionnés par les pouvoirs publics dans l'évaluation en vue de l'inscription dans la liste hospitalière. Cela ne signifie néanmoins pas que les cantons doivent tenir compte de tous les hôpitaux privés lors de la planification. Une prise en considération appropriée va moins loin qu'une prise en compte totale des établissements privés. Les critères de sélection doivent en somme correspondre au sens et au but de la planification hospitalière tels qu'ils sont énoncés à l'art. 39 LAMal (cf. *infra* 2.2.1)<sup>18</sup>.

Les cantons doivent intégrer des hôpitaux extra-cantonaux à la planification, dans la mesure où cela est nécessaire pour couvrir les besoins en soins hospitaliers de la population. Les petits cantons bénéficient d'une exception<sup>19</sup>. C'est ce qui a conduit à la distinction entre liste hospitalière ouverte et fermée. Une liste des hôpitaux est fermée si elle énumère de manière exhaustive tous les hôpitaux extra-cantonaux nécessaires pour couvrir les besoins. À

---

<sup>8</sup> EUGSTER, ch. m. 750

<sup>9</sup> EUGSTER, ch. m. 751

<sup>10</sup> EUGSTER, ch. m. 747

<sup>11</sup> EUGSTER, ch. m. 764

<sup>12</sup> EUGSTER, ch. m. 748

<sup>13</sup> EUGSTER ch. m. 744 et 755

<sup>14</sup> RAMA 2002 AM 216 241 cons. II 1.1.1

<sup>15</sup> RAMA 1999 AM 72 253 cons. 11.2

<sup>16</sup> EUGSTER, ch. m. 753

<sup>17</sup> EUGSTER ch. m. 763, ATF 2P.67/2004, du 23.9.2004 cons. 1.7

<sup>18</sup> EUGSTER ch. m. 759

<sup>19</sup> EUGSTER ch. m. 758 qui renvoie à de nombreuses décisions du Conseil fédéral

l'inverse, une liste des hôpitaux est ouverte si elle ne comprend aucune énumération des hôpitaux extra-cantonaux et laisse aux assurés la liberté de choisir entre tous les hôpitaux extra-cantonaux<sup>20</sup>.

D'après la jurisprudence du Conseil fédéral, bien qu'une planification hospitalière au sens de l'art. 39 LAMal soit requise pour les divisions privées et semi-privées, les listes des hôpitaux dites subdivisées sont admissibles. Il s'agit de listes hospitalières distinguant entre une liste A (divisions générales des hôpitaux publics et privés) et une liste B (divisions privées et semi-privées). Il n'est pas nécessaire de procéder à une planification détaillée pour la liste B. Il suffit que ces hôpitaux remplissent les conditions de l'art. 39 al. 1 let. a-c<sup>21</sup>. Les listes hospitalières qui ne font pas cette distinction et ont intégré à la planification tous les hôpitaux figurant sur la liste sont appelées listes intégrales<sup>22</sup>.

## 2.2 La révision de la LAMal du 21 décembre 2007

### 2.2.1 Planification hospitalière et listes des hôpitaux

La comparaison des modifications de l'art. 39 LAMal adoptées par le Parlement et des propositions initiales du Conseil fédéral montre que la loi responsabilise plus les cantons que le projet du Conseil fédéral, en particulier en ce qui concerne l'obligation de coordonner les planifications cantonales (art. 39 al. 2 et 2bis LAMal). La loi oblige par ailleurs le Conseil fédéral à édicter des critères de planification uniformes. Le projet initial a ainsi été condensé.

L'art. 39 al. 1 LAMal n'a pas été modifié. On ne saurait toutefois en déduire que la jurisprudence antérieure relative à cette disposition restera valable sans adaptation. La fixation de critères de planification par le Conseil fédéral aura pour conséquence une abrogation totale ou partielle de certains principes de la jurisprudence antérieure, eu égard à ces modifications. Les autres modifications de la LAMal liées au financement hospitalier ont également une influence sur l'interprétation de l'art. 39 al. 1 LAMal et sur la pratique des cantons.

En matière de planification hospitalière, les cantons appliquent le droit fédéral. Ils doivent donc respecter le cadre juridique imposé par la LAMal et par le reste du droit fédéral<sup>23</sup>. Conformément à l'art. 49 al. 1 Cst., le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. La primauté du droit fédéral exclut tout acte législatif cantonal dans les domaines réglementés de manière exhaustive par le droit fédéral. Dans les domaines que le droit fédéral ne régit pas de manière exhaustive, les cantons sont autorisés à adopter ou à appliquer que des règles de droit conformes au sens et à l'esprit du droit fédéral et qui n'en entravent ni en éludent le but<sup>24</sup>.

#### 2.2.1.1 Couverture des besoins en soins hospitaliers

La notion de planification permettant de « couvrir les besoins en soins hospitaliers » (art. 39 al. 1 let. d LAMal) est désormais précisée par les critères de planification uniformes édictés par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 39 al. 2ter LAMal (art. 58a à 58e OAMal). Le Conseil fédéral continue par ce biais d'exercer une influence sur la planification hospitalière, même s'il ne peut plus le faire en qualité d'instance de recours contre les décisions de planification des gouvernements cantonaux (art. 53 LAMal, *infra* 2.2.2.4). Les dispositions de l'ordonnance se basent elles aussi sur les principes définis jusqu'alors par la jurisprudence<sup>25</sup>. Le Conseil fédéral doit fixer les critères en prenant en considération la qualité et le caractère

<sup>20</sup> EUGSTER ch. m. 767 s.

<sup>21</sup> RAMA 1998 AM 54 544 cons. II 3.3.5 et 3.2.6 ; EUGSTER ch. m.. 766

<sup>22</sup> EUGSTER ch. m. 765

<sup>23</sup> Message sur le financement hospitalier, FF 2004 I 5223

<sup>24</sup> ATF 135 I 36 cons. 5 et 130 I 283 cons. 2.2.

<sup>25</sup> Commentaire de l'OFSP sur l'OAMal p. 3, II.2., cf. ég. Message sur le financement hospitalier, FF 2004 I 5224

économique. Ces notions sont précisées à l'art. 58b al. 5 OAMal, qui mentionne « l'efficience de la fourniture de prestations » et « la justification de la qualité nécessaire ». Ces deux critères sont équivalents, ce qui signifie que la prestation la plus économique n'emportera pas impérativement la préférence<sup>26</sup>. L'ordonnance mentionne explicitement que les cantons peuvent en particulier prendre en compte le nombre minimum de cas et l'exploitation des synergies. Cette liste n'est donc pas exhaustive.

Conformément à l'art. 58b OAMal, la planification des besoins en soins doit être effectuée selon les étapes suivantes :

- Détermination des besoins (al. 1): L'ordonnance exige une démarche vérifiable, notamment sur la base de données statistiquement justifiées et de comparaisons. Elle laisse aux cantons le soin de choisir une méthode concrète<sup>27</sup>.
- Détermination de l'offre proposée par les établissements qui ne figurent pas sur les listes hospitalières cantonales (al. 2). Il est fait référence aux hôpitaux conventionnés et aux hôpitaux extra-cantonaux<sup>28</sup>.
- Détermination de l'offre permettant de garantir la couverture des besoins des assurés concernés par la planification (al. 3). Selon l'ordonnance, cette offre correspond aux besoins déterminés, déduction faite de l'offre ne figurant pas dans la liste.

C'est sur cette base que s'opère la sélection des hôpitaux à inscrire sur la liste (*infra* 2.2.1.2). Selon l'art. 58a al. 2 OAMal, les cantons sont tenus de réexaminer périodiquement leurs planifications. Ils sont toutefois libres de définir la fréquence de ces réexamens.

L'art. 58c OAMal exige que la planification relative au traitement des maladies somatiques aiguës soit « liée aux prestations » (« leistungsorientiert », « riferita alle prestazioni »). Dans la version allemande de l'art. 49 al. 1 LAMal, l'expression « liée aux prestations » est rendue par le terme « leistungsbezogen ». Il serait cependant erroné d'interpréter les différences de formulation des art. 49 al. 1 LAMal et 58c OAMal dans la version allemande comme dénotant des différences matérielles. Cela découle d'une part de la non-différenciation dans les libellés français et italiens et d'autre part des commentaires de l'OFSP relatifs à l'art. 58c OAMal, dans lesquels il est signalé que tant les forfaits prévus à l'art. 49 al. 1 LAMal que la planification définie à l'art. 58c OAMal devraient permettre de renoncer au système de la journée d'hospitalisation<sup>29</sup>. Pour le traitement des maladies somatiques aiguës, la planification hospitalière doit donc être basée sur la structure des forfaits par cas.

La nouvelle disposition de l'art. 39 al. 2 LAMal oblige les cantons à coordonner leurs planifications. La loi ne précise pas le sens exact de cette obligation. Il découle de l'art. 58d OAMal que les cantons doivent notamment exploiter les informations pertinentes concernant les flux de patients. Implicitement, cela signifie que les cantons sont tenus de recueillir les données relatives aux flux de patients. Les cantons doivent par ailleurs « coordonner les mesures de planification avec les cantons concernés par celles-ci dans la couverture de leurs besoins » (art. 58d let. b OAMal). L'art. 39 al. 2 LAMal ne prévoit cependant aucune sanction pour le cas où les cantons manqueraient à leur obligation de coordination. Il en va différemment à l'art. 39 al. 2bis LAMal, qui impose aux cantons d'établir conjointement une planification pour l'ensemble de la Suisse dans le domaine de la médecine hautement spécialisée et octroie au Conseil fédéral la compétence d'agir à la place des cantons si ceux-ci n'effectuent pas cette tâche « à temps ».

---

<sup>26</sup> Commentaire de l'OFSP sur l'OAMal p. 4, II.2

<sup>27</sup> Commentaire de l'OFSP sur l'OAMal p. 8, article 58b

<sup>28</sup> Commentaire de l'OFSP sur l'OAMal p. 8 article 58b et p. 4 II.2

<sup>29</sup> Commentaire de l'OFSP sur l'OAMal p. 8 article 58c

### 2.2.1.2 Listes des hôpitaux

Le résultat de la planification hospitalière est comme jusqu'à présent consigné dans une liste, dans laquelle les hôpitaux sont classés par catégories en fonction de leurs mandats. L'art. 58a al. 1 OAMal dispose que la planification doit être fonction des habitantes et habitants des cantons qui l'établissent. L'objet de la planification est ainsi constitué des prestations pour tous les assurés obligatoires domiciliés dans les cantons concernés, indépendamment d'une couverture d'assurance supplémentaire<sup>30</sup>. Une liste hospitalière dite subdivisée et la renonciation à une planification regroupant toutes les prestations obligatoirement assurées en division privée et semi-privée sont donc exclues<sup>31</sup>. Il n'existe par contre aucune obligation de planification pour des prestations supplémentaires telles qu'un confort supérieur et le libre choix du médecin à l'hôpital<sup>32</sup>.

Les cantons doivent inscrire sur leur liste hospitalière les établissements cantonaux et extra-cantonaux nécessaires pour garantir l'offre permettant de couvrir les besoins en soins de la population (art. 58e al. 1 OAMal). Cette disposition ne prévoit aucune exception. Il faut donc partir du principe que l'ordonnance n'autorise plus de listes hospitalières ouvertes. La liste des hôpitaux ne peut toutefois pas être qualifiée de fermée au sens de la jurisprudence antérieure car le libre choix des assurés s'applique non seulement à tous les hôpitaux répertoriés figurant sur la liste de leur canton de résidence mais aussi à ceux de la liste du canton où se situe l'hôpital et le canton de résidence est également tenu à rémunération lorsqu'un tel hôpital est choisi (art. 41 al. 1bis LAMal, *infra* 2.2.3.1).

Le mandat de prestations inhérent à l'inscription dans la liste hospitalière consiste avant tout en l'attribution d'un éventail de prestations (art. 58e al. 2 OAMal). Dès lors que la planification liée aux prestations doit être fondée sur la structure des forfaits par cas, l'éventail des prestations devra lui aussi être basé sur cette structure. Le mandat de prestations peut être assorti de certaines charges. Ces charges doivent être comprises comme des obligations dont le respect est une condition de l'inscription dans la liste hospitalière. Le Message relatif à la révision du financement hospitalier justifie cette réglementation par l'argument que les hôpitaux publics et privés sont désormais placés sur un pied d'égalité. Les hôpitaux publics ne doivent pas être désavantagés car ils ne peuvent choisir leurs patientes et patients et assument une grande partie des coûts de la formation et de la recherche<sup>33</sup>. Contrairement au projet du Conseil fédéral, l'obligation d'admission est désormais une charge applicable de par la loi à tous les hôpitaux répertoriés (art. 41a LAMal). L'ordonnance ne mentionne comme autre charge envisageable que l'obligation de disposer d'un service d'urgence. D'autres charges sont en principe possibles, pour autant qu'elles soient liées à la couverture des besoins en soins médicaux de la population<sup>34</sup>.

Dans leur planification tout comme lors du choix concret des hôpitaux, les cantons sont tenus, comme auparavant, de « prendre en considération les organismes privés de manière adéquate ». Les critères en vigueur jusqu'à présent (prise en compte de l'offre dans l'évaluation des hôpitaux, respect des critères de sélection conformément au sens et au but de la loi et de l'ordonnance) sont toujours applicables. Dès lors que le libellé de l'art. 39 al. 1 let. d LAMal est resté inchangé, la remarque selon laquelle une prise en considération adéquate va moins loin qu'une prise en compte totale des organismes privés reste valable (*supra* 2.1.2). L'abolition de la distinction entre hôpitaux publics et privés en ce qui concerne le cofinancement cantonal signifie cependant que les cantons doivent en règle générale traiter de la même manière, dans leur planification visant à couvrir les besoins en soins

---

<sup>30</sup> Commentaire de l'OFSP sur l'OAMal p. 7 article 58a

<sup>31</sup> Message sur le financement hospitalier, FF 2004 I 5230

<sup>32</sup> Message sur le financement hospitalier, FF 2004 I 5223

<sup>33</sup> Message sur le financement hospitalier, FF 2004 I 5231

<sup>34</sup> Message sur le financement hospitalier, FF 2004 I 5231

hospitaliers, tous les hôpitaux remplissant les conditions de l'art. 39 al. 1 let. a à c LAMal. Le principe de l'égalité de traitement signifie qu'il faut appliquer un traitement semblable à des situations de fait semblables et un traitement différent à des situations de fait différentes. Une différence de traitement doit donc reposer sur un motif objectif. Le fait que certains hôpitaux soient des organismes publics alors que d'autres sont en mains privées n'est pas à lui seul un motif suffisant à justifier une différence de traitement. Une telle différence est en revanche licite si d'autres motifs, liés à la garantie de la couverture des besoins, viennent s'y ajouter<sup>35</sup>.

## 2.2.2 Influence des autres modifications de la loi sur la planification hospitalière

Les dispositions de la loi et des ordonnances relatives à la planification hospitalière et au financement hospitalier doivent toujours être interprétées dans leur contexte général, comme toutes les normes légales. C'est pourquoi il sied d'évoquer ici succinctement celles des modifications adoptées dans le cadre de la révision de la LAMal du 21.12.2007 qui auront un effet sur les planifications hospitalières et les listes des hôpitaux cantonales. La question concrète, soit celle de savoir dans quelle mesure ces modifications de la LAMal influencent l'interprétation des anciennes et des nouvelles dispositions relatives à la planification hospitalière et au financement hospitalier, sera abordée au chiffre 3, au sujet de l'évaluation des critères de planification et charges imposées aux hôpitaux prévus par les cantons. Il convient tout d'abord de rappeler brièvement ces modifications, qui se répercutent également sur les intérêts et le comportement des cantons en relation avec leurs planifications hospitalières.

### 2.2.2.1 Libre choix de l'hôpital, art. 41 LAMal

Pour les traitements hospitaliers, l'assuré a le libre choix parmi les hôpitaux figurant sur la liste de son canton de résidence mais aussi parmi tous les autres hôpitaux de la liste du canton où se situe l'hôpital. Tel était déjà le cas selon la LAMal dans sa version de 1994. La nouveauté est toutefois que non seulement l'assureur mais aussi le canton de résidence sont soumis à l'obligation de rémunérer dans tous les hôpitaux répertoriés. La limite maximale de la rémunération correspond au tarif applicable dans un hôpital répertorié du canton de résidence. La rémunération totale est ainsi due chaque fois que le tarif applicable dans un hôpital du canton de résidence, qui aurait aussi été apte à traiter la maladie, est supérieur ou égal au tarif de l'hôpital choisi (art. 41 al. 1bis LAMal). Une éventuelle différence doit être prise en charge par les assurés eux-mêmes. Elle est éventuellement couverte par une assurance complémentaire. Il convient de souligner qu'un « hôpital répertorié *du* canton de résidence » détermine le tarif de référence. Sous l'ancien droit, la référence était constituée par un tarif applicable « *au* lieu de résidence ». Le tarif de référence peut par conséquent aussi être celui d'un hôpital extra-cantonal figurant sur la liste hospitalière du canton de résidence.

Les traitements qui, pour des raisons médicales, ne peuvent pas être fournis dans un hôpital répertorié du canton de résidence doivent toujours être rémunérés sur la base du tarif applicable dans l'hôpital ayant procédé au traitement (art. 41 al. 3 LAMal). De ce point de vue, la réglementation antérieure a été maintenue. À l'exception des cas d'urgence, de tels traitements sont subordonnés à l'autorisation du canton de résidence, qui n'est en revanche pas nécessaire pour le choix prévu à l'art. 41 al. 1bis.

Il est probable que les assurés choisissent à l'avenir plus fréquemment des hôpitaux extra-cantonaux. Pour les assurés domiciliés dans un canton dont le tarif est relativement élevé,

---

<sup>35</sup> Admettons, par exemple, qu'un hôpital (public) soit très important pour couvrir les besoins en soins hospitaliers dans une région donnée, en raison de son offre étendue, et qu'il existe à proximité un autre hôpital (privé) spécialisé dans un petit nombre de traitements également offerts dans l'hôpital public. Il est alors admissible de ne prendre en considération que l'hôpital doté de l'offre la plus complète, si celui-ci suffit à couvrir les besoins de la population et que son existence serait menacée dans l'éventualité où le catalogue de prestations qu'il offre serait aussi disponible dans le second hôpital.

cela ne posera aucun problème. On peut en outre supposer que la structure tarifaire uniformisée atténuera les différences de tarif entre les cantons. Le prix des assurances complémentaires correspondantes baissera en conséquence, ce qui favorisera encore le choix d'hôpitaux extra-cantonaux. Ce phénomène rendra plus difficile la sécurité de planification des cantons. Ils ne peuvent pas compter sur le fait que leur population ne choisira que des hôpitaux répertoriés du canton de résidence.

#### *2.2.2.2 Obligation d'admission, art. 41a LAMal*

Ce n'est qu'au stade de la procédure d'élimination des divergences que cette disposition a été ajoutée au projet de loi, par le Conseil des États. Elle a été interprétée comme une précision liée à l'introduction du libre choix de l'hôpital<sup>36</sup>. D'après le projet du Conseil fédéral, la question de l'obligation d'admission devrait être réglée dans le cadre des mandats de prestations<sup>37</sup>.

L'obligation d'admission s'applique aux hôpitaux répertoriés, dans les limites de leurs mandats de prestations et de leurs capacités, pour tous les assurés domiciliés dans le canton où se situe l'hôpital (al. 1). Pour les assurés résidant dans un autre canton, l'obligation d'admission ne s'applique que dans les cas d'urgence ou si elle est basée sur des mandats de prestations (al. 2). Les cantons doivent veiller au respect de cette obligation.

La loi régit donc déjà l'obligation d'admission pour les assurés résidant dans le canton où l'hôpital répertorié est situé. Le champ d'application personnel de l'obligation d'admission ne peut donc pas être restreint par un mandat de prestations pour les assurés domiciliés dans ce canton. L'obligation d'admission vaut pour tous les assurés, indépendamment de leur souhait de profiter de prestations supplémentaires à l'hôpital (confort supérieur, libre choix du médecin). Le champ d'application matériel doit en revanche être réglé dans le mandat de prestations. Il ne s'applique qu'aux prestations décrites dans celui-ci.

Si un canton inscrit également des hôpitaux extra-cantonaux dans sa liste hospitalière, il doit aussi réglementer l'obligation d'admission dans le mandat de prestations. Il est alors en droit de fixer des règles moins strictes que l'obligation d'admission prévue à l'al. 1.

Le devoir des cantons de veiller au respect de l'obligation d'admission implique en particulier qu'ils doivent enquêter sur les cas dans lesquels des assurés ou des assureurs font valoir une violation de l'obligation d'admission. Si les cas de violation de l'obligation d'admission se multiplient dans un hôpital, le canton devra examiner s'il est nécessaire de retirer ou de modifier le mandat de prestations.

#### *2.2.2.3 Rémunération des prestations, art. 49 et 49a LAMal*

Parmi les dispositions concernant les tarifs applicables aux traitements hospitaliers et à la rémunération versée par les assureurs et les cantons, les plus pertinentes pour les questions qui nous occupent sont les suivantes :

- La rémunération des traitements hospitaliers n'est plus basée sur les « coûts imputables ». Les tarifs sont des prix fixés pour une prestation déterminée. Il s'agit désormais de rémunérer des prestations et non plus de couvrir les coûts.
- La rémunération s'effectue comme auparavant en la forme de forfaits. Ceux-ci doivent cependant toujours être liés aux prestations et reposer sur des structures uniformes pour l'ensemble de la Suisse. Il s'agit en règle générale de forfaits par cas.
- La distinction opérée précédemment entre frais d'exploitation et frais d'investissements a disparu. Les rémunérations tarifaires des traitements hospitaliers comprennent aussi les frais d'investissement.

---

<sup>36</sup> Cf. le vote de la porte-parole de la commission (CE Erika Forster-Vannini) BO 2007 E 759 s

<sup>37</sup> Message sur le financement hospitalier, FF 2004 I 5231

- Les règles de l'art. 49 LAMal s'appliquent de manière identique à tous les hôpitaux répertoriés. L'ancienne distinction entre les hôpitaux recevant des subventions cantonales pour leurs frais d'exploitation (hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics) et les hôpitaux n'ayant pas droit à de telles contributions n'existe plus. Les cantons doivent verser à tous les hôpitaux répertoriés l'indemnisation prévue légalement pour les traitements hospitaliers de leurs habitantes et habitants.
- Les cantons doivent rémunérer les hôpitaux conformément aux prescriptions de la LAMal. Ils sont soumis aux mêmes règles que les assureurs. Le cofinancement cantonal n'est plus destiné à acquitter les coûts à charge de l'hôpital et non couverts par d'autres fonds (couverture du déficit). La part cantonale doit être versée directement à l'hôpital, qui convient des modalités avec le canton.
- Les obligations financières incombant aux cantons sont fonction du tarif applicable selon la LAMal et du nombre de prestations fournies. Il s'agit de par la loi de dépenses liées. Leur montant ne peut plus être influencé par des arrêtés financiers cantonaux autonomes (établissement d'un budget)<sup>38</sup>.

Les hôpitaux doivent adapter leurs frais d'exploitation et d'investissements aux revenus provenant des forfaits liés aux prestations. S'ils n'y parviennent pas, leur existence est à long terme menacée. Le nouveau financement hospitalier ainsi que la faculté pour les assurés de choisir l'hôpital renforcent la concurrence entre les établissements. De ce point de vue, l'importance de la planification hospitalière sur l'évolution future des coûts dans l'assurance-maladie est réduite. La planification hospitalière et la liste des hôpitaux ont cependant des répercussions financières directes pour les cantons.

#### 2.2.2.4 Recours contre les décisions relatives à la liste des hôpitaux, art. 53 LAMal

L'instance de recours contre les décisions des gouvernements cantonaux relatives à la planification hospitalière et aux listes des hôpitaux n'est plus le Conseil fédéral mais le Tribunal administratif fédéral<sup>39</sup>. En ce qui concerne les procédures de recours contre les décisions des gouvernements cantonaux, des exceptions aux règles de procédure de la loi sur le Tribunal administratif fédéral<sup>40</sup> et de la LF sur la procédure administrative<sup>41</sup> ont par ailleurs été introduites par la modification de la LAMal du 21.12.2007 (art. 53 al. 2 LAMal). Celles-ci ont pour but de condenser et d'accélérer la procédure. Le grief de l'inopportunité y est expressément exclu pour la procédure de recours contre les décisions relatives à la planification hospitalière et aux listes des hôpitaux. Restent toutefois recevables les griefs de l'excès et de l'abus du pouvoir d'appréciation.

La modification de l'art. 53 LAMal renforce en principe la position des gouvernements cantonaux dans leurs décisions relatives à la planification hospitalière et aux listes des hôpitaux. Il n'est cependant pas toujours aisé de différencier clairement l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation de inopportunité<sup>42</sup>. On peut toutefois supposer que le Tribunal administratif fédéral fasse preuve d'une plus grande réserve que le Conseil fédéral s'agissant d'annuler ou de modifier des décisions de gouvernements cantonaux. Cela devrait entraîner, à moyen terme, une diminution du nombre de procédures de recours.

#### 2.2.3 Les dispositions transitoires de la modification du 21.12.2007

L'introduction des forfaits liés aux prestations doit être terminée au plus tard le 1.1.2012 (al.1). Au plus tard trois ans après cette date, les planifications hospitalières cantonales doivent satisfaire aux exigences prévues à l'art. 39 LAMal. L'appréciation de la qualité et du

<sup>38</sup> Cf. toutefois l'art. 51 LAMal, à ce propos le chiffre 3.2.4

<sup>39</sup> Cette modification est déjà entrée en vigueur le 1.1.2007, en même temps que la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32).

<sup>40</sup> Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)

<sup>41</sup> LF du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021)

<sup>42</sup> KÖLZ/HÄNER ch. m. 635

caractère économique doit se fonder sur des comparaisons entre hôpitaux (al. 3). Le nouveau régime applicable à l'obligation de rémunération des cantons et des assureurs entre en vigueur à la même date que les forfaits liés aux prestations, soit au plus tard le 1.1.2012. Pendant le délai d'adaptation des listes hospitalières prévu à l'alinéa 3, les cantons sont ainsi déjà tenus de prendre en charge leur part des frais dans tous les hôpitaux figurant sur les listes en vigueur (al. 4).

L'importance des dispositions transitoires relatives à la planification hospitalière et aux listes des hôpitaux pour les cantons réside avant tout dans le fait que, dès le 1.1.2012, ceux-ci doivent, conformément aux nouvelles dispositions sur le financement hospitalier, en tous les cas cofinancer les traitements hospitaliers aux côtés des assureurs et ce dans tous les hôpitaux « figurant sur les listes en vigueur ». Ceci vaut également pour les hôpitaux figurant sur la liste B d'une liste dite subdivisée, pour lesquels l'ancien droit permettait de renoncer à une planification détaillée. Ces listes B comprennent exclusivement des hôpitaux privés auxquels les cantons n'ont pas versé de subventions sous la LAMal de 1994. En élaborant les listes B, les cantons ont donc supposé qu'ils n'étaient pas tenus de verser des subventions à ces hôpitaux. Dès le 1.1.2012, ils auront toutefois aussi l'obligation de rémunérer ces hôpitaux si les listes subdivisées n'ont pas été remplacées par une liste basée sur le nouveau droit.

Ce problème de transition avait été résolu différemment dans le projet du Conseil fédéral. Les cantons devaient d'abord adapter leurs planifications hospitalières au nouveau droit et le nouveau financement hospitalier ne devait entrer en vigueur que dans un deuxième temps<sup>43</sup>. Il a fallu attendre la conférence de conciliation pour que le Parlement parvienne à se mettre d'accord sur la disposition transitoire désormais inscrite dans la loi<sup>44</sup>. Ce n'est pas étonnant, parce que la disposition transitoire doit résoudre un conflit d'intérêts entre les cantons et les hôpitaux privés qui a des répercussions financières très importantes. Ce conflit persiste manifestement à ce jour. Un avis de droit conclut que la réglementation transitoire de la LAMal n'autorise aucune adaptation des listes avant le 1.1.2012, indépendamment du fait que celles-ci aient été établies sous l'ancien ou sous le nouveau droit<sup>45</sup>. Cet avis de droit argue par ailleurs qu'une mise en œuvre échelonnée serait impérative pour des motifs objectifs, parce que les cantons devraient à l'avenir respecter les prescriptions fédérales relatives à la qualité, au caractère économique et à la garantie de la couverture des besoins. Les données correspondantes ne seraient disponibles que depuis l'introduction du nouveau modèle de financement. Il en découlerait que les planifications hospitalières cantonales ne devraient être adaptées qu'après la fin de la première phase consistant en l'introduction des forfaits liés aux prestations, dans une seconde phase, du 1.1.2012 au 31.12.2014, sur la base de comparaisons entre hôpitaux portant sur la qualité et le caractère économique<sup>46</sup>.

Il ne peut être inféré des dispositions transitoires qu'une modification des listes hospitalières ne serait plus autorisée sur la base du droit applicable avant l'entrée en vigueur de la modification législative. Il va de soi, cependant, qu'une adaptation des listes des hôpitaux sur la base du nouveau droit n'est possible qu'après l'entrée en vigueur de celui-ci. Cela n'empêche en rien les cantons de préparer leurs planifications hospitalières en tenant compte de la modification de la loi avant qu'elle n'entre en vigueur. Les modifications de la LF du 21.12.2007 sont en principe entrées en vigueur le 1.1.2009. Il en va de même de l'art. 39 LAMal<sup>47</sup>. Le Conseil fédéral a par conséquent aussi fixé la date d'entrée en vigueur des modifications de l'OAMal au 1.1.2009.

---

<sup>43</sup> Message sur le financement hospitalier, FF 2004 I 5238 et 5256

<sup>44</sup> Concernant la genèse des dispositions transitoires cf. KIESER 70 s.

<sup>45</sup> MEYER 20

<sup>46</sup> MEYER 19

<sup>47</sup> Les dispositions transitoires ne traitent pas de l'entrée en vigueur de l'art. 39 LAMal révisé mais fixent un délai à l'échéance duquel les planifications hospitalières cantonales doivent satisfaire aux exigences de l'art. 39 LAMal

Il serait faux de déduire de la disposition de l'alinéa 3 des dispositions transitoires, selon lequel les planifications hospitalières cantonales doivent être basées sur des comparaisons entre hôpitaux portant sur la qualité et le caractère économique, que les listes hospitalières établies sous l'ancien droit doivent rester en vigueur dans leur version actuelle jusqu'au 31.12.2014 parce que les données correspondantes ne seraient disponibles qu'après l'introduction du nouveau modèle de financement. D'une part, il convient de souligner que le choix parmi différents hôpitaux devait déjà s'opérer sur la base du caractère économique et de la qualité avant la révision de l'art. 39 LAMal<sup>48</sup>. L'alinéa 3 des dispositions transitoires exige de plus la mise en conformité avec le nouveau droit dans un « délai » de trois ans. Cette formulation exclut un moratoire de trois ans<sup>49</sup>.

### **3 Critères de planification et charges des cantons**

#### **3.1 Changement fondamental du rapport entre cantons et hôpitaux**

La révision du financement hospitalier change fondamentalement le rapport entre les cantons et les hôpitaux. Les cantons ont certes toujours la compétence de décider, sur la base de leurs planifications hospitalières et de leurs listes, lesquels des hôpitaux seront admis en tant que fournisseurs de prestations de l'AOS. La distinction de l'ancien droit entre les hôpitaux que les cantons doivent cofinancer (hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics) et les organismes privés admis en tant que fournisseurs de prestations mais n'ayant pas droit à une participation financière des cantons a en revanche été supprimée.

Les cantons ne peuvent désormais plus faire une interprétation généreuse de la « prise en considération adéquate » des hôpitaux privés sans conséquences financières dans l'intérêt de leur propre équilibre financier ni inscrire les hôpitaux privés exploitant des divisions privées et semi-privées sur une liste subdivisée spéciale sans même n'effectuer de planification hospitalière. Le cofinancement des hôpitaux répertoriés devient par ailleurs une tâche incombant aux cantons en vertu de la loi, ceux-ci ne pouvant plus influencer directement sur le montant de leur contribution à travers la législation cantonale.

Les hôpitaux privés ont pour leur part un plus grand intérêt à être inclus dans les listes hospitalières cantonales, respectivement à y rester. Ils craignent cependant que les cantons soient tentés de favoriser leurs (propres) hôpitaux publics à leur détriment lors de l'inscription dans les listes. Il ressort en outre des recommandations de la CDS et des projets de loi du canton de Vaud que les cantons s'efforcent d'une part de conserver leur influence sur les décisions d'investissements des hôpitaux publics et d'autre part d'étendre celle-ci aux organismes privés répertoriés.

Il n'est donc pas surprenant que l'influence des modifications de la LAMal sur la position des hôpitaux privés fasse l'objet d'avis de droit<sup>50</sup>. Sans traiter de ceux-ci en détail, il convient de relever que le conflit d'intérêt entre les hôpitaux, en particulier les hôpitaux privés, et les cantons doit être résolu dans son ensemble en prenant pleinement en compte le nouveau contexte juridique et de l'influence de celui-ci sur le système LAMal. La décision relative à une question d'interprétation concrète doit toujours tenir compte également des principes de

---

révisé. C'est donc le chiffre IV de la LF du 21.12.2007 qui détermine l'entrée en vigueur de l'art. 39 LAMal, soit au 1.1.2009.

<sup>48</sup> EUGSTER ch. m. 744 et 755

<sup>49</sup> Contrairement au projet de révision du 19.9.2000, rejeté par le Conseil national le 17.12.2003. Ses dispositions transitoires prévoyaient expressément un moratoire : jusqu'à l'introduction d'un système de financement moniste, les cantons devaient être tenus de prendre en compte l'offre de prestations des organismes publics et privés correspondant à leur planification hospitalière au 1<sup>er</sup> janvier 2003. Cf. BO 2003 E 1099 et 1104.

<sup>50</sup> DUCOR PHILIPPE/WISARD NICOLAS et MEYER BEAT

réglementation économique de la LAMal. S'agissant de la position des hôpitaux, il s'agit en premier lieu des principes suivants :

- Le nouveau financement des hôpitaux lié aux prestations et incluant les frais d'investissements se fonde sur une responsabilité entrepreneuriale propre des hôpitaux. Bien que la LAMal n'exige pas expressément que les hôpitaux publics deviennent des entités indépendantes sur le plan juridique, elle implique une claire répartition des tâches entre les hôpitaux en tant que fournisseurs de prestations indépendants et les cantons en tant que cofinanceurs de ces prestations.
- Les mandats de prestations à octroyer aux hôpitaux lors de leur inclusion dans la liste doivent être conçus conformément au droit fédéral. S'agissant des charges assorties à ces mandats, l'examen juridique des réglementations cantonales devra donc distinguer clairement les charges imposées aux hôpitaux répertoriés, qui sont attribués en vertu des dispositions du droit fédéral et en tenant compte du principe de l'égalité de traitement, des charges qui ne relèvent pas du mandat de prestations au sens de la LAMal et que les cantons sont libres d'imposer aux hôpitaux publics par le biais du droit cantonal autonome. En ce qui concerne les organismes privés, de telles charges pourront éventuellement être fondées sur le droit des sociétés ou sur les statuts de la société.
- L'obligation faite aux cantons de cofinancer le traitement hospitalier dans tous les hôpitaux répertoriés implique également que ces derniers, en contrepartie, sont tenus de respecter le principe de l'égalité de traitement pour toutes les personnes assurées à l'AOS. Cette obligation d'égalité de traitement est soulignée par l'exclusion des listes hospitalières dites subdivisées. Ceci montre plus clairement qu'auparavant que la LAMal distingue non pas entre les personnes assurées en division commune dont l'assurance couvre la division commune et les patients privés en division privée mais entre les prestations de l'AOS et les prestations complémentaires<sup>51</sup> et que le principe de la protection tarifaire pour les prestations de l'AOS s'applique indépendamment du fait qu'une personne assurée à l'AOS demande à bénéficier de prestations complémentaires<sup>52</sup>.

### 3.2 Les Recommandations de la CDS

Le comité de la CDS a adopté le 14.5.2009 des Recommandations sur la planification hospitalière. Celles-ci n'ont pas de valeur contraignante pour les cantons. Elles ne sont pas non plus formulées dans le style d'une loi ni par un procédé méthodique assimilable à la technique législative et sont donc moins précises qu'une loi. Cela signifie qu'elles ne peuvent être ni analysées ni considérées comme une loi. Il ne sera possible de se prononcer définitivement sur différentes questions qu'en présence d'une décision formelle.

#### 3.2.1 Planification hospitalière liée aux prestations (recommandation 1)

##### a) *Guide pour une planification hospitalière liée aux prestations*

La règle selon laquelle la planification hospitalière pour les maladies somatiques aiguës doit être liée aux prestations figure à l'art. 58c let. a OAMal. L'expression « lié aux prestations » a ici, comme évoqué ci-dessus (2.2.1.1) le même sens qu'à l'art. 49 al. 1 LAMal. La planification et les mandats de prestations doivent donc être conformes à la structure des forfaits par cas (cf. ég. 3.1.2). Le modèle de planification défini dans le Guide de la CDS<sup>53</sup> correspond pour l'essentiel au déroulement de la planification des besoins en soins tel qu'il est décrit à l'art. 58b OAMal.

##### b) *Données de base*

Conformément à l'art. 58b al. 1 OAMal, les cantons doivent déterminer les besoins selon une démarche vérifiable et notamment se fonder sur des données statistiquement justifiées et sur

---

<sup>51</sup> Il convient également de signaler la modification de l'art. 25 al. 2 let. e LAMal qui, en ce qui concerne les prestations assurées pour les frais de séjour, ne fait plus référence au « séjour en division commune d'un hôpital » mais au « séjour à l'hôpital correspondant au standard de la division commune ».

<sup>52</sup> MOSER, RSAS 51/2007, 456

<sup>53</sup> Guide CDS p. 8

des comparaisons. D'après les recommandations de la CDS, les cantons peuvent mais ne doivent pas nécessairement avoir recours à des résultats provisoires de l'OFS pour déterminer l'offre. Si seuls des résultats provisoires de l'OFS sont disponibles sur une question donnée, que ceux-ci semblent relativement plausibles et qu'il n'existe pas d'informations permettant une démarche plus vérifiable, ces résultats provisoires doivent être pris en compte. Ceci vaut en particulier dans le cas d'une planification devant entrer en vigueur au 1.1.2012 ou peu après cette date. Les dispositions transitoires ne prévoient certes pas de moratoire pour l'adaptation des listes hospitalières au nouveau droit (2.2.3) mais dans l'hypothèse où un canton ne serait pas prêt ou pas en mesure de justifier objectivement l'adaptation de sa liste hospitalière actuelle au nouveau droit selon une démarche vérifiable, faute de données suffisantes, il pourrait se voir exiger de ne procéder à l'adaptation qu'après l'expiration du délai imparti dans les dispositions transitoires.

*c) Actes normatifs distincts pour la planification hospitalière et les mandats de prestations*

Selon les Recommandations, la planification hospitalière et l'octroi de mandats de prestations peuvent faire l'objet de décisions séparées, devant être attaquées séparément. On peut cependant présumer que, sous le nouveau droit également, la planification hospitalière n'est pas susceptible de recours indépendant par rapport à la liste hospitalière<sup>54</sup>. L'objet de tout recours au Tribunal administratif fédéral doit être une décision au sens de l'art. 5 PA<sup>55</sup>. Une décision est toujours une mesure prise dans un cas d'espèce. Le choix d'inscrire un hôpital sur une liste hospitalière en lui attribuant un certain mandat de prestations satisfait à ces conditions. La planification hospitalière n'est toutefois pas encore une décision tant que les autorités ne se sont pas prononcées dans un cas concret sur l'inclusion ou la non-inclusion dans la liste.

*d) Mandat de prestations en tant qu'acte de souveraineté*

Une décision est un acte de souveraineté. Dans la motivation de la recommandation 1, il est indiqué à ce propos que la LF sur les marchés publics n'est pas applicable à la décision d'attribution des mandats de prestations et que le grief de l'inopportunité n'est pas recevable en procédure de recours<sup>56</sup>. C'est exact. Les gouvernements cantonaux restent néanmoins liés aux dispositions de la PA. Ils doivent en particulier respecter le droit d'être entendu. Par ailleurs, comme évoqué plus haut (2.2.2.4), la distinction entre le grief recevable de l'abus du pouvoir d'appréciation et le grief irrecevable de l'inopportunité est floue. L'acte de souveraineté reste donc tout à fait susceptible de recours.

### 3.2.2 Éventail des prestations (recommandation 2)

Les explications figurant sous la recommandation 2 concernant la description de l'éventail des prestations dans chacun des mandats s'inscrivent dans le cadre des prescriptions fédérales pour une planification hospitalière liée aux prestations.

S'agissant de la formulation concrète des mandats de prestations, il convient pour des raisons d'ordre médical mais aussi économique de veiller à ce qu'un hôpital soit admis pour des types de prestations définies, formant un tout cohérent, et non pas uniquement pour des forfaits par cas isolés parmi les prestations du catalogue de l'AOS. Cette exigence est également liée à l'obligation d'admission. Au moment de l'hospitalisation, il est très fréquent qu'un diagnostic détaillé n'ait pas encore été établi. Des formulations trop précises du champ de prestations recèlent toujours le risque de présenter des lacunes. C'est la raison pour laquelle il est préférable de faire une description large des champs de prestations plutôt qu'une énumération des différentes DRG. L'attribution d'éventails de prestations n'exclut cependant pas de prévoir une sorte de « liste négative » qui exclurait expressément des cas

---

<sup>54</sup> C'est ce qui est également signalé dans une note de bas de page des Recommandations, recommandation CDS 3

<sup>55</sup> Art. 31 LTAF

<sup>56</sup> Recommandations CDS 3

complexes déterminés pour lesquels un hôpital ne dispose pas des spécialistes ou des équipements nécessaires.

L'obligation d'effectuer une planification hospitalière liée aux prestations ne s'oppose pas à ce que le mandat de prestations comprenne également une indication relative aux capacités de prise en charge de patients, c'est-à-dire la constatation du nombre de patients que l'hôpital peut traiter en milieu hospitalier (nombre de lits). L'intérêt d'une telle constatation réside dans le fait que les hôpitaux ont une obligation d'admission dans les limites de leurs capacités (cf. ég. 3.2.5)

### 3.2.3 Nombre minimum de cas (recommandation 3)

La prise en considération du nombre minimum de cas est expressément prévue à l'art. 58b al. 5 let. c OAMal. Elle est fondée sur les critères de planification mentionnés à l'art. 39 al. 2ter, c'est-à-dire le caractère économique et la qualité. La fixation concrète de nombres minimaux de cas doit donc servir à assurer la qualité et le caractère économique, la qualité étant toutefois ici au premier plan. Il est généralement admis que la qualité d'un traitement médical dépend aussi de l'expérience et de la routine. C'est la raison pour laquelle les nombres minimaux de cas se retrouvent dans l'OPAS au titre de conditions d'admission des fournisseurs de prestations pour certains traitements<sup>57</sup>. La fixation de nombres minimum de cas est donc en principe conforme à la loi.

### 3.2.4 Gestion des quantités (recommandation 4)

La CDS recommande en plus des nombres minimum de cas également une gestion directe des quantités<sup>58</sup> par la limitation du mandat de prestations à un nombre maximal de cas. Elle signale toutefois elle-même qu'une gestion trop rigide des quantités peut avoir pour effet de figer les structures et d'entraver la concurrence et qu'il existe un risque de réduction excessive de l'offre et de rationnement des soins. Afin de sanctionner les dépassements d'une valeur maximale définie, la CDS envisage un tarif dégressif pour les forfaits par cas.

Dans le cadre des planifications hospitalières sous l'ancien droit, les hôpitaux admis se sont souvent vu attribuer un nombre déterminé de lits qu'ils avaient l'interdiction de dépasser. Cette solution visait à limiter les capacités de traitement des hôpitaux. Il est en soi logique de limiter à présent le nombre de cas de traitement dans le cadre de la planification hospitalière liée aux prestations. La CDS relève toutefois elle-même les problèmes que cela implique. La sanction ne saurait consister en une exclusion de toute rémunération de cas supplémentaire en cas de dépassement d'un nombre défini de cas de traitement. Hormis le fait que la planification hospitalière ne peut supprimer le droit des assurés à la rémunération des traitements, une telle sanction ne produirait aucun effet. Les assurés sont libres de choisir parmi tous les hôpitaux répertoriés de Suisse. Si un traitement ne pouvait être entrepris dans un hôpital répertorié du canton de résidence en raison d'une limitation des quantités, il y aurait une raison médicale pour que le traitement soit fourni dans un autre hôpital, avec pleine obligation de rémunération à charge du canton de résidence, conformément à l'art. 41 al. 3 et 3bis LAMal.

La CDS propose, pour sanctionner le dépassement d'un nombre déterminé de cas, un tarif dégressif. Ce type de procédé est justifié du point de vue économique. Les cantons n'ont cependant pas la compétence d'intervenir dans la fixation des tarifs par le biais de la planification hospitalière. Les tarifs doivent en principe être définis conjointement par les hôpitaux et les assureurs. La gestion des quantités proposée dans les Recommandations ne repose donc sur aucune base légale.

---

<sup>57</sup> Cf. par ex. l'Annexe 1 de l'OPAS, 1.2. Transplantation isolée du foie. Sont admis les centres disposant de l'infrastructure nécessaire et de l'expérience adéquate (« fréquence minimale » : en moyenne dix transplantations de foie par année).

<sup>58</sup> Concernant la gestion indirecte des quantités par la limitation des capacités de traitement et de l'équipement, cf. 3.2.9

Le but final poursuivi par la gestion des quantités, à savoir de gérer les coûts, pourrait selon les circonstances être atteint au moyen du budget global au sens de l'art. 51 LAMal. Le budget global limite non pas le nombre de cas à rémunérer mais la totalité des coûts du traitement hospitalier dans tous les hôpitaux du canton. Un examen plus détaillé serait toutefois nécessaire pour établir si et dans quelle mesure le budget cantonal global est compatible avec les principes du nouveau financement hospitalier et avec le libre choix au sens de l'art. 41 al. 1bis LAMal.

D'après les Recommandations de la CDS, le mandat de prestations peut aussi prévoir quelles prestations doivent en règle générale être fournies en ambulatoire. Une charge de ce type ne peut faire l'objet d'un mandat de prestations relatif au traitement hospitalier. S'il existe dans la structure tarifaire uniforme un forfait par cas pour un diagnostic déterminé, le traitement correspondant peut être exécuté en milieu hospitalier si cette solution est indiquée du point de vue médical. Chacune des prestations couvertes par l'AOS doit cependant être efficace, appropriée et économique (art. 32 al. 1 LAMal). Les fournisseurs de prestations doivent limiter celles-ci à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement (art. 56 al. 1 LAMal). Ces principes doivent aussi être respectés s'agissant de déterminer si un traitement doit être effectué en ambulatoire ou en milieu hospitalier. Dans de nombreux cas, des considérations pratiques et économiques peuvent justifier de procéder à un traitement déterminé en ambulatoire. La LAMal désigne néanmoins clairement qui est tenu de respecter ces principes dans un cas concret, c'est-à-dire les fournisseurs de prestations (art. 56 al. 1 LAMal). La loi prévoit également des sanctions en cas de violation de cette obligation (art. 56 al. 2 à 4 LAMal). Les mesures visant à garantir le caractère économique des prestations peuvent être prévues dans des conventions tarifaires (art. 56 al. 5 LAMal).

### 3.2.5 Obligation d'admission (recommandation 5)

Les Recommandations de la CDS sont basées sur la prémisse que les cantons peuvent introduire ponctuellement dans le mandat de prestations des exceptions à l'obligation générale d'admission prévue à l'art. 41a LAMal. Elles mentionnent des exceptions liées à la structure des patients, en ce sens que la condition d'obligation d'admission peut être considérée comme remplie « si les prestations au sens du mandat de prestations sont financées pour au moins 50% des patients exclusivement par l'assurance obligatoire des soins ». Dans sa motivation de cette recommandation<sup>59</sup> la CDS argue que le mandat de prestations peut prévoir une obligation d'admission limitée pour les patients exclusivement assurés en division commune, pour autant qu'un pourcentage minimal de ces patients soit pris en charge. Sont considérés comme exclusivement assurés en division commune, au sens des Recommandations de la CDS, les patients « pour lesquels les prestations hospitalières, en cas de protection tarifaire complète, sont facturées uniquement à charge de l'assurance obligatoire des soins, c'est-à-dire sans paiement supplémentaire pour un standard d'hôtellerie plus élevé et/ou une liberté de choix élargie en matière de médecin ou de rendez-vous de faveur »<sup>60</sup>.

Cette recommandation contredit l'énoncé clair de l'art. 41a LAMal, selon lequel tous les hôpitaux répertoriés sont tenus de garantir, dans les limites de leurs mandats de prestations et de leurs capacités, la prise en charge de tous les assurés résidant dans le canton où se situe l'hôpital (obligation d'admission). Les hôpitaux ont une obligation d'admission « dans les limites de leurs mandats de prestations ». Ceci signifie que l'obligation d'admission s'applique à tout l'éventail de prestations de l'AOS décrit dans le mandat. L'art. 41a al. 1 LAMal ne saurait être interprété en ce sens que le mandat de prestations peut prévoir une obligation d'admission dépendant de la volonté des patients de demander des services supplémentaires.

---

<sup>59</sup> Recommandation CDS 8 s.

<sup>60</sup> Recommandations CDS 8, recommandation 5 lettre c.

Dans ses Recommandations, la CDS affirme que les exceptions à l'obligation d'admission qu'elle propose seraient conformes à la loi parce que le commentaire de l'OFSP relatif à l'art. 58b al. 2 et 3 OAMal autoriserait une distinction par statut d'assuré. Il appert toutefois clairement du commentaire cité et de son texte complet qu'il y est question de coûts supplémentaires pouvant résulter de l'obligation de rémunération limitée prévue à l'art. 41 al. 1bis LAMal dans le cas où l'assuré choisit un hôpital extra-cantonal<sup>61</sup>. On ne saurait en déduire que l'art. 41a LAMal permettrait des exceptions à l'obligation d'admission fondées sur le fait que l'assuré a le statut de « patient assuré en division commune ».

Il convient de surcroît de souligner que la LAMal ne fait aucune mention des termes « patients assurés en division commune » ou « prestations assurées en division commune ». La LAMal garantit à tous les assurés la rémunération des « prestations obligatoirement assurées » (cf. 3.1). Accorder à certains hôpitaux dans le contrat de prestations des exceptions à l'obligation d'admission pour un éventail défini de prestations serait contraire à l'égalité de traitement<sup>62</sup>.

L'obligation d'admission des hôpitaux est limitée à leurs capacités. Serait-il alors possible de distinguer dans le mandat de prestations entre la capacité de prise en charge d'un séjour correspondant au standard de la division commune (art. 25 al. 2 let. e LAMal) et la capacité de prise en charge selon un standard supérieur ? Et un hôpital pourrait-il refuser une admission au motif que ses capacités de prise en charge correspondant au standard de la division commune seraient épuisées ? La capacité de prise en charge concerne les prestations de l'AOS, c'est-à-dire en premier lieu les capacités en matière d'exams, de traitements et de soins. Si l'hôpital est en mesure de fournir ces prestations, il ne peut invoquer le fait que ses capacités d'exécution de ces prestations seraient prioritairement réservées aux patients consommant des prestations supplémentaires. Si un hôpital souhaite agir de la sorte, il doit opter pour le statut d'hôpital conventionné. En qualité d'hôpital répertorié, il est lié par l'obligation d'admission envers tous les assurés à l'AOS.

### 3.2.6 Admission en urgence (recommandation 6)

Conformément à l'art. 58e al. 3 OAMal, cette recommandation se fonde sur la prémisse que la gestion d'une admission en urgence, respectivement d'un service d'urgence<sup>63</sup>, doit être réglée en détail dans le contrat de prestations. Il est aussi vrai que ce service ne constitue pas nécessairement une prestation d'intérêt général au sens de l'art. 49 al. 3 LAMal. Dans des cas particuliers, une rémunération supplémentaire peut toutefois être prévue dans le contrat de prestations, notamment si dans une région présentant une faible densité de population, des prestations de réserve sont requises malgré le petit nombre de cas d'urgence qui ne peuvent être financées sur la base des tarifs LAMal applicable.

---

<sup>61</sup> Le commentaire porte sur l'art. 58b al. 3 OAMal, selon lequel les cantons ont l'obligation de prendre en considération dans leur planification les hôpitaux cantonaux et extra-cantonaux, afin de garantir la couverture des soins. Il est formulé comme suit : « Toute personne assurée qui ne souhaite pas, ou ne peut pas, assumer de coûts supplémentaires pour un traitement doit avoir la possibilité, pour l'éventail complet de prestations, de bénéficier d'un traitement soit dans un hôpital figurant sur la liste du canton de domicile, soit dans un autre établissement ; dans ce dernier cas pour des raisons médicales selon l'art. 41, al. 3 et 3bis, LAMal – avec garantie de la prise en charge des coûts par le canton de domicile – ou parce que le tarif n'est pas plus élevé que celui pour le traitement concerné dans un hôpital de la liste du canton de domicile. » Commentaire OFSP sur l'OAMal, p. 8.

<sup>62</sup> L'art. 41a LAMal ne peut étayer une distinction entre les hôpitaux qui « avec un mandat public de prestations sont d'une manière générale soumis à l'obligation d'admission » conformément art. 41a LAMal et les autres hôpitaux pouvant être libérés de cette obligation « parce que l'obligation d'admission, service d'urgence inclus, est suffisamment satisfaite par d'autres prestataires dans les environs proches », contrairement à ce qu'affirme la CDS dans la motivation de sa recommandation 5, cf. Recommandations CDS 8 s.

<sup>63</sup> Les Recommandations emploient le terme « admission en urgence » et non pas « service d'urgence » sans préciser ce qui les distingue.

### 3.2.7 Caractère économique et qualité (recommandations 7 et 8)

Les recommandations relatives au caractère économique et à la qualité, qui ont été formulées de manière générale, correspondent en substance aux prescriptions figurant des art. 39 al. 2ter LAMal et art. 58 OAMal. Il ne sera toutefois possible de se prononcer définitivement à ce sujet que sur la base d'une application concrète. La CDS signale à juste titre que la jurisprudence antérieure relative aux questions tarifaires ne peut être transposée automatiquement à l'attribution de mandats de prestations.

Il est en principe exact que le mandat de prestations peut également comprendre, aux fins de garantir la qualité, des charges relatives aux infrastructures ainsi qu'à l'effectif du personnel et que les hôpitaux peuvent être tenus de se soumettre à des mesures visant à comparer la qualité de leurs prestations à celles des autres hôpitaux. Les charges destinées à permettre une appréciation du caractère économique des hôpitaux sont déjà inscrites à l'art. 49 al. 7 LAMal. La référence à d'autres critères qui « ne sont pas de nature pécuniaire et ne se rapportent donc pas directement au caractère économique » et que le canton pourrait, à sa libre appréciation, prendre en considération dans une évaluation globale<sup>64</sup> est en revanche contestable.

Lorsqu'il statuera sur des recours, le Tribunal administratif fédéral s'en tiendra strictement à des critères formels, puisque le grief de l'inopportunité est irrecevable. Ces critères sont notamment :

- Caractère complet et vérifiable des données prises en considération
- Critères non pertinents ne sont pas pris en compte
- Démarche vérifiable et prise en considération des hôpitaux concernés dans les comparaisons du caractère économique effectuées par le canton
- Respect du principe de la proportionnalité en ce qui concerne les charges imposées aux hôpitaux
- Motivation complète et objective des décisions, respectant le droit d'être entendu
- Respect du principe de l'égalité de traitement en cours de procédure et dans la décision matérielle

### 3.2.8 Livraison des données (recommandation 9)

L'art. 22a LAMal oblige déjà les hôpitaux à livrer des données aux autorités fédérales, notamment à l'Office fédéral de la statistique. Tous les hôpitaux répertoriés sont en outre tenus, sur la base de l'art. 49 al. 7 LAMal, de tenir une comptabilité et une statistique de leurs prestations. Il n'est donc pas nécessaire que ces obligations figurent également dans les mandats de prestations. Ces deux dispositions ne laissent en principe aucune place à des réglementations cantonales supplémentaires en matière de livraison de données. Il convient de souligner en particulier que le Conseil fédéral est seul compétent, en vertu de l'art. 49 al. 8 LAMal, pour ordonner des comparaisons du caractère économique entre les hôpitaux. Il doit cependant le faire en collaboration avec les cantons. Sous l'ancien droit, les cantons étaient habilités à ordonner de leur propre initiative de telles comparaisons entre établissements. Il reviendrait dès lors au Conseil fédéral d'appliquer un modèle pour les comparaisons du caractère économique élaboré par la CDS.

### 3.2.9 Engagement d'investissements (recommandation 10)

Les Recommandations indiquent que les cantons peuvent prévoir que « le mandat de prestations peut comporter des exigences relatives à l'observation d'une planification cantonale en matière de bâtiments et d'appareils pour l'ensemble de la prise en charge hospitalière ainsi qu'une procédure d'autorisation pour engager des investissements ». Dans la motivation y afférente, il est indiqué que la décision relative à l'engagement d'investissements n'est certes pas une question de planification hospitalière mais que cette question est importante eu égard aux conséquences financières sur la fourniture de

---

<sup>64</sup> Recommandations CDS 10

prestations et qu'elle doit par conséquent être réglée activement par les cantons.

Le but de la planification hospitalière est d'admettre les hôpitaux à pratiquer à la charge de l'AOS. La planification hospitalière sert à la coordination des prestations, à l'exploitation optimale des ressources et à remédier aux surcapacités<sup>65</sup>. Elle est constituée donc en tous points de vue un instrument de maîtrise des coûts de l'AOS. Si toutefois un hôpital est admis, il est lui-même responsable de l'exploitation optimale de ses ressources et de fournir des prestations conformes à la qualité requise de la manière la plus avantageuse possible. Si les cantons introduisaient une autorisation obligatoire pour les investissements dans les bâtiments et les appareils médicaux, ils interviendraient dans des décisions relevant de la stratégie d'entreprise de l'hôpital et assumeraient donc la responsabilité correspondante. De telles interventions seraient possibles dans un système de santé national ou cantonal mais ne le sont pas dans le système LAMal, qui distingue clairement les entités responsables de fournir les prestations de celles qui les financent.

Le législateur avait en outre déjà conscience de la différence entre planification hospitalière et planification des appareils avant l'adoption de la LAMal<sup>66</sup>. La question a fait l'objet d'une nouvelle discussion dans le contexte de l'introduction du nouveau financement hospitalier. Une autorisation obligatoire pour « la mise en service d'équipements techniques lourds ou d'autres équipements de médecine de pointe, dans les domaines hospitalier ou ambulatoire, public ou privé » a été expressément rejetée par le Conseil national<sup>67</sup>. Une procédure d'autorisation pour l'engagement d'investissements dans les hôpitaux ne saurait ainsi se fonder sur la planification hospitalière et le mandat de prestations octroyé sur la base de celle-ci conformément à l'art. 39 LAMal. Un tel procédé serait, comme la CDS le constate elle-même, incompatible avec le but de l'art. 39 LAMal. Il pourrait éventuellement se fonder, pour les hôpitaux publics, sur les droits du canton en sa qualité de propriétaire. Les cantons doivent cependant être conscients du fait que ceci désavantagerait leurs propres hôpitaux par rapport aux hôpitaux privés car les décisions d'investissement afférentes à l'exploitation de l'hôpital y seraient ralenties voire entravées.

### 3.2.10 Contributions aux frais d'investissements (recommandation 11)

Les hôpitaux devraient être forcés d'inscrire séparément, dans le compte des recettes et au bilan, les parts servant à indemniser les charges pour l'utilisation des immobilisations, dont il a été tenu compte dans les contributions perçues pour le traitement hospitalier. L'affectation de ces recettes à l'entretien et aux investissements de renouvellement ou de remplacement devrait être incluse dans le mandat de prestations.

Cette recommandation est justifiée quant à son principe. Les hôpitaux devraient effectivement affecter à ce but les montants perçus pour couvrir les frais d'investissement et être à même d'en faire état avec transparence. L'art. 49 al. 7 LAMal les oblige toutefois déjà les hôpitaux à calculer leurs coûts d'exploitation et d'investissement selon une méthode uniforme. Le Conseil fédéral a édicté une ordonnance spécifique à cet effet<sup>68</sup>. L'uniformité des méthodes comptables requise par la LAMal serait affaiblie par des réglementations supplémentaires dans les mandats de prestations cantonaux.

D'après les Recommandations de la CDS, l'affectation des contributions aux investissements devrait s'appliquer aux investissements de remplacement mais pas aux extensions. Tout comme l'autorisation obligatoire pour les investissements, une telle recommandation est contraire à la liberté économique et à la responsabilité des hôpitaux (cf. 3.2.9). Il est par ailleurs très difficile, pour de nombreux investissements, de distinguer entre remplacement et

<sup>65</sup> Message LAMal, FF 1992 I 149, EUGSTER, ch. m. 743

<sup>66</sup> Cf. note de bas de page 3

<sup>67</sup> BO 2007 N 436 et 438

<sup>68</sup> Ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie (OCP), RS 832.104

extension, en particulier s'agissant d'équipements médicaux et d'appareils. Le progrès médical et technique fait que les nouveaux investissements ouvrent presque toujours aussi la voie à de nouvelles possibilités de traitement et accroissent l'efficacité. Il ne s'agit ainsi jamais simplement de substituer ce qui existait auparavant.

#### 3.2.11 Conditions de travail (recommandation 12)

D'après les Recommandations, les hôpitaux peuvent être invités à exposer de manière transparente leurs dispositions réglementaires en matière de personnel et de rémunération. Les conditions de travail devraient également être intégrées à l'évaluation du caractère économique dans le cadre de l'octroi de mandats de prestations. Cette recommandation est objectivement justifiée. S'agissant de l'évaluation du caractère économique, elle peut être étayée par l'art. 39 LAMal.

La CDS recommande en outre aux cantons d'exiger dans les mandats de prestations le respect de règlements publics sur le personnel et la rémunération ou le respect des conventions collectives de travail. Pour les hôpitaux publics, de telles règles ne posent aucun problème. Les hôpitaux gérés par des organismes privés ne peuvent en revanche être tenus de reprendre intégralement des règlements publics sur la rémunération. La question de savoir dans quelle mesure la conclusion de conventions collectives de travail peut être exigée des hôpitaux privés, en vertu de l'art. 39 LAMal ou d'une autre base légale, requerrait une étude plus approfondie. Celle-ci devrait également intégrer les aspects de droit du contrat de travail.

#### 3.2.12 Prestations de formation (recommandation 13)

Les coûts de la recherche et de la formation universitaire ne peuvent être compris dans les rémunérations de traitements hospitaliers (art. 49 al. 3 LAMal). C'est la raison pour laquelle ils font l'objet, comme le soulignent les Recommandations, de normes cantonales spéciales.

D'après les Recommandations, toutes les autres prestations de formation et de formation postgrade ne sont pas considérées comme des prestations d'intérêt général au sens de l'art. 49 al. 3 LAMal et doivent donc en principe être financées conformément aux règles de l'art. 49 LAMal. La CDS recommande par conséquent de formuler les prestations de formation et de formation postgrade des hôpitaux en tant qu'obligations dans les mandats de prestations.

Cette recommandation doit être nuancée : l'art. 49 al. 3 LAMal ne définit pas les prestations d'intérêt général de manière exhaustive. La LAMal permettrait donc tout à fait d'exclure de l'obligation de rémunération par l'AOS également certaines prestations des hôpitaux dans le domaine de la formation et de la formation postgrade extra-universitaire, au titre de prestations d'intérêt général. Cette obligation de rémunération devant reposer sur une structure uniforme pour l'ensemble de la Suisse, il incombe à l'organisation au sens de l'alinéa 2 de statuer sur cette question. Dans la mesure où de telles prestations de formation et de formation postgrade sont effectivement comprises dans les rémunérations au sens de l'art. 49 LAMal, il y a également lieu de veiller à ce que tous les hôpitaux fournissent ces prestations de manière similaire. Un contrôle y relatif est, selon les circonstances, déjà possible sur la base des données relatives aux coûts et aux prestations que les hôpitaux doivent livrer en vertu de l'art. 49 al. 2 LAMal. Si cela ne devait pas suffire, il paraît judicieux d'inclure les obligations correspondantes dans les mandats de prestations cantonaux et de contrôler leur respect par ce biais.

#### 3.2.13 Accessibilité et flux intercantonaux de patients (recommandation 14)

L'accessibilité d'un hôpital pour la population peut tout à fait constituer un critère pour l'inscription d'un hôpital dans la liste. Ceci découle de l'art. 58b al. 4 let. b. OAMal.

Il va de soi que les cantons qui incluent dans leur liste des hôpitaux extra-cantonaux doivent l'annoncer au canton où l'hôpital est situé. Ce ne sont toutefois pas ces annonces qui

permettront d'acquérir une vue d'ensemble des flux intercantonaux de patients mais l'examen des informations y relatives fournies par les hôpitaux.

### 3.3 Les projets de loi du canton de Vaud du 20.1.2010

Le Département de la santé et de l'action sociale (DSAS) du canton de Vaud a ouvert le 28 janvier 2010 la procédure de consultation pour une révision partielle de la loi sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public<sup>69</sup>. Au sens de cette loi, les hôpitaux d'intérêt public sont tous les hôpitaux que la planification cantonale a reconnus indispensables pour couvrir les besoins en soins en milieu hospitalier. Dans les faits, il s'agit donc des hôpitaux publics ou privés qui sont finalement portés à la liste prévue à l'art. 39 LAMal<sup>70</sup>. Parmi les propositions comprises dans le projet de modification de la loi dans le cadre de la mise en œuvre du nouveau financement hospitalier LAMal, il convient de se pencher plus en détail sur les thèmes ci-dessous.

#### 3.3.1 But lucratif ou idéal des hôpitaux répertoriés

Le projet en consultation propose deux variantes concernant le but lucratif des hôpitaux :

##### *Variante A*

L'admission dans la liste hospitalière est subordonnée à la condition que l'hôpital soit organisé comme une institution d'intérêt public. Les hôpitaux privés, qui ne sont pas organisés selon le principe de l'intérêt public, doivent se scinder en deux sociétés indépendantes, l'une poursuivant un but commercial et l'autre un but d'intérêt public. Si un hôpital privé ne reçoit un mandat de prestations au sens de l'art. 39 LAMal que pour une partie de ses activités, le principe de la proportionnalité permet de déroger à l'exigence de la fondation de deux sociétés.

##### *Variante B*

L'exigence de l'intérêt public est écartée au profit de l'introduction pour les hôpitaux privés d'un contrôle strict de l'affectation des recettes réservées aux investissements ainsi que de leurs décisions d'investissement. Cette possibilité existe également pour les hôpitaux publics, en vertu des droits généraux de surveillance des autorités sur les institutions publiques<sup>71</sup>.

La variante A signifie que les hôpitaux privés doivent s'organiser en tant que sociétés à but idéal pour avoir droit à une rémunération intégrale des traitements hospitaliers par l'AOS. Les hôpitaux privés dotés d'un but statutaire commercial peuvent tout au plus pratiquer en tant qu'hôpitaux conventionnés au sens de l'art. 49a al. 4 LAMal. L'art. 39 al. 1 let. d LAMal exige une prise en considération adéquate des organismes privés. Cette disposition n'a pas été modifiée lors de l'introduction du nouveau financement hospitalier. On savait certes déjà au moment de l'adoption de la LAMal que, même si ce n'était pas le cas de tous, de nombreux hôpitaux du secteur privé sont organisés sous forme de sociétés à but lucratif. Dans le cadre de la révision du financement hospitalier, le Conseil national a expressément rejeté une proposition visant à ce que la prise en considération adéquate des hôpitaux privés ne soit plus expressément exigée<sup>72</sup>. Le législateur avait donc conscience du fait qu'il permettait avec cette loi aussi aux hôpitaux privés, même à ceux poursuivant un but commercial, de fournir des prestations de l'AOS. Les cantons doivent respecter cette volonté du législateur.

---

<sup>69</sup> Loi du 5 décembre 1978 sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public

<sup>70</sup> Sachant que le terme « hôpitaux d'intérêt public » au sens de la loi cantonale correspond en fin de compte à « hôpitaux répertoriés » au sens de la LAMal, nous employons ci-après le même terme que précédemment, soit « hôpitaux répertoriés ».

<sup>71</sup> Le CHUV n'est pas un établissement autonome de droit public mais une division du Département cantonal de la santé

<sup>72</sup> BO 2007 E 427

### 3.3.2 Contrôle des investissements

Afin de compenser la prise en considération des hôpitaux privés à but commercial, le projet de loi du canton de Vaud prévoit un contrôle strict de l'affectation des rémunérations perçues sur la base des forfaits par cas au sens de l'art. 49 LAMal, en particulier de la part réservée aux investissements. Le projet de loi prévoit en outre expressément l'introduction d'une clause de besoin et une autorisation obligatoire pour l'acquisition de nouveaux appareils (art. 4g al. 5 du projet).

Ces projets se situent dans la lignée des Recommandations 10 et 11 de la CDS. Comme nous l'avons déjà été signalé à propos de ces dernières, les hôpitaux sont certes tenus d'affecter aux investissements les parts des rémunérations versées à cet effet et de justifier de l'utilisation de ces recettes. La LAMal ne permet néanmoins pas l'introduction d'une approbation préalable obligatoire des décisions d'investissements par une instance cantonale.

Le Département de la santé du canton de Vaud suppose manifestement que les hôpitaux peuvent réaliser des gains excessifs sur la base des traitements stationnaires dans le cadre de l'AOS. C'est la raison pour laquelle il souhaite que l'activité des hôpitaux à but lucratif ne soient pas admis à l'AOS ou alors du moins s'assurer par le biais de contrôles stricts que ceux-ci affecteront les gains provenant du cofinancement cantonal à des buts de l'AOS, conformément aux instructions du canton. Les tarifs de l'AOS sont cependant conçus de sorte à garantir une couverture des soins de qualité élevée et appropriée tout en étant aussi avantageuse que possible (art. 43 al. 6 LAMal). Les rémunérations de l'AOS ne devraient donc pas engendrer de gains excessifs. En ce qui concerne les gains éventuels réalisés sur des prestations supplémentaires que l'hôpital fournit dans le cadre d'un contrat conclu avec le patient ou la patiente, la LAMal ne constitue pas une base légale permettant une intervention cantonale. Conformément à la pratique antérieure, il arrive cependant aussi que les hôpitaux émettent une facture supplémentaire pour les prestations de l'AOS pour les patients dits privés ou semi-privés. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, ces factures supplémentaires établies sous le régime LAMal en sa version antérieure à l'entrée en vigueur du nouveau financement hospitalier sont compatibles avec le principe de la protection tarifaire<sup>73</sup>. Si cette jurisprudence venait à être confirmée pour la LAMal en sa version du 21.12.2007, les démarches des cantons en vue de contrôler l'utilisation des gains engendrés par les factures supplémentaires relatives à des prestations de l'AOS seraient compréhensibles d'un point de vue de politique sociale. Une telle réglementation violerait toutefois le principe sous-jacent à l'actuelle LAMal, soit la répartition des tâches entre les hôpitaux et les cantons.

### 3.4 Prescriptions relatives à l'affectation des bénéfices

Les cantons entreprennent des démarches visant à prescrire aux hôpitaux la manière dont ceux-ci doivent utiliser leurs bénéfices, qui peut être schématisée comme suit : si un hôpital réalise des bénéfices dans tous les domaines, la moitié de ceux-ci sont prélevés et placés dans un fonds. Si un hôpital présente un excédent nettement inférieur à celui d'autres établissements comparables, le canton fixe le montant à verser. Le fonds est alimenté jusqu'à concurrence d'un montant déterminé, puis les contributions sont réduites tant que le fonds ne diminue pas en-dessous d'un minimum défini. Les parts du bénéfice conservées par les hôpitaux doivent être créditées sur les réserves jusqu'à ce que le capital propre ait atteint 20 % de l'ensemble du chiffre d'affaires. Le fonds sert à préfinancer les investissements des hôpitaux admis, ainsi qu'à financer les hôpitaux nécessaires à la couverture des besoins en soins qui ne parviennent pas à couvrir entièrement leurs coûts et ne pourraient être financés d'une autre manière. Les hôpitaux dont le mandat de prestations

---

<sup>73</sup> TF 9C-725/2008 (9.11.2009) et 9C-383/2009 (9.3.10). De mon point de vue, de telles factures supplémentaires relatives à des prestations de l'AOS violent déjà le principe de la protection tarifaire selon la LAMal dans sa version de 1994, cf. MOSER, Der Tarifschutz bei einer stationären Behandlung von Privatpatienten.

étatique représente moins de 30 % de leur chiffre d'affaires total dans le domaine des traitements hospitaliers ne doivent verser que 50 % de leurs bénéfices afférents à ce champ de prestations et ne sont pas tenus d'affecter les 50 % restants aux réserves (ce qui privilégie les hôpitaux privés !).

De telles démarches législatives sont contraires au droit fédéral. Le mandat confié aux cantons dans la LAMal, en vertu duquel ils doivent admettre les hôpitaux à pratiquer à charge de l'assurance maladie obligatoire sur la base des planifications hospitalières, ne constitue pas une base légale permettant de verser une partie des bénéfices des hôpitaux dans un fonds commun affecté. Lorsque nous avons abordé la question d'une autorisation obligatoire pour l'engagement d'investissements (chiffre 3.2.9), nous avons signalé que les cantons n'étaient pas en droit d'intervenir dans les décisions des hôpitaux relevant de la stratégie d'entreprise en se fondant sur les mandats de prestations au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal. Il en va de même du prélèvement des bénéfices et de la redistribution de ceux-ci entre les hôpitaux. Ce type de réglementations annulerait ainsi partiellement l'un des buts visés à travers le nouveau financement hospitalier, soit l'abandon des subventions aux hôpitaux affectées à un objet particulier. Le but explicite de la révision de la loi est précisément de renforcer la concurrence entre hôpitaux en instaurant un financement lié aux prestations<sup>74</sup>. Un prélèvement partiel des bénéfices et une répartition de ceux-ci entre les hôpitaux changerait donc radicalement le financement hospitalier, ce qui requerrait une base légale expresse dans la LAMal elle-même. Les cantons ne sont pas compétents pour édicter de telles réglementations.

L'un des buts de la constitution d'un fonds, à savoir de garantir concrètement la rémunération des investissements inhérente au nouveau financement hospitalier, peut, comme évoqué ci-dessus (chiffre 3.2.10) déjà être atteint par des prescriptions correspondantes relatives à la tenue des comptes des hôpitaux. Un prélèvement des bénéfices au profit des hôpitaux indispensables à la couverture des besoins en soins dans une région déterminée mais ne pouvant couvrir leurs frais fixes par des forfaits par cas en raison d'un nombre insuffisant de cas serait toutefois un non-sens. Cela signifierait en effet que les autres hôpitaux du canton concerné seraient tenus de financer un problème de politique régionale. Le canton en question affaiblirait donc en fin de compte ses propres hôpitaux dans la concurrence avec les hôpitaux d'autres cantons (cf. art. 41 al. 1bis LAMal !).

---

<sup>74</sup> Message sur le financement hospitalier, FF 2004 I 5225

## Bibliographie

Message du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie, FF 1992 I 77 ss.

Message du 15 septembre 2004 concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (financement hospitalier), FF 204, 5208 ss.

Office fédéral de la santé publique, Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), Modifications du 1er janvier 2009, Teneur des modifications et commentaire (Commentaire OFSP sur l'OAMal)

DUCOR PHILIPPE/WISARD NICOLAS, Avis de droit sur le projet de la loi sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public (LPFES) et de la loi sur la santé publique (LSP) visant à mettre en œuvre les révisions LAMal sur le financement hospitalier et le financement des soins de longue durée, 2010 (non publié)

EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], XIV-Meyer, Soziale Sicherheit, 2<sup>e</sup> édition 2007, p. 339 ss.

CDS, Recommandations de la CDS sur la planification hospitalière, 2007

CDS, Guide pour une planification hospitalière liée aux prestations, 2005

KIESER UELI, Spitalliste und Spitalfinanzierung, Auswirkungen der Änderung des Krankenversicherungsgesetzes vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung), AJP/PJA 1/2010, 61 ss.

KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2<sup>e</sup> édition 1998

MEYER BEAT, Auswirkungen der 3. KVG-Revision auf die Spitalplanung und Spitallisten, 2009 (non publié)

MARKUS MOSER Der Tarifschutz bei einer stationären Behandlung von Privatpatienten, in « Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle » (RSAS) 2007 fasc. 4 + 5.

## **Abréviations**

AOS	Assurance obligatoire des soins du 18 mars 1994, RS 832.10
BO	Bulletin officiel – Les procès-verbaux des sessions du Conseil national et du Conseil des États
CDS	Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, RS 101
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10
LTAF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, RS 173.32
OAMal	Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie, RS 832.102
OCP	Ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie, RS 832.104
OFS	Office fédéral de la statistique
OPAS	Ordonnance du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance des soins, RS 832.112.31
PA	LF sur la procédure administrative, RS 172.021
TF	Tribunal fédéral