



DIE SPITÄLER DER SCHWEIZ
LES HÔPITAUX DE SUISSE
GLI OSPEDALI SVIZZERI

Chancellerie fédérale

Palais fédéral Ouest
3003 Berne

Par e-mail: recht@bk.admin.ch

Lieu, date	Berne, le 10 juillet 2020	N° direct	031 335 11 66
Interlocuteur	Markus Trutmann	E-mail	markus.trutmann@hplus.ch

Loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19) **Prise de position de H+**

Monsieur le Chancelier,
Madame, Monsieur,

Sur mandat du Conseil fédéral, la Chancellerie fédérale a ouvert, avec son courrier du 19 juin 2020, la procédure de consultation relative à la loi COVID-19. Le délai de réponse impartie est le 10 juillet 2020. H+ les Hôpitaux de Suisse vous fait parvenir la prise de position dans les délais.

H+ Les Hôpitaux de Suisse est l'association nationale des hôpitaux, cliniques et institutions de soins publics et privés. Elle regroupe, en tant que membres actifs, 220 hôpitaux, cliniques et établissements médico-sociaux répartis sur 370 sites et plus de 160 associations, administrations, institutions, entreprises et particuliers avec statut de membres partenaires. A travers ses institutions membres, H+ représente quelque 200'000 personnes actives.

A. Partie générale.

H+ soutient l'objectif de la loi COVID-19 consistant à créer une base qui permettra au Conseil fédéral de poursuivre les mesures reposant sur l'art 7 LEp et arrêtées dans l'ordonnance 2 COVID-19. Il manque en effet au Conseil fédéral une compétence légale pour la poursuite de ces mesures lorsqu'il a mis un terme à la «situation extraordinaire» au sens de l'art. 7 LEp pour revenir à la «situation particulière» au sens de l'art. 6 LEp. L'ordonnance 2 COVID-19 étant entrée en vigueur le 13 mars 2020, le délai de six mois fixé à l'art. 7d LOGA échoit le 12 septembre 2020.

H+ estime fort probable que les mesures visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 seront nécessaires au-delà du 12 septembre 2020. Une base légale doit donc être créée préventivement. A cette occasion, des lacunes manifestes de la loi et des incertitudes juridiques doivent être levées.

B. Partie relative aux dispositions.

H+ prend position sur les dispositions suivantes du projet de loi.

1) Article 2 al. 4 let. a

L'art. 2 du projet de loi énumère les compétences du Conseil fédéral pour lutter contre l'épidémie de COVID-19. Selon l'art. 2. al. 4 let. a, le Conseil fédéral peut, pour garantir les capacités sanitaires nécessaires, obliger les cantons à

«interdire ou restreindre des activités économiques ou médicales».

H+ demande que la disposition soit complétée comme suit:

«Les restrictions ou les interdictions d'activités médicales ordonnées par le Conseil fédéral doivent être indemnisées de manière appropriée.»

Motivation:

a) L'interdiction d'activités médicales entraîne des dommages financiers.

A l'art. 10a al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19 (dans la version en vigueur jusqu'au 26 avril 2020), le Conseil fédéral a interdit aux établissements de santé de réaliser des examens, des traitements et des thérapies (interventions) non urgents. Dès le 27 avril 2020, il a habilité les cantons à prendre de telles dispositions (voir les art. 10a al. 2 et 3 de l'ordonnance 2 COVID-19, version en vigueur dès le 27 avril 2020). Durant la durée de validité de cette interdiction des traitements non urgents par le Conseil fédéral, allant du 16 mars au 27 avril 2020 (42 jours), les institutions de santé concernées ont enregistré un manque à gagner mais aussi une diminution de leurs charges.

L'analyse¹ d'un échantillon représentatif de 17 hôpitaux réalisée par l'association SpitalBenchmark et par PwC Suisse a montré que les pertes de revenus se montaient à 232.5 millions de francs, alors que les charges de ces établissements se sont réduites de 24.2 millions de francs. Extrapolée à l'ensemble des chiffres d'affaires pour la Suisse en 2017 (données de l'Office fédéral de la statistique), la différence entre le manque à gagner et les charges en diminution montre que le préjudice financier pour les hôpitaux et les cliniques s'est élevé, jusqu'au 15 mai 2020, entre 1.5 et 1.8 milliard de francs.

La reprise des traitements non urgents après la levée de l'interdiction devrait probablement permettre de retrouver le niveau de prestations de l'année précédente dès septembre 2020, mais peut-être plus tard seulement. Dans ce contexte, un dommage supplémentaire de 0.2 à 1.1 milliard de francs est prévisible pour la période allant du 16 mai au 31 décembre 2020. Au total, les hôpitaux et les cliniques devraient donc subir un préjudice financier de l'ordre de 1.7 à 2.9 milliards de francs en 2020.

b) La situation juridique présente des lacunes

La LEp prévoit que les personnes qui subissent un dommage dû à des mesures ordonnées par les autorités puissent être indemnisées pour autant que celui-ci ne soit pas couvert autrement (art. 63 ss. LEp). Cette disposition vise les dommages touchant les personnes physiques. Une application par analogie de cette disposition aux fournisseurs de prestations du secteur de la santé, aussi directement touchés par les mesures des autorités, n'a pas été

¹ Association SpitalBenchmark et PwC Suisse; Livre blanc: préjudice financier pour les hôpitaux et les cliniques en raison de l'épidémie de COVID-19 du 22 mai 2020

prévue explicitement. Cela ne manque pas de surprendre dans la perspective actuelle, mais le législateur ne l'a à l'évidence pas envisagée.

La loi sur l'approvisionnement du pays (LAP) régit les mesures visant à garantir l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux lors d'une pénurie grave. Sur la base de la LAP, des logements et des locaux commerciaux peuvent par exemple être réquisitionnés et des fermetures d'entreprises être ordonnées. Pour de tels cas de figure, l'art. 38 LAP prévoit que des indemnités peuvent être accordées afin d'atténuer le préjudice consécutif aux mesures édictées.

L'interdiction des traitements non urgents imposée par le Conseil fédéral dans l'ordonnance 2 COVID-19 avait pour but, selon les explications fournies, de préserver les capacités et les ressources potentiellement nécessaires à la prise en charge de patientes et de patients infectés par le COVID-19 (ressources en personnel, infrastructures, produits thérapeutiques, fournitures)². En d'autres termes, le Conseil fédéral voulait garantir l'approvisionnement de la population avec un service vital (art. 32 LAP), soit les soins médicaux aux patients atteints de COVID-19, dans une situation potentielle de pénurie grave (manque de capacités de traitement).

La situation des hôpitaux concernés se distingue donc fortement de celle des entreprises d'autres branches qui ont dû interrompre temporairement leur fonctionnement uniquement comme conséquence des mesures prises par le Conseil fédéral. Compte tenu de cette situation particulière des hôpitaux, le Conseil fédéral aurait dû, par analogie avec la LAP, régler la question de l'indemnisation lorsqu'il a ordonné l'interdiction des traitements non urgents. Il aurait sans problème pu s'appuyer sur la LAP, car les soins médicaux font indéniablement partie de l'approvisionnement en services vitaux. Mais il est vrai que la LAP ne mentionne pas explicitement l'approvisionnement du pays en soins médicaux et que le Conseil fédéral ne s'est pas référé à la LAP.

- c) Les interdictions et les restrictions des activités médicales portent atteinte à la liberté économique et à la garantie de la propriété

L'interdiction des traitements non urgents imposée par l'ordonnance 2 COVID-19 porte atteinte à la liberté économique et à la garantie de la propriété protégées par la Constitution, qui valent également pour les institutions de la santé concernées par les mesures. Il n'est en aucun cas question ici de contester le bienfondé de cette disposition prise à un moment où la situation de nécessité était évidente et en fonction des connaissances les plus avancées disponibles à ce moment-là.

Une situation, resp. un droit d'urgence, ne légitime pas n'importe quelle atteinte à la liberté économique et à la garantie de la propriété, sans indemnisation aucune (avis de P. Richli cité dans l'interpellation 20.3444 de Gregor Rutz); de telles atteintes devraient être indemnisées conformément aux principes généraux de l'expropriation (formelle et matérielle).

- d) L'insécurité juridique relative à la question de l'indemnisation doit être levée d'urgence.

Les interdictions et les restrictions imposées sur les traitements médicaux non urgents créent une grande insécurité juridique pour les hôpitaux et les cliniques. Elles entament profondément la liberté économique et la garantie de la propriété, ce qui entraîne de graves conséquences financières. Le Conseil fédéral n'a pas prévu jusque-là d'en alléger les effets pour les hôpitaux et cliniques, comme il l'a fait pour d'autres branches. Il en résulte qu'aucune des difficultés rencontrées par le secteur hospitalier et les autres institutions de la santé n'a été adoucie de quelque manière que ce soit.

Des discussions doivent être menées avec la Confédération, mais leur issue est incertaine et elles ne permettront pas de pallier l'absence de bases légales ou les lacunes dans ce domaine.

² Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 COVID-19, version du 16 mars 2020, état au 19 mars, page 12.

L'incertitude juridique concernant la question de l'indemnisation doit être levée, tout particulièrement dans la perspective d'une «seconde vague» de l'épidémie ou d'une épidémie due à un autre virus. De l'avis concordant de l'administration, du monde politique et des médias, les hôpitaux ont remarquablement contribué jusque-là à surmonter la pandémie de COVID-19 sur le plan médical. Le secteur suisse de la santé ne pourra pas réaliser un nouveau tour de force si les questions juridiques et financières ne sont pas réglées auparavant. C'est dans la loi COVID-19, proposée notamment pour faire face aux conséquences durables de la pandémie et à une possible deuxième vague, qu'il faut régler ces questions.

e) L'indemnisation doit être correcte

H+ exige une indemnisation correcte des pertes de revenus actuelles et futures en raison des interdictions et des restrictions portant sur les traitements non urgents. Si certains d'entre eux pourront être rattrapés, d'autres ne le seront pas, que ce soit parce que l'état du patient s'est péjoré et qu'une intervention ne peut plus être réalisée ou parce que le patient hésite à se rendre à l'hôpital pour des raisons psychologiques, quand bien même un traitement resterait indiqué et serait possible.

Il convient enfin de ne pas oublier que de nombreux hôpitaux fonctionnent en temps normal déjà à la limite de leurs capacités, de telle sorte qu'il leur est difficile de rattraper autant de traitements. Faute d'expérience, il n'est pas possible de prédire avec précision comment évoluera effectivement la fourniture des prestations. H+ demande que l'on prenne conscience que les patients ne sont pas du matériel que l'on peut stocker temporairement pour le traiter ultérieurement, mais des êtres humains ayant droit à des soins médicaux qui correspondent à leur situation actuelle.

Il en découle que l'adéquation de l'indemnisation ne peut pas être déterminée de manière normative, mais doit au contraire l'être de manière empirique, sur la base des dommages effectifs et démontrables. H+ déploie actuellement de gros efforts afin de quantifier aussi précisément que possible le préjudice financier. Ces travaux serviront de base fiable et transparente en vue d'une juste indemnisation, afin de garantir une sécurité sans faille de l'approvisionnement de la population en soins médicaux selon les standards en vigueur en Suisse. Le délai d'indemnisation doit être fixé en conséquence.

H+ exige la création d'une base légale en vue d'une indemnisation correcte de l'interdiction d'effectuer des activités médicales dans le cadre de la lutte contre les épidémies, en particulier contre celle de COVID-19. L'intégration d'une telle disposition dans la loi COVID-19 permettrait de remplir rapidement cette exigence.

2) Article 2 al. 4 let. b

Selon l'art. 2. al. 4 let. b, le Conseil fédéral peut, pour garantir les capacités sanitaires nécessaires, obliger les cantons à:

«prendre des mesures pour le traitement des maladies dues au COVID-19 et d'autres urgences médicales.»

H+ demande de compléter l'art. 2 al. 4 let. b comme suit:

«Les mesures qui incluent des prestations liées aux traitements doivent être prises en charge par l'AOS et tarifées conformément à la LAMal.

Lorsque des mesures, qui concernent la mise à disposition de prestations et l'extension des infrastructures des institutions de la santé, n'incombent pas aux assureurs, elles doivent être indemnisées par le canton.»

Motivation:

Des mesures particulières de protection et d'hygiène doivent être prises pour soigner les patients, qu'ils soient ou non atteints du COVID-19. Il en découle des coûts supplémentaires liés au traitement qui ne sont pas prévus dans les structures tarifaires en vigueur. Du point de vue réglementaire, il est incontesté que les prestations liées au traitement relèvent du domaine de validité de la LAMal. Pour autant qu'elles remplissent les critères EAE, elles doivent être tarifées conformément à la loi. Aucun délai n'a été fixé pour les accords à convenir entre les assureurs maladie et les fournisseurs de prestations. Une tarification rapide et couvrant les coûts est néanmoins primordiale afin d'atténuer l'énorme charge financière inhérente à la crise du COVID-19. Le Conseil national a parfaitement tenu compte de cette situation en adoptant le 18 juin 2020 la motion 20.3457 à une rare unanimité – 187 oui, 0 non, 0 abstention. Cette motion charge le Conseil fédéral d'inviter les partenaires tarifaires du domaine de la santé ainsi que les cantons à s'accorder rapidement afin de négocier de façon définitive la prise en charge des coûts relatifs au COVID-19. Le complément à la loi COVID-19 proposé par H+ permet de donner sans délai une base légale à cette réglementation qui est nécessaire et incontestée.

La mise à disposition de prestations et les mesures concernant les infrastructures des hôpitaux et des cliniques prescrites par les cantons, telles que les unités de dépistage, les postes de triage et l'extension des capacités en lits sont prises en charge comme en temps «normal» par les répondants des coûts, en d'autres termes par les assureurs et les cantons, dans des proportions à fixer. Un complément à la loi COVID-19 allant en ce sens est conforme à la LAMal et à la jurisprudence; il renforcerait néanmoins la sécurité du droit, ce qui serait souhaitable en cette période d'incertitude généralisée.

3) Article 13 al. 2

La loi COVID-19 doit rester en vigueur jusqu'au 31 décembre 2022. Dans le rapport explicatif, le Conseil fédéral motive cette durée par le fait que la pratique s'est établie de prévoir des délais de deux à six ans pour les lois fédérales urgentes. Il ajoute: «Au vu des scénarios épidémiologiques et compte tenu des mesures que l'on peut présumer devoir être prises, le Conseil fédéral estime qu'une durée de validité jusqu'au 31 décembre 2022 est à l'heure actuelle raisonnable.»³.

H+ rejette ce délai. Une durée de validité s'étendant jusqu'au 31 décembre 2021 est suffisante et garantit au Parlement la marge de manœuvre nécessaire.

Motivation:

- a) L'évolution de l'épidémie de COVID-19 n'est pas prévisible. Les scénarios esquissés jusque-là ont pour trait caractéristique de reposer sur des hypothèses erronées. Contrairement à des opinions répandues, il est tout à fait imaginable qu'une seconde vague nécessitant des soins importants ne se produise pas et que la situation particulière puisse être levée à la fin 2020. Dans le cas contraire, ou si une nouvelle épidémie survient, une durée de validité jusqu'au 31 décembre 2021 suffira pour adapter la législation.
- b) La loi Covid-19 ménage des compétences extraordinaires au Conseil fédéral, qui sont judicieuses pour surmonter des situations de nécessité, mais doivent être strictement limitées à cela. Même si la loi COVID-19 est centrée sur la maîtrise de la situation actuelle liée à cette maladie, les questions touchant aux institutions et à la démocratie ne devraient pas être mises de côté. Leurs conséquences éventuelles pour la vie politique en Suisse devraient être identifiées à temps et faire l'objet de réflexions approfondies.

³ Rapport explicatif, page 30.

- c) Le Parlement est en mesure d'agir et prêt à le faire de manière urgente⁴. Il pourra sans problème décider de prolonger la durée de validité au-delà du 31 décembre 2021 si la situation épidémiologique devait l'exiger.

Nous vous remercions de tenir compte de nos demandes et restons volontiers à votre disposition pour tous renseignements complémentaires.

Veuillez agréer, Monsieur le Chancelier, Madame, Monsieur, nos salutations les meilleures



Anne Bütikofer
Directrice

⁴ Rapport explicatif, page 5.