

La clause du besoin ne s'applique pas pour les HMO et d'autres institutions de soins ambulatoires

Some animals are more equal

Hanspeter Kuhn, avocat,
adjoint au secrétaire général

Le cas

Depuis des années, SOS Médecins à Genève est titulaire d'une autorisation cantonale et emploie, selon le Tribunal fédéral, «plusieurs douzaines de médecins». La décision du Tribunal fédéral portait sur des factures de 2004 à deux assurés Assura. La caisse avait refusé la prise en charge aux patients, au motif que les médecins employés par SOS Médecins n'étaient pas titulaires d'une autorisation LAMal.

Le jugement du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral de Lucerne (anciennement TFA) a décidé en date du 29 octobre 2007 [1] qu'Assura doit prendre à sa charge les factures parce que la clause du besoin ne s'applique pas pour les médecins travaillant pour SOS Médecins.

Les motifs du jugement contiennent deux arguments à mon avis contradictoires: *soit* le texte de la loi lui-même ne s'applique pas aux HMO et centres similaires (considérant 5.2.2) [2] – *soit* ces institutions seraient concernées par la loi mais le Conseil fédéral ne les a pas incluse dans l'ordonnance, raison pour laquelle la clause du besoin ne leur serait pas applicable (considérant 5.4) [3]. Cette imprécision des motifs ne modifie toutefois pas la clarté du résultat:

«En d'autres termes, la limitation prévue par l'art. 55a LAMal et l'Ordonnance n'a d'incidence que sur l'admission des médecins en tant que fournisseurs de prestations dans l'exercice d'une activité indépendante. Elle n'a en revanche pas d'effet sur l'activité déployée par un médecin à titre dépendant au service d'une institution de soins ambulatoires au sens de l'art. 35 al. 2 let. n LAMal.» [4] [mise en évidence FMH]

Commentaire

La clause du besoin s'avère être un gâchis

Voilà longtemps que les médecins en exercice ne croient plus que l'objectif de l'Etat, avec cette clause du besoin, consiste véritablement à gérer les coûts de la santé. En effet, dans de nombreux cantons, on a développé en même temps de façon massive les policliniques des hôpitaux.

Et le Tribunal fédéral déclare maintenant que cette clause du besoin n'est pas applicable aux

HMO et autres institutions, en vertu de l'art. 35 al. 2 let. n LAMal.

Au final, la clause du besoin ne réduit pas le nombre de médecins travaillant pour des patients mais uniquement l'activité des cabinets indépendants. La promesse de la Constitution fédérale, «La liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice» [5], sonne donc creux.

La décision du Tribunal fédéral a une grande portée

Pour la reconnaissance d'institutions selon l'art. 35, al. 2 let. n, LAMal, qui peuvent embaucher comme à Genève «plusieurs dizaines de médecins» sans être concernées par la clause du besoin, il n'existe qu'un seul critère légal: les médecins embauchés doivent disposer d'un diplôme reconnu et avoir suivi une formation postgraduée de trois ans au moins, c'est-à-dire être des «médecins praticiens» selon LPMéd. La loi n'exige rien de plus, comme l'a consigné le Tribunal fédéral dans son considérant 5.2.2 [6].

Le Tribunal fédéral a par ailleurs décidé, en application directe du droit fédéral, que SOS Médecins est une institution au sens de l'art. 35, al. 2 let. n LAMal (C. 5.2.2). En conséquence, pour le système des « tiroirs » de la LAMal, la définition des instituts dans le droit de la santé cantonal n'est pas déterminante [7].

De plus, l'argumentation du Tribunal fédéral contient en germe que la clause du besoin pourrait ne pas s'appliquer de manière générale à tout médecin salarié [8], de manière tout à fait générale (question qui ne faisait pas l'objet de la décision dans ce cas concret). Le fait que, s'agissant d'un médecin salarié, l'employeur soit une institution selon art. 35 al. 2 let. n LAMal, ou un cabinet médical «normal» n'aurait dans ce cas aucune incidence.

Les médecins constatent une fois de plus qu'ils ne peuvent se fier aux politiques

La conclusion du porte-parole de la commission au Conseil national, s'agissant de la possibilité

Correspondance:
FMH
Service juridique
Elfenstrasse 18
CH-3000 Berne 15
Tél. 031 359 11 11
Fax 031 359 11 12
lex@fmh.ch

de prolongation décidée en 2004, était la suivante:

«Il est clair que la prolongation qui commence serait la dernière, car trois années se seront déjà écoulées. Cela me semble très important pour les futurs fournisseurs de services. Il s'agit donc d'une prolongation unique qui, si vous l'acceptez, commencerait maintenant.» [traduction FMH]

Depuis quelques semaines, nous entendons que cette dernière prolongation pourrait bien n'avoir été que l'avant-dernière.

Au cours du même vote, le porte-parole de la commission avait également souligné:

«Je vais encore expliquer ce qui suit: bien que de nombreuses personnes dans cette salle aient parlé du blocage des autorisations de pratiquer pour les médecins, il s'agit clairement de justifier le besoin d'autorisation pour tous les prestataires et non seulement pour les médecins. Ceci uniquement pour que tout soit clair. C'est d'ailleurs une question qu'a posée Monsieur Stahl.» [9] [traduction FMH]

Comme nous le savons aujourd'hui, le Parlement avait fait son calcul sans prévoir l'intervention du Tribunal fédéral. Le blocage des autorisations ne s'applique justement pas à tous les prestataires de services ambulatoires.

George Orwell avait bien raison: «Some animals are more equal.» Orwell serait probablement aussi impressionné par le novlangue avec lequel un projet de loi qui vise à *supprimer* la liberté de contracter actuelle des patients envers les hôpitaux et les médecins porte le titre de «liberté de contracter» [10] sans que les politiciens, les médias ou la population protestent contre cette duperie.

Références

- Jugement du 29 octobre 2007, 9C/292-2007.
- C. 5.2.2: «Cette nouvelle catégorie de fournisseurs de prestations ne fait pas partie de celles pour lesquelles le législateur fédéral a donné au Conseil fédéral la compétence de régler l'admission (soit les fournisseurs mentionnés à l'art. 35 al. 2 let. c à g et m LAMal; art. 38 LAMal).»
- C. 5.4: «Conformément à la teneur de l'art. 55a LAMal, la limitation de l'admission à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire peut toucher les fournisseurs de prestations au sens des art. 36 à 38 LAMal, à savoir exclusivement les fournisseurs visés par ces dispositions: les médecins (art. 36), les institutions de soins ambulatoires dispensés par des médecins (art. 36a), les pharmaciens (art. 37) et les autres fournisseurs de prestations énumérés à l'art. 35 al. 2 let. c à g et m (art. 38).»
- «En d'autres termes, la limitation prévue par l'art. 55a LAMal et l'Ordonnance n'a d'incidence que sur l'admission des médecins en tant que fournisseurs de prestations dans l'exercice d'une activité indépendante. Elle n'a en revanche pas d'effet sur l'activité déployée par un médecin à titre dépendant au service d'une institution de soins ambulatoires au sens de l'art. 35 al. 2 let. n LAMal.»
- Art. 27 Cst, al. 1 et 2.
- C. 5.2.2: «Avec l'art. 36a LAMal – et le renvoi qu'il comporte à l'art. 36 LAMal –, la loi a fixé de manière impérative les critères d'admission à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins que doivent remplir les institutions de soins ambulatoires dispensés par des médecins, à savoir que ceux-ci doivent être titulaires du diplôme fédéral (ou d'un certificat scientifique reconnu comme équivalent [art. 39 OAMal]) et d'une formation postgraduée reconnue par le Conseil fédéral (cf. aussi Hanspeter Kuhn, Première révision partielle de la LAMal: aperçu des changements, BMS 82/2001 p. 261, qui relève l'absence d'autres critères traditionnels d'autorisation [infrastructure nécessaire, personnel non médical qualifié]).»
- Dans l'article du BMS mentionné par le Tribunal fédéral, on pouvait également lire: «Ces règles de soins ambulatoires aux malades par des médecins selon art. 35 al. 2 let. n et art. 36a LAMal, ne sont pas conçues uniquement pour les HMO mais également pour d'autres centres de soins ambulatoires non définis. En conséquence, l'art. 36a LAMal s'applique pour les médecins qui exercent dans le cadre d'une relation de travail contractuelle au sein d'une HMO ou dans un centre de soins ambulatoires. Ces centres n'ont pas été définis plus avant dans le message. Le Parlement a concentré ses débats sur la question du budget global. L'art. 34a est passé sans discussion lors de l'assemblée des deux conseils. La matière reste donc maigre.»
- C. 7 al. 2: «Quant à la limitation de l'autorisation de pratiquer délivrée aux médecins en cause par l'autorité cantonale, elle doit être comprise conformément à son texte clair, soit que son bénéficiaire ne peut pas pratiquer à titre indépendant à charge de l'assurance sociale. Une telle situation n'est pas réalisée dans le cas d'espèce où les médecins en cause sont intervenus en tant que salariés du fournisseur de prestations intimé.»
La Direction de la santé de FR avait décidé de même lorsqu'elle a octroyé à un médecin une autorisation d'assistance pour une activité salariée au sein d'un cabinet médical. Le Tribunal administratif de FR s'était prononcé contre l'embauche à durée indéterminée suite à un recours de la caisse et par jugement du 16.11.2006 (3A 04 218). Il a toutefois suivi la position de la Direction de la santé au moins dans la mesure où l'embauche à durée déterminée n'était pas concernée par la limitation de l'autorisation de pratiquer. Le médecin dispose désormais d'une nouvelle autorisation d'assistance formelle à durée déterminée de la Direction cantonale de la santé. (Depuis, le Tribunal fédéral a décidé, dans le cas genevois, que les caisses ne sont pas légitimées à élever des recours contre des décisions d'autorisation cantonales. Le Tribunal administratif de FR est donc intervenu à tort dans le cas en question – jugement du 30 mai 2007, K 112/06, voir Valérie Rothhardt, Le canton octroie les autorisations et non les assureurs maladie! BMS 43/2007 p. 1797s.).
- Selon le conseiller national de l'époque Felix Gutzwiller, porte-parole de la CSSS-N, juste avant le vote final au Conseil national – AB 2004 N 1509.
- «Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (liberté de contracter)» du 26 mai 2004, FF 2004 4293.