



## **La planification hospitalière cantonale**

**Institut de droit de la santé  
Université de Neuchâtel**

Ariane Ayer,  
sous la direction du Prof. Olivier Guillod  
et de Dominique Sprumont

Novembre 2000

43.8/RapportIDS.doc

## Table des matières

Introduction .....	2
1. Le système de la LAMal .....	3
1.1. Le cadre général .....	3
1.2. Les critères définis par la LAMal.....	4
1.3. La procédure.....	7
2. Les décisions du Conseil fédéral en matière de listes d'hôpitaux .....	9
2.1. Les différentes listes d'hôpitaux .....	10
2.1.1. Les listes des institutions situées sur le territoire cantonal.....	10
a) Les listes d'hôpitaux .....	10
b) Les listes d'EMS .....	11
2.1.2. Les listes des institutions situées hors canton .....	12
2.2. L'évaluation des besoins de la population .....	14
2.3. La détermination des mandats de prestations.....	16
2.4. La planification des divisions privées et demi-privées .....	17
3. L'impact de la LMI et des accords bilatéraux sur la planification cantonale .....	17
4. Le projet de modification de la LAMal en matière de financement des hôpitaux .....	19
4.1. La planification des institutions semi-hospitalières .....	19
4.2. L'abandon de la notion de "division commune" .....	20
4.3. Le financement des hôpitaux.....	21
4.4. Les mandats de prestations.....	23
4.5. Les liens avec les assurances complémentaires .....	25
4.6. Schémas théoriques du financement des hôpitaux .....	26
Synthèse .....	28
Conclusion.....	30

## Introduction

La présente étude fait suite à un mandat d'appui juridique confié à l'Institut de droit de la santé par la Conférence romande des affaires sanitaires et sociales. Le thème général est la problématique de la planification hospitalière.

La LAMal instaure l'obligation pour les cantons d'élaborer une planification hospitalière et de dresser une liste des établissements situés sur le territoire cantonal, admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins. La planification hospitalière est du ressort des cantons, dont les décisions sont sujettes à recours au Conseil fédéral. Ce dernier a été amené à rendre de nombreuses décisions en matière de planification et de liste d'hôpitaux. La présente étude présente les principaux critères que le Conseil fédéral a appliqués dans ses décisions pour évaluer les planifications cantonales.

La loi sur le marché intérieur et les accords bilatéraux conclus entre la Suisse et les Etats membres de la Communauté européenne ont aussi un effet sur la planification cantonale. Les effets en sont brièvement présentés.

Le projet de révision de la LAMal aura un impact décisif sur la planification hospitalière cantonale, car il modifie de manière importante le mode de financement des hôpitaux et la répartition de la prise en charge des frais au titre de l'assurance obligatoire des soins. La présentation des principales implications du projet sur la planification hospitalière cantonale clôt l'étude.

Nous examinerons dans un premier temps la planification instaurée par la LAMal actuellement en vigueur (1.), les décisions du Conseil fédéral en matière de planification hospitalière et de listes d'hôpitaux (2.), puis l'impact de la LMI et des accords bilatéraux sur la planification cantonale (3.), pour terminer par les effets du projet de modification de la LAMal sur la planification hospitalière cantonale (4.).

## **1. Le système de la LAMal**

### **1.1. Le cadre général**

La planification hospitalière s'inscrit dans le contexte de la mise en oeuvre de la LAMal<sup>1</sup>. La loi détermine à quelles conditions les prestations de soins en cas de maladie sont prises en charge par l'assurance de base. Les art. 25 ss LAMal précisent quelles sont ces prestations. Il ressort de l'art. 25 LAMal que sont prises en charge notamment les prestations fournies en ambulatoire au domicile du patient, en milieu hospitalier ou semi-hospitalier ou dans un établissement médico-social, par des médecins, des chiropraticiens ou des personnes fournissant des prestations sur prescription ou sur mandat médical.

L'art. 35 LAMal précise ensuite quels sont les fournisseurs de prestations admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire. Outre les personnes privées fournisseurs de prestations, entrent dans cette catégorie les hôpitaux (art. 35 al. 2 lit. h), les institutions de soins semi-hospitaliers (art. 35 al. 2 lit. i), les établissements médico-sociaux (art. 35 al. 2 lit. k). Les conditions que doivent remplir les hôpitaux et institutions afin d'être admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie de base sont expressément et exhaustivement prévues par l'art. 39 LAMal. Cette disposition se lit comme suit :

<sup>1</sup> Les établissements et celles de leurs divisions qui servent au traitement hospitalier de maladies aiguës ou à l'exécution, en milieu hospitalier, de mesures médicales de réadaptation (hôpitaux) sont admis s'ils :

- a. garantissent une assistance médicale suffisante;
- b. disposent du personnel qualifié nécessaire;
- c. disposent d'équipements médicaux adéquats et garantissent la fourniture adéquate des médicaments;
- d. 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;
- e. figurent sur la liste cantonale fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats.

---

<sup>1</sup> Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10).

<sup>2</sup> Les conditions fixées au 1er alinéa, lettres a à c, s'appliquent par analogie aux établissements, aux institutions et à leurs divisions qui prodiguent des soins semi-hospitaliers.

<sup>3</sup> Les conditions fixées au 1er alinéa s'appliquent par analogie aux établissements, aux institutions et à leurs divisions qui prodiguent des soins, une assistance médicale ainsi que des mesures de réadaptation à des patients pour une longue durée (établissements médico-sociaux)."

Cette disposition différencie ainsi deux catégories d'hôpitaux et d'institutions, en fonction de leurs divisions : tout d'abord les divisions qui servent au traitement de maladies aiguës ou à la réadaptation ainsi que les établissements médico-sociaux, auxquels s'appliquent les conditions définies au premier alinéa; ensuite les institutions et leurs divisions qui prodiguent des soins semi-hospitaliers qui, elles, ne sont pas soumises aux lit. d et e du premier alinéa, mais bien aux lit. a à c.

La condition de correspondre à la planification et de figurer dans la liste des hôpitaux du canton de siège de l'institution ou de l'hôpital s'applique uniquement à celles de leurs divisions qui prodiguent des soins aigus ou de réadaptation ainsi qu'aux établissements médico-sociaux. N'entrent pas dans la planification les divisions ambulatoires, ni les divisions semi-hospitalières de ces institutions. On entend par "semi-hospitalières" les divisions des hôpitaux et institutions qui prodiguent des soins de jour ou de nuit, mais non 24 heures sur 24; le Conseil fédéral cite par exemple dans son message la chirurgie ambulatoire<sup>2</sup>. On parle ensuite de soins stationnaires dès lors que le patient demeure plus d'un jour en traitement dans l'établissement hospitalier<sup>3</sup>.

## 1.2. Les critères définis par la LAMal

Afin d'être admis comme fournisseurs de prestations au sens de la LAMal, les hôpitaux et les institutions doivent remplir les cinq conditions de l'art. 39 al. 1, soit garantir une assistance médicale suffisante (lit. a), disposer du personnel qualifié nécessaire (lit. b), disposer des équipements médicaux adéquats et garantir la fourniture de médicaments (lit. c)<sup>4</sup>, correspondre à la planification cantonale (lit. d) et figurer sur la liste cantonale des hôpitaux (lit. e). Les deux dernières conditions sont spécifiques à la planification hospitalière.

La LAMal ne donne aucune autre indication quant à la nature, au contenu et aux conditions de la planification déléguée aux cantons. Ceux-ci doivent ainsi fixer eux-mêmes le contenu du plan hospitalier, les critères de sélection ainsi que les conditions d'admission des hôpitaux. Les seuls critères posés par la LAMal en matière de planification sont la couverture des besoins en soins hospitaliers et la prise en compte des cliniques privées lors de l'élaboration de la planification<sup>5</sup>. Les divisions des hôpitaux et institutions qui remplissent les conditions énoncées aux lit. a à c de l'art. 39 LAMal et correspondent à la planification sont ensuite

<sup>2</sup> Message du Conseil fédéral du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie ad art. 33, p. 73 (tiré à part en français); ég. ALFRED MAURER, *Das neue Krankenversicherungsrecht*, Bâle et Francfort sur-le-Main 1996, p. 70

<sup>3</sup> Cf. MAURER, op. cit., p. 70.

<sup>4</sup> Concernant les défauts de respect des conditions des lit. a à c pour les maisons de naissance, cf. la décision du CF relative au canton de Thurgovie (23.2.2000), cons. 5. En vertu de cette décision, les maisons de naissance ne sont pas des hôpitaux et ne doivent dès lors pas figurer sur les listes d'hôpitaux.

<sup>5</sup> Art. 39 al. 1 lit. d LAMal; ég. MAURER, op. cit., p. 69 s.

inscrites, avec indication de leur mandat, sur une liste cantonale des hôpitaux, en vertu de la lit. e de l'art. 39 LAMal. L'inscription dans la liste d'hôpitaux détermine finalement l'admission de l'hôpital, de l'institution ou de leurs divisions comme fournisseur de prestations au sens de l'art. 35 LAMal. Il s'agira dès lors d'examiner quels sont les critères et conditions qui amènent les cantons à inscrire les différents hôpitaux et institutions sur les listes d'hôpitaux. L'inscription ou son absence constituent dès lors une décision cantonale attaquable par recours administratif au Conseil fédéral en vertu de l'art. 53 LAMal.

La jurisprudence du Conseil fédéral, rendue sur recours à l'encontre des planifications cantonales et des listes d'hôpitaux y relatives permet de cerner un peu plus aisément les conditions que doivent respecter les cantons lors de l'élaboration de la planification hospitalière<sup>6</sup>.

Les cantons réglementent aussi spécifiquement la planification dans leur législation sanitaire; cela est par exemple le cas dans les cantons du Valais<sup>7</sup>, de Vaud<sup>8</sup>, de Fribourg<sup>9</sup>, de Neuchâtel<sup>10</sup> et de Berne<sup>11</sup>. Ces normes sont toutefois dans la majorité des cantons des normes-programmes, qui reprennent les critères énoncés par l'art. 39 LAMal, sans en définir plus précisément le contenu légal. Les décisions prises ensuite sur cette base par les autorités exécutives cantonales, que ce soit au niveau du gouvernement ou par délégation de tâches, au niveau du Département compétent, sont de nature plus politique que juridique. Elles se fondent en effet sur des projections statistiques portant sur l'accroissement démographique et sur les besoins en structures hospitalières du canton<sup>12</sup>.

La Conférence des directeurs cantonaux des affaires sanitaires (CDS) a publié en 1997 des recommandations en matière de planification hospitalière et de liste d'hôpitaux<sup>13</sup>. Elle y précise les critères à prendre en compte lors de l'établissement de ces listes et des modes de désignation des hôpitaux et institutions concernés par la planification. Ces recommandations établissent les grands principes applicables en matière de planification, ainsi que les modes de calcul et les critères à appliquer afin de déterminer les besoins et les capacités en soins stationnaires. La détermination des capacités et des besoins préconisée par ces recommandations est avant tout quantitative, en application de facteurs liés au nombre de lits<sup>14</sup>.

<sup>6</sup> Cf. ci-après ch. 2.

<sup>7</sup> Art. 95 s. de la loi sur la santé du 9 février 1996 (RS VS 510).

<sup>8</sup> Loi sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public (RS VD 5.1).

<sup>9</sup> Art. 20 ss de la loi sur la santé du 16 novembre 1996 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 2001).

<sup>10</sup> Art. 83 ss, 99 et 102 de la loi de santé du 6 février 1995 (RS NE 800.1).

<sup>11</sup> Art. 31 ss de la loi sur les hôpitaux et les écoles préparant aux professions hospitalières du 2 décembre 1973 (RS BE 812.11).

<sup>12</sup> Cf. par ex. pour le canton de Fribourg : Medioplan 89 adopté par le Conseil d'Etat, Fribourg 1989; rapport du Conseil d'Etat sur la planification hospitalière, 1997; rapport de la Commission de planification hospitalière de la Société de médecine du canton de Fribourg, *Courrier médical fribourgeois* 3/97, p. 5 ss. Pour le canton de Neuchâtel : Service de la santé publique, *Eléments de base pour la planification cantonale*, 1997. Pour le canton du Valais : *Concept hospitalier valaisan*, 1996. Pour le canton de Vaud : *Rapport NOPS, Nouvelles orientations de la politique sanitaire*, juin 1997; é.g. dossier dans le *Courrier du médecin vaudois*, 1/2000. Pour le canton de Genève : *Rapport du Conseil d'Etat sur la politique de santé et sur la planification sanitaire du 27 août 1997*.

<sup>13</sup> Recommandations de la CDS du 12 mars 1997, concernant la planification hospitalière, la liste des hôpitaux et la liste des établissements médico-sociaux selon l'art. 39 LAMal. Ce texte est disponible sur le site internet de la CDS à l'adresse suivante : <http://www.sdk-cds.ch>.

<sup>14</sup> Sur les méthodes utilisées par les cantons pour effectuer leur planification et évaluer les besoins, cf. ORTRUD BIRSACK, *Die Planungsmethoden der Kanton*, rapport présenté à la CDS, Bâle, janvier 2000; ROLAND

La CDS précise également dans ce document les principes qui régissent l'établissement par les cantons des listes des hôpitaux et des EMS. Les principales questions qui se posent alors sont liées à l'inscription ou non sur la liste d'un établissement domicilié dans un autre canton. La CDS recommande aux cantons de ne pas inscrire sur leur liste d'établissements domiciliés hors du canton ou de ne le faire, après concertation avec le canton de domicile de l'établissement, que pour des établissements qui figurent déjà sur les listes d'hôpitaux de leur canton<sup>15</sup>.

Il importe également de préciser, dans ce contexte, que l'inscription d'un établissement (domicilié dans le canton ou hors canton) sur la liste cantonale ne signifie pas que le canton doive le subventionner d'une manière ou d'une autre, mais bien que les prestations qu'il fournit pourront être remboursées au titre de l'assurance-maladie obligatoire. Dès lors, l'inscription dans la liste cantonale signifie bien que le canton participera à la prise en charge des frais de séjour hospitalier, que l'assureur social devra prendre en charge la part qui lui incombe et qu'en matière d'hospitalisation hors-canton, le canton prendra en charge la différence de tarif qui en résulte, pour autant que les conditions de l'art. 41 LAMal soient remplies<sup>16</sup>. Si l'inscription d'un établissement hors-canton dans la liste cantonale a pour effet d'assouplir l'exigence de nécessité médicale au sens de l'art. 41 al. 2, elle ne supprime en rien l'obligation du canton de prendre en charge la différence de tarif qui découlerait de l'hospitalisation hors-canton. Dès lors les cantons ont intérêt à ne pas mentionner d'établissement hors-canton sur leur liste, sauf pour les institutions très spécialisées ou parce qu'il existe une volonté politique de faire profiter les citoyens cantonaux d'un choix plus étendu sans qu'ils n'en subissent d'inconvénients quant au remboursement des prestations par les assureurs sociaux<sup>17</sup>.

Le Conseil fédéral a en outre précisé dans sa jurisprudence "[qu']un établissement figurant sur la liste de son canton de siège peut effectivement, dans la mesure de son admission sur cette liste et des mandats de prestations qu'elle lui attribue, pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins pour des assurés provenant de toute la Suisse. [...] La seule conséquence, pour l'assuré, du choix d'un fournisseur de prestation hors de son canton de résidence (et uniquement admis sur la liste de son canton de siège) est un amoindrissement de la protection tarifaire dont il jouit selon l'article 44, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal, en ce sens que, sauf dans les hypothèses envisagées aux articles 41, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas, c'est toujours le tarif applicable au lieu de résidence ou de travail de l'assuré et leurs environs qui s'applique."<sup>18</sup>

L'inscription sur la liste d'hôpitaux, fut-elle tacite, a pour effet l'admission de l'institution comme fournisseur de prestations au titre de l'assurance de base. Dès lors, il est nécessaire que l'institution en question dispose d'un tarif pour ce qui est des prestations de la division commune. En l'absence de convention tarifaire, le Conseil d'Etat doit en fixer un en vertu de l'art. 43 al. 1 LAMal<sup>19</sup>.

---

KRÜGER, Application de l'art. 39 LAMal : planification hospitalière, Discussion Paper de l'IDHEAP, Chavannes-près-Renens 1998.

<sup>15</sup> Recommandation no 16, in Recommandations de la CDS du 12 mars 1997, document précité.

<sup>16</sup> Il s'agit du point de vue du patient de l'existence d'une nécessité médicale au sens de l'art. 41 al. 2 et du point de vue de l'établissement concerné, du statut d'hôpital public ou subventionné au sens de l'art. 41 al. 3 LAMal.

<sup>17</sup> Recommandation no 16 précitée, Exceptions.

<sup>18</sup> Cf. décision relative au canton de Vaud (30.08.2000; Clinique Schloss Mammern), cons. 3.2.

<sup>19</sup> Cf. décision relative au canton de Neuchâtel (23.6.1999; clinique Lanixa), RAMA 1999, p. 345 ss.

### 1.3. La procédure

En matière de planification, la LAMal règle ensuite la procédure de recours à l'encontre des décisions de planification cantonales. L'art. 53 LAMal dispose en effet que les décisions des gouvernements cantonaux, fondées notamment sur l'art. 39 LAMal (planification) et les art. 46 à 49 (convention tarifaire), peuvent faire l'objet d'un recours au Conseil fédéral. La procédure applicable est alors celle prévue par la loi fédérale sur la procédure administrative (PA)<sup>20</sup>. L'art. 53 al. 3 précise en outre que le Conseil fédéral doit statuer sur ces recours dans un délai de quatre mois au plus; délai qui à son tour ne peut être dépassé que de quatre mois au plus.

La mention expresse de l'application de la PA, si elle ne faisait à l'époque de l'adoption de la LAMal qu'avaliser une pratique alors usuelle, revêt une importance particulière dans l'optique de la contestation des décisions de planification cantonales. Elle ouvre en effet la voie de recours au Conseil fédéral, non seulement aux fournisseurs de prestations touchés, mais aussi aux assurés à titre individuel<sup>21</sup>. L'art. 48 PA attribue en effet la qualité pour recourir à "a. *quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée*; b. *toute autre personne, organisation ou autorité que le droit fédéral autorise à recourir*." En matière de planification hospitalière, sont en effet touchés par la décision d'admettre ou de refuser l'inscription d'un établissement dans la planification ou sur la liste des hôpitaux, non seulement l'établissement destinataire de la décision, mais aussi les patients/assurés et les organisations qui les représentent.

Les professionnels de la santé actifs dans l'établissement touché devraient aussi avoir la qualité pour recourir pour autant qu'ils puissent faire valoir un intérêt propre, indépendant du droit de recours de l'établissement et que l'établissement lui-même n'ait pas agi (exception de recours parallèle). Le Conseil fédéral a rejeté la qualité pour recourir de médecins agréés dans des cliniques privées, au motif qu'ils ne pouvaient faire valoir d'intérêt juridique suffisant ou que, comme la clinique avait déjà recouru, leur recours constituait un recours parallèle<sup>22</sup>. La qualité pour agir a aussi été déniée à une fédération cantonale de sages-femmes, aux motifs que la fédération n'était pas une association à but idéal dont la majorité de ses membres avait la qualité pour agir, que la LAMal ne prévoit pas de droit de recours pour les organisations idéales et qu'en l'espèce un recours parallèle avait déjà été déposé par la maison de naissance touchée<sup>23</sup>.

Les établissements (admis, exclus ou admis pour certains mandats déterminés) sont touchés par la décision de planification ainsi que par la liste des hôpitaux et EMS établie par le canton. En tant que destinataires de la décision et en tant que fournisseur de prestations évincé, ils sont directement touchés par la décision et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

<sup>20</sup> Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021).

<sup>21</sup> Cf. é.g. Message du Conseil fédéral du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie, ad art. 45, p. 94 (tiré à part en français).

<sup>22</sup> Cf. décisions relatives à la liste commune Bâle-Ville et Bâle-Campagne du 23 juin 1999 (décisions 97-41-0162 et 97-41-0160).

<sup>23</sup> Cf. décision relative à la liste commune Bâle-Ville et Bâle-Campagne du 23 juin 1999 (décision 97-41-0166/AC).

Les assureurs sociaux sont également touchés par les décisions cantonales de planification, en tant qu'organisations chargées d'appliquer lesdites décisions cantonales. Ils sont aussi directement touchés par ces décisions et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elles soient annulées ou modifiées. L'intérêt digne de protection est particulièrement réalisé en cas d'inscription sur la liste d'établissements domiciliés à l'extérieur du canton. Le but de la planification étant de réduire les coûts, les assureurs, en tant que gestionnaires de l'assurance-maladie obligatoire, sont directement touchés par les décisions et ont un intérêt digne de protection à leur modification ou à leur annulation.

Les patients/assurés peuvent aussi être touchés de manière directe par la décision de planification, ils doivent l'être de manière actuelle et personnelle. L'intérêt digne de protection est en principe qualifié en relation avec la jurisprudence développée au sujet de l'art. 103 OJ<sup>24</sup>; au contraire de ce qui prévaut en recours de droit public, il n'est pas nécessaire que l'intérêt soit juridiquement protégé : un simple intérêt de fait, de nature économique ou idéale suffit à remplir cette condition<sup>25</sup>. Toutefois, il faut que le recourant soit en mesure de faire valoir qu'il est touché plus que quiconque par la décision attaquée. Le Conseil fédéral a jugé que cette condition était remplie pour un habitant handicapé du canton de Glaris qui recourait contre la suppression de la liste des hôpitaux du centre spécialisé de Nottwil, non pas en raison de sa qualité d'assuré pouvant avoir l'occasion d'être traité dans ce centre, mais bien plutôt parce qu'il a invoqué les spécificités du centre de Nottwil par rapport aux autres centres suisses du même type, en matière de traitement et de personnel spécialisé notamment<sup>26</sup>. Le Conseil fédéral a admis que le recourant pouvait être touché plus que quiconque par la suppression de ce centre spécialisé de la liste cantonale, dans la mesure où dès lors il n'aurait plus accès aux soins spécifiques qui y sont prodigués<sup>27</sup>. Le Conseil fédéral a en effet précisé que toutes les personnes assurées sur le territoire d'un canton sont potentiellement touchées par l'élaboration de la liste d'hôpitaux et d'EMS, et que le fait de nécessiter des soins spéciaux ne fondait pas la qualité pour recourir si la liste prévoit un autre endroit où des soins équivalents peuvent être donnés.

Quant aux organisations de patients, leur droit de recours n'étant pas prévu dans une base légale spécifique, leur qualité pour agir est admise, en tant que personnes morales, si leurs statuts prévoient qu'elles défendent leurs membres, que l'intérêt invoqué soit commun à une partie importante de leurs membres et que ceux-ci aient la qualité pour agir à titre individuel<sup>28</sup>. Il est ainsi imaginable qu'une association de défense des patients d'une région donnée ou une association de soutien à un hôpital puisse respecter ces conditions. Il est plus difficile de fonder ce même droit pour une association d'envergure nationale organisée pour la défense des intérêts d'un certain type de patients; la dimension d'intérêt commun à une partie importante des membres pourrait alors faire défaut, de même que la qualité pour agir de la majorité de ses membres.

---

<sup>24</sup> Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ; RS 173.110).

<sup>25</sup> Sur ces notions en relation avec la qualité pour agir en procédure administrative, cf. ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 1998, p. 193 s.

<sup>26</sup> Cf. décision du Conseil fédéral du 26 mars 1997 à l'encontre du canton de Glaris.

<sup>27</sup> Décision Glaris (26.3.1997), p. 1.3.5.

<sup>28</sup> KÖLZ / HÄNER, *op. cit.*, p. 202; é.g. au sujet du recours associatif général, ALEXANDRE FLÜCKIGER / CHARLES-ALBERT MORAND / THIERRY TANQUEREL, *Evaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement*, Cahier de l'environnement no 314, Berne 2000, p. 67 s.

Dans ces décisions sur recours, le Conseil fédéral a admis la qualité pour recourir à l'encontre des listes d'hôpitaux des cliniques et hôpitaux évincés des listes cantonales<sup>29</sup>, des assureurs sociaux ou de leur fédération cantonale<sup>30</sup>, ainsi que de patients à titre individuel<sup>31</sup>. Il a par contre dénié la qualité pour agir à des médecins agréés d'une clinique privée et à une fédération de sages-femmes<sup>32</sup>.

Quant à l'application des principes généraux de la bonne foi, de la confiance ou de l'arbitraire concernant des droits acquis par les hôpitaux avant l'entrée en vigueur de la LAMal, le Conseil fédéral a précisé que l'entrée en vigueur de la LAMal avait justement modifié la situation juridique des hôpitaux et que dès lors aucun droit acquis ne pouvait être invoqué<sup>33</sup>. Il a aussi précisé à cet égard les liens entre la planification LAMal et les autorisations cantonales d'exploitation<sup>34</sup>.

## 2. Les décisions du Conseil fédéral en matière de listes d'hôpitaux

Les décisions sur recours rendues par le Conseil fédéral en matière de listes cantonales d'hôpitaux et d'EMS sont légion<sup>35</sup> : une décision du Conseil d'Etat d'un canton donné peut en effet être attaquée par chaque assureur et chaque clinique non inscrite dans la liste. Ces jugements présentent souvent un intérêt plus factuel que juridique. La teneur de la décision est en effet souvent tributaire de l'état de la planification cantonale au moment de la décision.

Comme les effets d'une inscription ou d'une non-inscription d'une institution sur la liste sont les mêmes, quel que soit le canton concerné, les questions juridiques se limitent à définir les critères que les cantons doivent respecter lors de l'élaboration des listes d'hôpitaux et des listes d'EMS.

De nombreuses questions sont soulevées par le Conseil fédéral dans ses décisions. Nous pouvons schématiser ainsi les différentes questions : la détermination du type de liste pour les établissements intra- et extra-cantonaux (2.1.), l'évaluation des besoins de la population (2.2.), la détermination des mandats de prestations (2.3.) et la planification des divisions privées et demi-privées (2.4.).

---

<sup>29</sup> Cf. les décisions relatives aux cantons de Glaris (23.8.2000), Thurgovie (5.7.2000), Berne (20.3.2000), Nidwald (3.11.1999), Zurich (3.11.1999), Saint-Gall (18.8.1999), Neuchâtel (23.6.1999), Vaud (3.2.1999), Zurich (17.2.1999), Zurich (13.1.1999), Zoug (25.6.1997), Genève (26.3.1997), Glaris (26.3.1997), Soleure (12.2.1997), Argovie (2.12.1996), Schaffhouse (23.10.1996).

<sup>30</sup> Cf. les décisions relatives aux cantons de Thurgovie (5.7.2000), Bâle-Campagne (28.6.2000), Schwyz (13.6.2000), Thurgovie (23.2.2000), Bâle-Campagne (23.6.1999), Saint-Gall (23.6.1999), Vaud (3.2.1999), Argovie (17.2.1999 et 21.10.1999), Tessin (14.5.1997), Saint-Gall (7.5.1997), Genève (26.3.1997), Schwyz (25.11.1996), Grisons (23.10.1996).

<sup>31</sup> Cf. la décision relative au canton de Glaris (26.3.1997).

<sup>32</sup> Cf. décisions relatives à la liste commune Bâle-Ville et Bâle-Campagne du 23 juin 1999 (décisions 97-41-0162; 97-41-0160; 97-41-0166/AC).

<sup>33</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Zurich (17.3.1999; Adliswil) cons. 8.

<sup>34</sup> Cf. décision relative à la liste EMS du canton de Vaud (3.2.1999; EMS), cons. 5.

<sup>35</sup> Cf. en annexe la liste des décisions rendues par le Conseil fédéral présentées ci-après. Pour un aperçu des premières décisions en la matière, KLAUS MÜLLER, La jurisprudence actuelle du Conseil fédéral en matière de liste des hôpitaux, Sécurité sociale 1999, p. 317 ss.

## 2.1. Les différentes listes d'hôpitaux

### 2.1.1. Les listes des institutions situées sur le territoire cantonal

En vertu de l'art. 39 LAMal, les cantons doivent effectuer la planification des institutions et de leurs divisions en matière de soins aigus et de réadaptation (al. 1) ainsi que des établissements médico-sociaux (EMS). Nous examinerons dans un premier temps les critères servant à l'élaboration des listes d'hôpitaux (a) et dans un deuxième temps ceux qui prévalent pour les listes d'EMS (b).

#### a) *Les listes d'hôpitaux*

La planification intra-cantonale a pour principal but de limiter les surcapacités cantonales en tenant compte des besoins de la population et des offres de prestations existantes. La liste d'hôpitaux remplit aussi un but de transparence et de publicité; elle doit pour cela prévoir des catégories d'institutions, en fonction de leurs mandats de prestations<sup>36</sup>. Pour réaliser ces objectifs, les cantons peuvent adopter deux types de listes :

1. La liste séparée, qui délimite clairement les institutions qui disposent d'une division commune de celles qui offrent des prestations en division privée ou demi-privée. La planification cantonale contient ainsi une liste divisée en deux, dont la première partie désigne les divisions communes des hôpitaux publics et privés, tout en leur attribuant un nombre de lits; la deuxième partie de la liste énumère ensuite les divisions privées et demi-privées qui peuvent pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins. Cette dernière partie désigne simplement quelles sont les divisions qui remplissent les conditions de la LAMal<sup>37</sup>. Cette liste contient ainsi une liste A pour les divisions communes des hôpitaux publics et privés et une liste B pour les divisions privées et demi-privées<sup>38</sup>.
2. La liste intégrée ou intégrale, qui prend en compte l'ensemble des divisions des établissements situés sur le territoire cantonal; elle intègre donc dans le processus de planification les établissements privés et l'ensemble de leurs divisions<sup>39</sup>. Toutes les institutions mentionnées sur la liste sont autorisées à pratiquer à charge de l'assurance de base. Dès lors, la liste intégrale fixe le nombre de lits pour chaque établissement, sans distinguer entre les lits des divisions commune, privée et demi-privée<sup>40</sup>.

Selon une décision contestée du Conseil fédéral, la liste cantonale ne peut et ne doit prévoir que le nombre de lits par institution prodiguant des soins en division commune; l'attribution

<sup>36</sup> Cf. décision relative à la liste des hôpitaux des deux cantons de Bâle (23.6.1999; assureurs), cons. 4.5.

<sup>37</sup> Cf. décision relative à la liste du canton d'Argovie (17.2.1999), cons. 4.2.4; Appenzell Rhodes-Extérieures (21.10.1998), cons. 3.2.3.2.

<sup>38</sup> Cf. décision relative à la liste du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures (21.10.1998), cons. 3.2.3.2; ég. Zurich (17.2.1999), JAAC 64 N° 13.

<sup>39</sup> Cf. décision relative à la liste des hôpitaux des deux cantons de Bâle (23.6.1999; assureurs), cons. 4.6; ég. Argovie (17.2.1999), cons. 4.2.5; Appenzell Rhodes-Extérieures (21.10.1998), cons. 3.2.3.2.

<sup>40</sup> Cf. décision relative à la liste du canton d'Argovie (17.2.1999), cons. 4.2.5.

du nombre de lits à des institutions qui ont des divisions privées et demi-privées ne doit y figurer que si ces institutions fournissent aussi des soins à charge de l'assurance de base<sup>41</sup>. L'inscription sur la liste des hôpitaux des cliniques privées ne pratiquant pas à charge de l'assurance de base, a uniquement pour effet d'attester qu'elles remplissent les conditions de l'art. 39 al. 1 lit. a à c LAMal<sup>42</sup>.

Les critères quantitatifs de détermination du nombre de lits doivent être fixés en fonction du canton, de sa population et des besoins de celle-ci. Le Conseil fédéral a estimé qu'un critère de 3,5 lits pour 1000 habitants était adéquat dans un canton<sup>43</sup>, mais qu'il était trop élevé dans un autre<sup>44</sup>; dans un autre canton encore, la valeur de 3,8 lits pour 1000 habitants lui a paru admissible, en raison de la répartition des classes d'âge dans la population résidente<sup>45</sup>.

En matière d'assurance de base, il n'est pas nécessaire de prévoir une attribution stricte des lits en fonction des spécialités; une telle désignation serait trop rigide et exigerait de revoir en permanence la liste d'hôpitaux<sup>46</sup>. Toutefois, le Conseil fédéral a jugé que les cantons devaient dans leur planification attribuer un certain nombre de lits à chaque établissement figurant sur la liste<sup>47</sup>; la répartition par spécialité est alors plutôt liée aux mandats de prestations attribués aux établissements concernés et se fait en interne dans les institutions.

Le Conseil fédéral a admis dans les différents recours afférents à la liste des hôpitaux du canton de Zurich, que la méthode utilisée par le canton pour réduire les surcapacités, qui consiste à effectuer une concentration des unités hospitalières et, partant, à supprimer de petits hôpitaux, est conforme à l'esprit de la loi fédérale. En effet, les deux méthodes, celle de la concentration des unités et celle de la détermination du nombre de lits, sont adéquates pour atteindre les objectifs de la LAMal en matière de suppression des surcapacités hospitalières, le canton disposant à cet égard d'une importante marge d'appréciation dans le choix de la méthode<sup>48</sup>. Les cantons disposent dans l'élaboration de leurs listes d'un large pouvoir d'appréciation qui leur permet d'effectuer les choix nécessaires<sup>49</sup>.

## **b) Les listes d'EMS**

En vertu de l'art. 39 al. 3 LAMal, les cantons doivent aussi effectuer une planification pour les établissements médicaux-sociaux et établir une liste de ces institutions<sup>50</sup>. Le Conseil fédéral a admis que si la planification des hôpitaux exige l'analyse des besoins et la fixation du nombre de lits, la planification des EMS est plus souple et ne nécessite pas une estimation aussi précise. "En effet, même si l'analyse des besoins passe par la fixation d'un nombre de lits

<sup>41</sup> Cf. décision relative à la liste des hôpitaux des deux cantons de Bâle (23.6.1999; assureurs), cons. 4.6. Eg. sur la question de la planification des divisions privées et demi-privées, cf. ci après ch. 2.4.

<sup>42</sup> Cf. décision relative à la liste des hôpitaux des deux cantons de Bâle (23.6.1999; assureurs), cons. 4.6 et les commentaires y relatifs de la CDS (22.07.1999) et des cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne (7.09.1999).

<sup>43</sup> Cf. notamment la décision relative au canton de Schaffhouse (30.8.2000), cons. 5.1.

<sup>44</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de St-Gall (23.6.1999; assureurs), eu égard notamment à la valeur de 3,3 du canton d'Argovie, cons. 4.5.1.2.

<sup>45</sup> Cf. décision relative à la liste des hôpitaux des deux cantons de Bâle (23.6.1999; assureurs), cons. 5.1.

<sup>46</sup> Cf. décision relative à la liste des hôpitaux des deux cantons de Bâle (23.6.1999; assureurs), cons. 4.5.3.

<sup>47</sup> Cf. en matière de soins aigus, la décision relative à la liste du canton de Thurgovie (5.7.2000), cons. 4.2.4.2.

<sup>48</sup> Cf. décisions relatives à la liste des hôpitaux du canton de Zurich (17.3.1999) Dielsdorf, cons. 3.2; Adliswil, cons. 3.4 et Bauma, cons. 4.4, RAMA 1999, p. 232.

<sup>49</sup> Cf. en matière de liste d'EMS, la décision relative au canton d'Argovie (2.12.1996), cons. 3.2.

<sup>50</sup> Pour une appréciation critique de la planification des EMS, cf. JEAN-LOUIS DUC, Etablissements médico-sociaux et planification hospitalière (article 39 LAMal), PJA 1997, p. 955 ss.

stationnaires, son influence sur les coûts à la charge des assurés et des assureurs n'est qu'indirecte puisque seules sont prises en compte les prestations de soins prévues par la loi, savoir les prestations prescrites par un médecin et effectivement fournies."<sup>51</sup> (art. 7 OPAS). Dès lors, la détermination du nombre de lits maximum par établissement est avant tout un "moyen de contrôle et de garantie au niveau de la couverture des besoins."<sup>52</sup> Les cantons doivent cependant préciser, à titre indicatif, dans leur liste EMS le nombre de lits stationnaires admis par établissement.

Lors de l'établissement de la liste, les cantons sont toutefois tenus d'évaluer les besoins de la population et d'attribuer des mandats de prestations à chacun des établissements visés, notamment en fonction des méthodes de soins appliquées dans le canton<sup>53</sup>. Le Conseil fédéral a renoncé à exiger des cantons qu'ils effectuent une planification par niveau de soins exigés, compte tenu de la difficulté qu'il y a à établir les besoins futurs en lits, besoins qui peuvent changer très rapidement<sup>54</sup>. En matière de détermination des mandats de prestations, les exigences sont également plus souples, dans la mesure où les soins médico-sociaux se divisent en un nombre restreint de spécialités. Mais même la distinction entre les soins gériatriques et les soins psycho-gériatriques est difficile à établir et peut évoluer rapidement en fonction de l'état de santé des patients<sup>55</sup>.

### 2.1.2. Les listes des institutions situées hors canton

Le Conseil fédéral différencie deux types de listes cantonales d'hôpitaux situés hors du canton :

1. La liste est qualifiée d'ouverte, lorsque le canton renonce à évaluer et à inscrire sur sa liste des institutions situées hors du canton. Cette liste, sous forme de clause générale, laisse ouverte la possibilité de choisir parmi les institutions qui figurent sur la liste d'hôpitaux du canton où elles sont établies. Ce type de liste est particulièrement admis pour les petits cantons; ceux-ci sont toutefois encouragés à conclure des conventions avec les institutions et leur canton de siège, afin de garantir la couverture des soins de la population<sup>56</sup>.
2. La liste est qualifiée de fermée, lorsqu'un canton détermine les besoins de sa population en prestations extra-cantonales, qu'il évalue les hôpitaux nécessaires à la couverture de ces besoins et qu'il les inscrit sur sa liste<sup>57</sup>. La prise en charge complète des frais d'une hospitalisation hors-canton est alors limitée aux institutions extra-cantonales inscrites sur

<sup>51</sup> Cf. décision relative à la liste EMS du canton de Vaud (3.2.1999; assureurs), cons. 4.3.2.

<sup>52</sup> Cf. décision relative à la liste EMS du canton de Vaud (3.2.1999; assureurs), cons. 4.3.2.

<sup>53</sup> Cf. décision relative à la liste EMS du canton de Vaud (3.2.1999; assureurs), cons. 4.3.2; Grisons (23.10.1996), cons. 4.2.

<sup>54</sup> Cf. décision relative à la liste EMS du canton de Vaud (3.2.1999; assureurs), cons. 4.3.4.1.

<sup>55</sup> Cf. décision relative à la liste EMS du canton de Vaud (3.2.1999; assureurs), cons. 4.3.4.2.

<sup>56</sup> Cf. décision relative au canton de Glaris (23.8.2000; clinique Kilchberg), ch. 3. Eg. Appenzell Rhodes-extérieures, RAMA 1998, p. 521 ss, p. 546 s.; Appenzell Rhodes-Intérieures, RAMA 1999, p. 365 ss, p. 368; Schwyz (13.6.2000), cons. 6.4.2; Obwald (13.12.1999); Nidwald (3.11.1999). *A contrario*, pour les plus grands cantons, cf. décision relative au canton de Berne (20.3.2000; Nottwil), cons. 7.2; ég. St-Gall (23.6.1999), cons. 7.4-7.5.

<sup>57</sup> Cf. décision relative au canton de Glaris (23.8.2000; clinique Kilchberg), ch. 3.

la liste du canton de résidence de l'assuré<sup>58</sup>. Les cantons doivent alors procéder à l'évaluation des hôpitaux intra- et extra-cantonaux qu'ils envisagent d'inscrire sur la liste, de façon à garantir la couverture des besoins de la population<sup>59</sup>. Les cantons de taille moyenne ou de grande taille sont tenus d'effectuer cette évaluation; elle n'est toutefois pas nécessaire si la prise en charge extra-cantonale est marginale<sup>60</sup>.

La distinction entre liste ouverte et liste fermée est parfois difficile à cerner. Ainsi, dans une décision relative à la liste glaronnaise, le Conseil fédéral a finalement jugé que la liste de ce canton qui, à première vue, paraissait ouverte, entrait plutôt dans la catégorie des listes fermées. L'interprétation permet en effet de déterminer avec précision quels sont les hôpitaux et institutions extra-cantonaux admis sur la liste et aptes à couvrir les besoins en soins de la population<sup>61</sup>. Si le canton élabore une liste fermée, il a l'obligation de procéder à l'évaluation des hôpitaux qu'il inscrit sur ladite liste. Dans deux cas glaronnais, le Conseil fédéral a jugé que l'évaluation faisait défaut, que les recours des institutions devaient être admis et que la liste devait être revue<sup>62</sup>.

Le Conseil fédéral a développé dans ses décisions le principe de la "clause du siège" ("*Standortklausel*"), selon lequel un établissement qui figure sur la liste du canton où il a son siège et qui s'est vu attribuer un mandat de prestations, peut fournir des soins à charge de l'assurance obligatoire à des patients provenant d'autres cantons, avec toutefois des différences tarifaires<sup>63</sup>. Ce principe a été itérativement confirmé par le Conseil fédéral depuis sa première formulation en 1998<sup>64</sup>. Il se base notamment sur le principe du libre choix du fournisseur de soins par le patient, fondé à l'art. 41 LAMal.

Toutefois, seule l'inscription de l'établissement extra-cantonale sur la liste du canton de résidence de l'assuré garantit à ce dernier une prise en charge complète des frais occasionnés par un séjour hospitalier extra-cantonale, en raison de la garantie tarifaire octroyée par le biais de l'inscription sur la liste (art. 44 LAMal en lien avec l'art. 41 LAMal)<sup>65</sup>. La mention de la clause du siège dans la planification cantonale constitue un simple renvoi au système instauré par la LAMal, mais ne signifie pas que les établissements mentionnés de manière générale sont inscrits sur la liste, ni que les frais des prestations qu'ils fournissent seront pris en charge dans leur intégralité, au titre de la garantie tarifaire; le tarif applicable sera le tarif extra-cantonale de l'établissement<sup>66</sup>. La différence de tarif sera prise en charge par le canton en vertu de l'art. 41 al. 3 LAMal, s'il y a une nécessité médicale et pour autant que le séjour ait eu lieu dans un hôpital public ou subventionné, ou par l'assuré en cas d'absence d'indication

<sup>58</sup> Cf. décision relative au canton de Glaris (23.8.2000; centre de Nottwil), ch. 3.4; ég. Appenzell Rhodes-extérieures, RAMA 1998, p. 521 ss, p. 547; Appenzell Rhodes-Intérieures, RAMA 1999, p. 365 ss, p. 367; St-Gall (23.6.1999), cons. 7.2.

<sup>59</sup> Sur la question de l'évaluation, cf. notamment décision relative au canton de Vaud (30.8.2000; Clinique Schloss Mammern; Nottwil).

<sup>60</sup> Cf. décision relative au canton de Berne (20.3.2000; Nottwil), cons. 7.2.2; ég. Bâle-Ville et Bâle-Campagne (23.6.1999; assureurs), cons. 4.3.

<sup>61</sup> Cf. décision relative au canton de Glaris (23.8.2000; clinique Kilchberg), cons. 3.2. Eg. Glaris (23.8.2000; centre Nottwil), cons. 3.4; cf. ég. dans ce sens, décision relative au canton de Schwyz (13.6.2000), cons. 6.4.

<sup>62</sup> Cf. décisions relatives au canton de Glaris (23.8.2000; clinique Kilchberg et 23.8.2000; centre Nottwil).

<sup>63</sup> Cf. décision relative au canton de Berne (20.3.2000; Le Noirmont), cons. 3.1.

<sup>64</sup> Le principe apparaît pour la première fois dans la décision relative au canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures (21.10.2000), RAMA 1998, p. 521 ss; cf. ég. Schwyz (13.6.2000), cons. 6.4.2; Bâle-Ville et Bâle-Campagne (08.03.1999; Aeskulap-Klinik), cons. 3.3; Zurich (13.1.1999; Littenheid et Meisenberg), cons. 4.

<sup>65</sup> Cf. ATF 125 V 448, cons. 3 a.

<sup>66</sup> Cf. décision relative au canton de Schwyz (13.6.2000), cons. 6.4.4; ég. Berne (20.3.2000; Nottwil), cons. 6.2.

médicale<sup>67</sup>. Cette clause du siège vaut également pour les cliniques privées, admises dans leur canton de siège à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins<sup>68</sup>, sans toutefois que le canton n'ait à compenser de différence tarifaire (art. 41 al. 3 LAMal).

Le Conseil fédéral a aussi jugé que, lors de l'évaluation des besoins, le canton ne devait pas partir du principe que tous les soins spécifiques devaient nécessairement être fournis par des établissements spécialisés hors-canton, s'ils pouvaient être dispensés à l'intérieur du canton par des établissements moins spécialisés. Il s'agissait en l'espèce de deux établissements qui fournissaient des soins psychiatriques spécifiques, destinés l'un à des enfants et à des adolescents, et l'autre à des femmes et à des religieuses<sup>69</sup>.

## 2.2. L'évaluation des besoins de la population

Les cantons effectuent la planification cantonale dans quatre domaines : les soins aigus, les soins psychiatriques, la réadaptation et les soins de longue durée ou en EMS<sup>70</sup>. L'évaluation des besoins se fait en général au moyen d'éléments statistiques. Le canton doit en effet déterminer en fonction de la population résidant sur son territoire et des projections pour l'avenir, combien de lits sont nécessaires dans les différents domaines. L'analyse des besoins doit permettre de déceler les surcapacités intra-cantoniales, tout en prenant en compte les flux intercantonaux de patients<sup>71</sup>.

Le Conseil fédéral a à plusieurs reprises jugé que les évaluations cantonales étaient lacunaires, voire inexistantes et a simplement renvoyé la cause au Conseil d'Etat concerné, pour réévaluation, sans pour autant se prononcer sur l'admission ou non des institutions concernées sur la liste<sup>72</sup>. Il a par contre dans plusieurs décisions pris des mesures provisionnelles ou conservatoires qui consistaient à admettre une clinique sur une liste hospitalière extra-cantonale ou des EMS sur la liste cantonale, jusqu'à ce que le gouvernement cantonal procède aux planifications et aux évaluations nécessaires<sup>73</sup>.

Le Conseil fédéral a aussi précisé qu'il n'est pas nécessaire d'effectuer une évaluation des besoins par discipline ou spécialité dans le domaine des soins aigus notamment; une planification aussi précise au niveau des besoins n'est pas exigée par la LAMal et n'aurait d'ailleurs que peu de sens<sup>74</sup>. L'attribution des lits et des mandats de prestations permet ensuite

<sup>67</sup> ATF 123 V 310, cons. 4 et ATF 125 V 448, cons. 3 a).

<sup>68</sup> Cf. décision relative au canton de Nidwald (03.11.1999), cons. 5.2.

<sup>69</sup> Cf. décisions relatives à la liste des établissements psychiatriques du canton de Zurich (13.1.1999) respectivement Littenheid, cons. 10 et Meisenberg, cons. 10.

<sup>70</sup> Sur la question de la liste en matière de réadaptation, de soins psychiatriques, notamment en matière de toxicomanie et de soins de longue durée, cf. décision relative à la liste du canton de Schaffhouse (30.8.2000; assureurs), cons. 8-10.

<sup>71</sup> Pour un exemple de calcul admis par le Conseil fédéral, cf. décision relative au canton de Schwyz (13.6.2000), cons. 5.1-5.3; en matière de détermination des flux intercantonaux de patients, cf. décision relative à la liste du canton de Thurgovie (5.7.2000), cons. 3.2.1 ("exportation") et 3.2.2. ("importation").

<sup>72</sup> Cf. à cet égard les décisions relatives aux cantons de St-Gall (18.08.1999 et 23.6.1999); Genève (26.03.1997; EMS et assureurs); Glaris (26.03.1997; cliniques et patients).

<sup>73</sup> Décisions relatives aux listes des cantons de Soleure (12.2.1997), cons. 5.2; Schaffhouse (23.10.1996), cons. 7.2; respectivement Schwyz (25.11.1996), cons. 9.

<sup>74</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Thurgovie (5.7.2000), cons. 3.1.1.3.

de prendre en compte les spécialités et les différentes disciplines en fonction des établissements concernés<sup>75</sup>.

L'évaluation des besoins en prestations doit aussi être effectuée lors de la construction d'un nouvel établissement. La liste des hôpitaux peut subir des modifications, pour autant qu'il n'en résulte pas de surcapacités. Dès lors, un nouvel établissement peut être introduit sur la liste des hôpitaux dans la mesure où le nombre des lits qu'il va exploiter sera supprimé dans d'autres établissements. Le fait pour l'établissement d'être au bénéfice d'une autorisation cantonale d'exploitation, ne lui garantit toutefois pas l'inscription sur la liste hospitalière<sup>76</sup>.

Le Conseil fédéral a énoncé les critères qui devraient présider à l'évaluation des besoins et la prise en compte dans cette évaluation des cliniques privées, et, partant, de leur inscription dans les liste A des hôpitaux (méthode de la liste séparée), en tant que fournisseurs de soins pour les soins aigus en division commune<sup>77</sup>. Ces critères s'appliquent lors de l'élaboration de la liste A, lors de l'admission ultérieure d'institutions privées sur la liste ou lors de l'attribution par le canton des mandats de prestations. Le Conseil fédéral a ainsi précisé que les critères suivants doivent être pris en compte lors de l'évaluation des hôpitaux privés et de leur prise en compte adéquate dans la planification<sup>78</sup> :

1. Les cliniques privées doivent contribuer à la prise en charge de la population et continueront à le faire à l'avenir; il doit s'agir d'une contribution importante. A défaut de planification intercantonale, la population à prendre en compte est celle qui réside sur le territoire cantonal. Le Conseil fédéral ne précise toutefois pas la notion de "contribution importante" à la prise en charge de la population; il précise uniquement qu'il importe de définir le nombre de jours d'hospitalisation effectivement fournis par l'établissement pour un type de prestation donné, mais ne précise pas à partir de combien de jours ou de quel pourcentage, il s'agit d'une contribution importante.
2. Le canton doit estimer s'il se justifie de supprimer des capacités dans le secteur public ou subventionné au profit du secteur privé. La pratique à charge de l'assurance obligatoire des soins est liée à l'évaluation des besoins et non aux règles de la concurrence<sup>79</sup>; l'inscription de l'institution dans la liste A doit donc correspondre à un besoin actuel ou futur.
3. Les conséquences économiques de la non-admission de l'institution sur la liste; ces conséquences sont considérées en principe comme admissibles au vu des buts de la LAMal, notamment la suppression des surcapacités et ne justifient pas non plus une admission de l'établissement sur la liste A. L'application du principe de proportionnalité peut dès lors justifier l'inscription de l'institution sur la liste B du canton<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> Dans ce sens, décision relative à la liste du canton de Thurgovie (5.7.2000), cons. 4.2.2.

<sup>76</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Zoug (25.6.1997), cons. 5.4. et 5.3

<sup>77</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Thurgovie (5.7.2000), cons. 7.1.4; ég. Zurich (3.11.1999), cons. 3.2.1.

<sup>78</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Thurgovie (5.7.2000), cons. 7.2.

<sup>79</sup> Sur la question de l'absence de liberté économique pour les institutions privées pratiquant à charge de l'assurance obligatoire des soins, cf. décision relative à la liste du canton de Thurgovie (5.7.2000), cons. 7.1; Zurich (3.11.1999), cons. 5.2; tous deux en référence à l'ATF 122 V 85, cons. 5 b) aaa), p. 96. Cf. ég. sur cette question, PAUL RICHLI, Die Spitalliste - Ein Planungsinstrument mit staats- und verwaltungsrechtlichen Gegurtsgebrechen ? in : ALEXANDER RUCH, GÉRARD HERTIG, URS CH. NEF (éd.), Das Recht in Raum und Zeit, Festschrift für Martin Lendi, Zurich 1998, p. 407 ss, p. 412 ss.

<sup>80</sup> Sur cette question, cf. décision relative à la liste du canton de Thurgovie (5.7.2000), cons. 7.1.5.

Les besoins en soins de la population doivent également être précisés en matière de réadaptation<sup>81</sup>. La planification du domaine de la réadaptation répond aux mêmes exigences que la planification en matière de soins aigus, même s'il n'est pas possible de définir précisément les mandats de prestations en la matière, que les prestations sont moins onéreuses qu'en matière de soins aigus, qu'il n'y a pas d'établissement intra-cantonal de réadaptation et qu'une planification nationale de ces établissements fait défaut<sup>82</sup>. L'admission d'une institution extra-cantonale de réadaptation nécessite tout de même que les besoins de la population soient pris en compte et que l'établissement en question soit évalué<sup>83</sup>. Le Conseil fédéral précise en outre que le canton doit évaluer les établissements hors-canton qui demandent à ce qu'un mandat de prestations leur soit attribué et qui contribuent dans une mesure importante à la prise en charge de la population cantonale concernée<sup>84</sup>.

### 2.3. La détermination des mandats de prestations

Lors de l'élaboration de leur liste d'hôpitaux pour soins aigus, les cantons doivent aussi déterminer les mandats de prestations attribués aux différents établissements. La désignation de ces mandats doit être claire et détaillée. Les mandats doivent ainsi être déterminés en fonction d'une classification par cas, avec par exemple une indication positive ou négative, une délimitation ou encore une mesure quantitative<sup>85</sup>. La liste cantonale doit ainsi différencier les prestations de base ("*Grundversorgung*") des prestations spéciales ("*Spezialversorgung*")<sup>86</sup>.

La simple désignation dans la législation cantonale de l'ensemble des prestations prodiguées par l'hôpital cantonal public ou par les hôpitaux publics régionaux n'est pas suffisante pour constituer un mandat de prestations<sup>87</sup>. La détermination claire et précise des mandats de prestations attribués à chacun des établissements inscrits sur la liste cantonale répond aux exigences de transparence et de publicité, liées à la nature de la liste<sup>88</sup>. Les mandats de prestations doivent être déterminés pour les cliniques privées dans la mesure où elles offrent des prestations à charge de l'assurance de base et qu'elles se voient de ce fait attribuer des lits; le simple renvoi au contenu de l'autorisation cantonale d'exploitation n'est pas suffisant<sup>89</sup>.

Les mandats de prestations doivent aussi être déterminés dans la liste cantonale, en principe de manière positive, pour les établissements extra-cantonaux<sup>90</sup>.

<sup>81</sup> En la matière, cf. notamment les décisions relatives aux cantons de Vaud (30.8.2000; Nottwil), cons. 5, Schwyz (13.6.2000), cons. 9, Berne (20.3.2000; Le Noirmont).

<sup>82</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Schwyz (13.6.2000), cons. 9.

<sup>83</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Schwyz (13.6.2000), cons. 9.3.

<sup>84</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Berne (20.3.2000; Le Noirmont), cons. 3.3.

<sup>85</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Schaffhouse (30.8.2000; assureurs), cons. 7.1; Schwyz (13.6.2000), cons. 7.1.

<sup>86</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Schwyz (13.6.2000), cons. 7.1-7.4; Argovie (17.2.1999), cons. 6.3.

<sup>87</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Schaffhouse (30.8.2000; assureurs), cons. 7.3 et Schwyz (13.6.2000), cons. 7.4.

<sup>88</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Schwyz (13.6.2000), cons. 7.5; Argovie (17.2.1999), cons. 5.4.2.

<sup>89</sup> Cf. décision relative à la liste du canton d'Argovie (17.2.1999), cons. 5.4.3.

<sup>90</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Schwyz (13.6.2000), cons. 7.4.

En ce qui concerne les établissements de soins palliatifs et de gériatrie, le Conseil fédéral a jugé que ces établissements pouvaient également figurer sur la liste des hôpitaux pour soins aigus des cantons, dans la mesure où ils traitent des maladies particulières, nécessitant des soins hospitaliers et qu'ils remplissent les conditions de l'art. 39 al. 1 lit. a à c LAMal<sup>91</sup>.

## 2.4. La planification des divisions privées et demi-privées

Saisi de recours de cliniques privées, le Conseil fédéral s'est penché dans quelques décisions sur la question de l'effet de la liste B intra-cantonale (méthode des listes séparées pour les différentes divisions) sur les institutions qui fournissent des soins dans les divisions privées et demi-privées. A noter que l'inscription dans la liste B ne concerne que les établissements qui ont leur siège dans le canton et non les institutions extra-cantonaux<sup>92</sup>.

Le Conseil fédéral a d'abord précisé que l'inscription sur la liste hospitalière cantonale des institutions concernées avait comme effet d'indiquer qu'elles remplissaient les conditions de l'art. 39 al. 1 lit. a à c LAMal<sup>93</sup>. Il a ensuite précisé l'obligation pour les cantons d'effectuer leur planification et d'évaluer les besoins de la population en tenant compte des cliniques privées, dans la mesure où le patient assuré en complémentaire a aussi droit à des prestations de l'assurance de base lorsqu'il est hospitalisé en division privée ou demi-privée. Dès lors, l'admission d'une division privée ou demi-privée d'une institution sur la liste B a pour effet l'obligation pour l'assurance obligatoire des soins de prendre en charge une contribution fixe ("*Sockelbeitrag*") des frais d'hospitalisation dans cette division<sup>94</sup>.

Il se justifie alors que les cantons planifient également ces institutions et leur attribuent des mandats de prestations, notamment en matière de prise en charge des prestations de base<sup>95</sup>. En ce qui concerne l'attribution du nombre de lits, le Conseil fédéral estime que le principe de la concurrence qui régit ce domaine ne permet pas aux cantons d'attribuer de manière contraignante un certain nombre de lits pour les divisions privées et demi-privée<sup>96</sup>. Il doit toutefois le faire pour les éventuelles divisions communes de ces institutions.

## 3. L'impact de la LMI et des accords bilatéraux sur la planification cantonale

La LMI vise le libre accès au marché, fondé sur la liberté économique garantie par la Constitution (art. 1 al. 1 et 3)<sup>97</sup>. Elle s'applique dans le marché de la santé avec toutefois la possibilité pour les cantons d'édicter des restrictions de l'accès au marché fondées sur des motifs de santé publique (art. 3 LMI). La LMI octroie notamment le droit pour un offre

<sup>91</sup> Cf. décision relative à la liste des hôpitaux des deux cantons de Bâle (23.6.1999; assureurs), cons. 5.2.

<sup>92</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Thurgovie (5.7.2000), cons. 4.4.

<sup>93</sup> A *contrario* la situation d'une clinique non conventionnée avant l'entrée en vigueur de la liste cantonale, décision relative à la liste du canton du Tessin (14.5.1997).

<sup>94</sup> Cf. décisions relatives aux listes des cantons de Thurgovie (5.7.2000), cons. 4.3.3; Zurich (17.2.1999; Bauma), cons. 2.1, RAMA 1999, p. 218 s.; Bâle-Ville et Bâle-Campagne (23.6.1999; Josefsklinik), cons. 4.2.

<sup>95</sup> Cf. décision relative à la liste du canton d'Argovie (17.2.1999), cons. 5.4.3.

<sup>96</sup> Cf. décisions relatives aux listes des cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne (23.6.1999; Josefsklinik), cons. 4.2.

<sup>97</sup> Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995, RS 943.02.

économique de fournir des services sur l'ensemble du territoire fédéral, dès lors que son activité est licite dans le canton où il a son siège, en vertu de l'art. 2 LMI<sup>98</sup>. Ce droit peut sans conteste être attribué aux institutions hospitalières qui sont au bénéfice d'une autorisation d'exploitation cantonale et qui bénéficient de la liberté économique (liberté de commerce et d'industrie)<sup>99</sup>. Nous avons vu plus haut qu'en matière de planification hospitalière, le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral n'admettent pas la garantie de cette liberté pour les fournisseurs de prestations à charge de l'assurance obligatoire des soins (division commune pour les hôpitaux)<sup>100</sup>; en matière hospitalière, le Conseil fédéral justifie sa position par le fait que l'inscription sur la liste cantonale est fonction non pas de la concurrence, mais des besoins de la population<sup>101</sup>. De même, les hôpitaux publics ne peuvent pas se prévaloir de la liberté économique<sup>102</sup>. Dès lors, seules les institutions privées peuvent se prévaloir de l'application de la LMI uniquement pour les prestations qui ne sont pas remboursées par la LAMal.

La situation des institutions hospitalières est liée au territoire cantonal où elles ont leur siège; c'est le patient/assuré qui reçoit des soins dans un canton autre que celui dans lequel il réside, qui effectue le passage des "frontières" cantonales. Le principe de la "clause du siège" qui garantit à l'assuré le libre choix du fournisseur de prestations, pour autant que ce dernier soit inscrit sur la liste des hôpitaux de son canton de siège, respecte dans ce sens les principes de la LMI en permettant à l'institution d'offrir des prestations à des assurés provenant de toute la Suisse. Certes, l'absence de garantie tarifaire et de prise en charge des coûts par le canton et/ou l'assureur engendre un surcoût pour le patient/assuré qui choisit un établissement hors-canton; il s'agit alors d'un rapport contractuel privé entre le patient et l'institution, dans lequel l'Etat n'interfère pas et qui n'est pas protégé par la LMI.

L'entrée en vigueur des accords bilatéraux entre la Suisse et les Etats membres de la Communauté européenne aura des effets comparables à ceux de la LMI en ce qui concerne la libre circulation des personnes<sup>103</sup>. Le système des doubles autorisations d'exploitation et d'inscription dans la liste hospitalière demeurera inchangé. Par contre la libre circulation des services impliquera la libre circulation des destinataires de services<sup>104</sup>, donc des patients. Le domaine des assurances sociales devra être coordonné, tout en conservant les systèmes nationaux en vigueur<sup>105</sup>. Cela signifie très schématiquement que les prestations fournies en Suisse à des ressortissants des Etats membres ou des personnes assurées en Suisse seront

<sup>98</sup> KILIAN WUNDER, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, thèse Bâle et Genève 1998, p. 186.

<sup>99</sup> Application conjointe des art. 1 al. 3, 2 et 3 LMI

<sup>100</sup> Ci-dessus, ch. 2.2, n. 79.

<sup>101</sup> Cf. par ex. décision relative à la liste du canton de Thurgovie (5.7.2000), cons. cons. 7.1; Zurich (3.11.1999), cons. 5.2.

<sup>102</sup> PAUL RICHLI, op. cit., p. 412 et les réf. citées.

<sup>103</sup> Accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, signé le 21 juin 1999 à Luxembourg.

<sup>104</sup> Art. 23 annexe I de l'Accord sur la libre circulation des personnes.

<sup>105</sup> Art. 8 et annexe II de l'Accord sur la libre circulation des personnes. Cf. ég. les modifications de la LAMal du 6 octobre 2000, FF 2000 4736, dont le délai référendaire court jusqu'au 25 janvier 2001; message du Conseil fédéral du 31 mai 2000, FF 2000 3751. Pour une présentation du système de l'Union européenne, cf. BETTINA KAHIL-WOLFF, Die Koordinierung des Sozialrechts in der Europäischen Union : Ein Rückblick auf Ursprung und Entwicklung, in : ROLAND RUEDIN (éd.), Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata, Bâle et Genève 1999, p. 207 ss. Pour l'impact des accords bilatéraux sur les assurances sociales suisses, cf. JOSEF DOLESCHAL, Réglementation en matière de sécurité sociale dans l'accord avec l'Union européenne sur la libre circulation des personnes, Sécurité sociale 3/1999, p. 120 ss.

remboursées en application du droit suisse, donc selon les principes de la LAMal<sup>106</sup>. En matière de prestations, comme en matière d'accès aux assurances facultatives, le principe général qui prévaut est celui de l'égalité de traitement de tous les ressortissants des Etats contractants, sans distinction de nationalité<sup>107</sup>.

Ce système de coordination ne changera pas le système mis en place par la LAMal, sauf l'apport de quelques formulaires administratifs, mais il modifiera certainement la conception très "cantonalisée" de la planification. En effet, les patients ressortissants des Etats parties aux accords qui se feront soigner en Suisse, pourront choisir librement dans quelle institution ils désirent être hospitalisés, car s'ils n'ont pas de résidence en Suisse, ils n'auront pas à respecter les principes de la planification cantonale ou la condition de la nécessité médicale. La planification, qui érige de nouvelles barrières cantonales, risque dès lors de favoriser une "discrimination à rebours" des résidents suisses dans la prise en charge des prestations de l'assurance obligatoire. La jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances en matière d'hospitalisation hors-canton s'oriente toutefois vers une couverture des prestations hospitalières qui soit moins tributaire des frontières cantonales<sup>108</sup>.

#### **4. Le projet de modification de la LAMal en matière de financement des hôpitaux**

Le Conseil fédéral a présenté en date du 18 septembre un projet de révision partielle de la LAMal ainsi que le message y relatif. Le projet vise notamment à modifier le système actuel de financement des hôpitaux par la suppression de la notion de "division commune" (art. 25 al. 2 lit. e), par des aménagements de la planification hospitalière (art. 39), des adaptations des modalités de remboursement des frais d'hospitalisation hors-canton (art. 41) et par l'adaptation des conventions tarifaires (art. 49 et 50); il instaure en outre une limite d'âge pour les fournisseurs de prestations individuels dans le secteur ambulatoire (art. 35 al. 1).

En matière de planification hospitalière, les principaux aménagements concernent l'obligation de planifier les institutions semi-hospitalières (4.1), l'abandon de la notion de division commune (4.2), la modification du système de financement des hôpitaux (4.3), la détermination des mandats de prestations (4.4) et les liens avec les assurances complémentaires (4.5).

##### **4.1. La planification des institutions semi-hospitalières**

Le projet de modification de la LAMal prévoit que pour être admises à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire, les institutions semi-hospitalières doivent être intégrées dans la planification cantonale et inscrites sur les listes cantonales. A ces conditions, elles bénéficieront aussi de la prise en charge par le canton d'une part des frais des prestations qu'elles fournissent (art. 39 al. 1 et 3 révisés, en lien avec l'art. 49 al. 1 et 3 révisés), dans la

<sup>106</sup> DOLESCHAL, op. cit., p. 122 s.; ég. KATI FRÉCHELIN, Conséquences de l'accord sur la libre circulation des personnes en matière d'assurance-maladie, d'assurance-accidents et d'allocations familiales, Sécurité sociale 3/1999, p. 132 s.

<sup>107</sup> DOLESCHAL, op. cit., p. 122.

<sup>108</sup> ATF 125 V 448; 123 V 290; 123 V 310.

mesure où, en matière de prise en charge des coûts, la notion de prestation semi-hospitalière est assimilée à la notion de prestation hospitalière<sup>109</sup>.

Cette modification est importante non seulement pour la planification qui devra être revue du moins pour ces institutions (établissement ou divisions d'un hôpital public ou privé), mais aussi en terme de prise en charge des coûts. Les frais de traitement en ambulatoire ou en semi-hospitalier sont à l'heure actuelle entièrement pris en charge par les assureurs-maladie au titre de l'assurance de base. La modification proposée imposera aux cantons de participer pour moitié à leur prise en charge, comme s'il s'agissait d'une prestation hospitalière. Cette modification est dans la ligne de la révision qui opère un important transfert des charges vers les cantons. Elle correspond aussi à la volonté de planification de l'ensemble du secteur hospitalier; en effet, les prestations semi-hospitalières nécessitent en principe une infrastructure hospitalière (bloc opératoire, équipe de chirurgie, salle de réveil, etc.) et sont presque toujours liées aux établissements hospitaliers.

#### 4.2. L'abandon de la notion de "division commune"

En matière de planification hospitalière, les principales modifications proposées sont liées aux art. 25 et 39 LAMal. La modification de la lit. e de l'art. 25 paraît de prime abord anodine, mais c'est certainement celle qui a le plus d'effet en pratique. Le projet prévoit en effet de remplacer dans les prestations remboursées, "le séjour en division commune d'un hôpital" par "le séjour dans un hôpital". Concrètement, cette modification signifie que l'assurance de base doit prendre en charge l'ensemble des frais résultant d'un séjour en hôpital, dans les limites fixées par l'art. 32 LAMal en matière de prestations. Il s'agira donc bien de supprimer les notions de division commune, privée et demi-privée, pour ne plus considérer à charge de l'assurance de base que les prestations efficaces, économiques et adéquates. Appliqués au séjour hospitalier, les trois critères limitent clairement - aux dires du Conseil fédéral - la prise en charge aux coûts nécessaires, à l'exclusion de prestations supplémentaires qui doivent être prises en charge par une assurance complémentaire<sup>110</sup>.

La limite entre les prestations économiques, efficaces et adéquates (prestations LAMal) et les prestations supplémentaires semble difficile à cerner et source d'insécurité juridique<sup>111</sup>. Il appartiendra au Conseil fédéral de préciser de manière plus ciblée que le simple renvoi à un principe général de la loi, quelle sera l'ampleur des prestations à charge de l'assurance obligatoire<sup>112</sup>. Pour l'heure, le Conseil fédéral ne mentionne que le séjour en chambre individuelle ou à un lit, non indiqué médicalement et le choix du médecin à l'hôpital<sup>113</sup>.

Un critère lié au nombre de lits par chambre semble peu adéquat pour définir la notion de prestation supplémentaire, surtout dans la perspective de la révision qui vise le

<sup>109</sup> Cf. é.g. Message du Conseil fédéral du 18 septembre 2000, ad art. 49 al. 6.

<sup>110</sup> Message du Conseil fédéral du 18 septembre 2000, ad art. 25 al. 1 lit. e.

<sup>111</sup> En matière de prestations ambulatoires, cf. HANSPETER KUHN, Factures complémentaires en cas de prestations médicales complémentaires - et de trois, BMS 2000, p. 2311 ss et les nombreuses jurisprudences citées. A noter les difficultés procédurales qui résultent de la distinction entre les autorités compétentes en matière d'assurance-maladie sociale et celles en matière d'assurances complémentaires.

<sup>112</sup> Sur ce sujet, les questions également soulevées par JEAN-LOUIS DUC, Quelques réflexions sur le dernier projet de modification de la LAMal soumis à la procédure de consultation, PJA 1999, p. 1112 ss.

<sup>113</sup> Message du Conseil fédéral du 18 septembre 2000, ad art. 25 al. 1 lit. e et ch. 28.

remboursement des prestations<sup>114</sup>. Cet exemple apparaît d'autant plus inadéquat que le Conseil fédéral lui-même s'est attaché, dans ses décisions, à réfuter la qualification traditionnelle de la division commune, comme un espace comprenant plus de deux lits, en la remplaçant par la notion d'étendue de l'obligation de prise en charge d'une prestation<sup>115</sup>. Un hôpital pourrait très bien, ne serait-ce que pour des raisons d'infrastructure, offrir des prestations LAMal dans une chambre à un ou deux lits, comme le font déjà certains établissements dans le cadre de leur division commune. Il s'agira alors de déterminer au départ par convention tarifaire un forfait hospitalier équivalant à la prise en charge des prestations LAMal et un tarif différencié pour la prise en charge des prestations supplémentaires ou de confort. Dès lors, les institutions pourront très bien offrir des soins LAMal dans une chambre à un ou deux lits, mais devront y appliquer le tarif convenu pour les prestations de base.

Le second exemple donné par le Conseil fédéral, soit le libre choix du médecin d'hôpital - qui induirait une différence de tarif - semble aussi peu adéquat, dans la mesure où le Conseil fédéral précise dans son commentaire relatif à l'art. 49 al. 5 (épuisement des prétentions de l'hôpital pour les prestations) que "les factures supplémentaires qui sortent de ce cadre, comme des honoraires supplémentaires pour des prestations médicales prodiguées lors d'un séjour en division privée, sont donc exclu[e]s, pour autant qu'il s'agisse de prestations couvertes par la loi"<sup>116</sup>. La protection tarifaire serait donc aussi applicable aux prestations LAMal prodiguées dans les divisions privées. Dès lors, si le tarif du médecin est identique quelle que soit la division dans laquelle séjourne l'assuré, il est difficile d'imaginer quelle serait donc la prestation supplémentaire liée au libre choix du médecin d'hôpital<sup>117</sup>, d'autant plus que certains médecins - de choix - fournissent déjà actuellement des prestations dans les divisions communes des cliniques privées.

Le domaine des prestations non couvertes par la LAMal restera, comme actuellement, à la charge du patient ou du ressort d'éventuelles assurances complémentaires.

### 4.3. Le financement des hôpitaux

La principale conséquence pour les cantons est liée à leur obligation de prendre en charge la moitié des coûts des prestations hospitalières remboursées au sens de la LAMal, quel que soit l'hôpital (public, subventionné ou privé) ou le type de chambre (commune, privée ou demi-privée). Les cantons avaient effectué leur planification en fonction de la notion de division commune, en sélectionnant très précisément quels hôpitaux étaient admis à exploiter une telle division. Le projet de modification les oblige à revoir l'ensemble de leur planification qui, en l'état actuel, autorise les institutions qui y figurent à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire et donc à fournir des prestations de séjour hospitalier, dont la moitié serait alors à la charge du canton. Cette règle s'appliquerait à tous les séjours hospitaliers, que ce soit en hôpital public ou subventionné ou en hôpital privé, dès lors que l'établissement est intégré dans la planification cantonale<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> Message du Conseil fédéral du 18 septembre 2000, ad art. 25 al. 1 lit. e.

<sup>115</sup> Cf. décision relative à la liste du canton de Neuchâtel (23.6.1999; Lanixa), cons. 3.3; ég. arrêt du TF du 16 décembre 1997, publié in RAMA 1998, p. 13 ss.

<sup>116</sup> Message du Conseil fédéral du 18 septembre 2000, ad art. 49 al. 5.

<sup>117</sup> Cf. DUC, op. cit., PJA 1999, p. 1113.

<sup>118</sup> Message du Conseil fédéral relatif à la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 septembre 2000, ch. 25.

La modification du mode de financement des hôpitaux situés sur le territoire cantonal induira une augmentation de la participation des cantons. Par rapport à leur participation actuelle aux frais d'exploitation des divisions communes des hôpitaux publics, le projet impose aux cantons de participer aux frais d'investissement des divisions communes des hôpitaux publics ainsi qu'aux frais d'exploitation et d'investissement liés aux prestations LAMal prodiguées dans les divisions privées des hôpitaux publics et dans toutes les divisions des hôpitaux privés<sup>119</sup>. Les frais de formation et de recherche, ainsi que ceux résultant d'investissements supplémentaires ou de surcapacités voulues n'entrent pas dans le calcul du tarif<sup>120</sup>.

Ainsi, selon le projet, les cantons seront amenés à participer - pour les prestations LAMal - à raison de 50% aux frais d'exploitation et d'investissement de tous les hôpitaux situés sur leur territoire, les assureurs obligatoires prenant en charge les autres 50%. Les assureurs privés quant à eux verraient leurs charges diminuer : ils ne devraient en effet prendre en charge que les coûts des "prestations supplémentaires" liées à la notion actuelle de division privée, quel que soit l'hôpital considéré. Ils n'auraient ainsi plus à prendre en charge la part des frais d'exploitation, une fois le forfait LAMal déduit, ni les frais d'investissement, généralement inclus dans le calcul du forfait d'un séjour hospitalier en division privée.

Le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence relative à la prise en charge par les cantons des frais de l'hospitalisation hors-canton, a déjà amorcé le principe de la prise en charge par le canton de la part des frais incombant à l'assurance obligatoire pour l'hospitalisation en division privée<sup>121</sup>. Il a en effet précisé que lors d'une hospitalisation hors-canton en division privée dans un établissement public ou subventionné<sup>122</sup> et admis à pratiquer au sens de l'art. 39 LAMal, le canton devait prendre en charge la différence tarifaire qui lui incombe en vertu de l'art. 41 al. 3 LAMal, au même titre que s'il s'agissait d'une division commune, pour autant que la prestation soit médicalement nécessaire<sup>123</sup>. Il se justifierait dès lors d'admettre aussi une participation cantonale au forfait à charge de l'assurance de base d'une hospitalisation en division privée ou demi-privée intracantonale. Le Tribunal administratif du canton de Genève a franchi le pas en mettant à la charge du canton une participation à la prise en charge des frais au titre de l'assurance de base pour un séjour en division privée d'un établissement public du canton<sup>124</sup>.

La participation cantonale non différenciée aux frais d'exploitation et d'investissement des hôpitaux publics et des cliniques privées favorise une inégalité devant les charges publiques en défaveur des hôpitaux publics. Ces derniers n'auront pas la possibilité de choisir leurs patients et devront assumer les frais de formation et de recherche qui leur sont traditionnellement dévolus. Rares sont les cantons qui prévoient dans leur loi sanitaire la possibilité d'assigner des missions spécifiques à toutes les institutions du canton et leur imposent de participer à la formation et au perfectionnement des professionnels de la santé, à l'instar de la nouvelle loi sanitaire fribourgeoise<sup>125</sup>.

<sup>119</sup> Art. 49 al. 3 du projet, ainsi que Message du Conseil fédéral du 18 septembre 2000, ad art. 49 al. 3.

<sup>120</sup> Message du Conseil fédéral du 18 septembre 2000, ad art. 49 al. 3.

<sup>121</sup> ATF 123 V 290.

<sup>122</sup> ATF 123 V 310, cons. 5, p. 320; ég. ATF 123 V 290, cons. 6 c) aa), p. 304.

<sup>123</sup> ATF 123 V 290, cons. 6, p. 300 ss.

<sup>124</sup> Arrêt du TA du canton de Genève, du 14 septembre 2000, dans la cause X Assurance maladie et accidents c. Département de l'action sociale et de la santé et Mme L. S.

<sup>125</sup> Cf. art. 105 de la loi sur la santé du canton de Fribourg, du 16 novembre 1999 qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001.

Afin de compenser les distorsions de concurrence qui résultent du mode de financement proposé par le projet, les cantons pourraient imposer des tâches aux hôpitaux privés par le biais de l'autorisation d'exploitation dont les conditions sont prévues dans le droit sanitaire cantonal, par une planification adéquate - finalement restrictive - des établissements en fonction des besoins et par la détermination de mandats de prestations limités. Pour cela, ils devront adapter la législation cantonale y relative. On peut alors se demander dans quelle mesure les hôpitaux privés pourront faire valoir leur liberté économique dans ce cadre. Ainsi que l'a précisé le Tribunal fédéral, puis le Conseil fédéral, les fournisseurs de prestations qui pratiquent à charge de l'assurance-maladie obligatoire ne sont pas titulaires de la liberté économique pour le remboursement des prestations obligatoires<sup>126</sup>, bien qu'ils puissent s'en prévaloir pour leur activité en général. Comme le projet de révision prévoit finalement que seules les prestations supplémentaires et les prestations non couvertes seront exclues de la prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire, la liberté économique ne serait invocable que pour ces prestations-là. Dès lors, la liberté économique s'exprime avant tout dans le principe de la neutralité concurrentielle que le canton doit garantir notamment en respectant l'égalité de traitement entre concurrents<sup>127</sup>.

Les modifications de la LAMal projetées auront pour effet de favoriser l'interventionnisme cantonal dans l'ensemble du domaine hospitalier, ce qui, paradoxalement à l'effet recherché, ne semble pas de nature à favoriser la concurrence.

#### 4.4. Les mandats de prestations

Le Conseil fédéral exige dans ses décisions en matière de planification, que les cantons attribuent clairement des mandats de prestations aux établissements qu'ils entendent porter sur leur liste hospitalière. Cette exigence est liée à la nécessité d'évaluer les besoins de la population et de limiter les surcapacités coûteuses. Le projet de révision prévoit expressément ces conditions; le projet de modification de l'art. 39 al. 3 précise ainsi que pour être inscrit sur la liste hospitalière, un établissement doit être nécessaire à la couverture des besoins et disposer d'un mandat de prestations.

L'attribution de mandats de prestations doit être comprise comme la détermination d'une "palette de prestations" que le canton attribue à une institution, dans les limites desquelles l'institution est autorisée à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire<sup>128</sup>. Le Conseil fédéral explique ainsi dans son message que la détermination de mandats permet justement de subventionner les prestations et non plus les établissements, comme c'est actuellement le cas<sup>129</sup>.

La jurisprudence du Conseil fédéral en matière d'attribution des mandats de prestations n'est toutefois pas très claire. Si la nécessité pour les cantons de prévoir l'attribution de mandats de prestations ressort précisément des décisions du Conseil fédéral, le contenu ou l'ampleur desdits mandats est laissée à la libre appréciation des cantons. Ceux-ci doivent les fixer en

<sup>126</sup> Cf. notamment les jurisprudences citées n. 79 : décision relative à la liste du canton de Thurgovie (5.7.2000), cons. 7.1; Zurich (3.11.1999), cons. 5.2; tous deux en référence à l'ATF 122 V 85, cons. 5 b) aaa), p. 96; ég. RICHLI, op. cit., p. 413.

<sup>127</sup> RICHLI, op. cit., p. 415 s.

<sup>128</sup> Message du Conseil fédéral du 18 septembre 2000, ad art. 39 al. 1 lit. d et e et al. 2 et 3.

<sup>129</sup> Message du Conseil fédéral du 18 septembre 2000, ad art. 39 al. 1 lit. d et e et al. 2 et 3.

fonction des besoins de la population; comme ces besoins évoluent en même temps que la courbe démographique cantonale et qu'ils sont tributaires des progrès médicaux, les mandats de prestations peuvent être assez larges et ne pas prévoir de répartition par spécialité médicale. Il sera dès lors difficile pour les cantons d'évaluer et de décider, plus précisément que dans la planification actuelle, quels mandats spécifiques doivent être attribués à quels établissements.

L'acte attributif du ou des mandats de prestations constitue certainement une décision au sens de l'art. 5 PA, dans la mesure où il est intégré dans la décision d'adoption de la liste hospitalière selon l'art. 39 LAMal. En tant qu'élément de la liste hospitalière, l'attribution du mandat peut être contestée par le biais du recours au Conseil fédéral, en vertu de l'art. 53 LAMal. C'est d'ailleurs par le biais de décisions sur recours que le Conseil fédéral a fixé les critères applicables lors de l'attribution de mandats de prestations. Par contre, le projet de révision de la loi ne définit pas le mode de détermination du type de mandat. Le canton a le choix entre deux possibilités : soit il attribue les mandats de prestations de manière impérative lors de l'élaboration de la liste hospitalière, soit il détermine les mandats par le biais de négociations avec les établissements concernés, et les inscrit ensuite formellement dans la liste. Comme l'attribution de mandats de prestations est liée à l'évaluation des besoins cantonaux et que cette évaluation est sensée avoir déjà été réalisée par le biais de la planification actuelle, la marge de manœuvre des cantons semble finalement limitée. La planification actuelle, même si elle n'est pas basée sur les mêmes critères que ceux qui prévalent dans le projet de révision, a pour objectif d'identifier et d'évaluer les besoins, pour ensuite définir quelle institution est admise à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins. En cas de modification des listes et de l'attribution des mandats de prestations, les cantons devront justifier et motiver ces changements par l'évolution des besoins en soins de la population, même si les institutions ne sont pas au bénéfice de droits acquis.

De même, on peut douter que la LAMal révisée constitue une base légale suffisante pour permettre à un canton d'imposer des obligations à des institutions privées par le biais de conditions d'inscription dans la liste hospitalière. De telles conditions devront être prévues au niveau du droit cantonal, le cas échéant dans les conditions de l'autorisation d'exploitation des anciennes ou nouvelles institutions. La loi sanitaire cantonale peut ainsi prévoir des strictes conditions à l'exploitation d'établissements hospitaliers publics ou privés, elle peut aussi permettre d'imposer des charges et de prévoir une autorité de surveillance, tant du respect des conditions d'exploitation que du mandat de prestations attribué. Ce n'est que par ce biais que les cantons pourront se donner les moyens légaux de contrôler la gestion, l'utilisation des contributions publiques et le respect du mandat par l'ensemble des établissements figurant sur la liste hospitalière. C'est également par le biais de la loi que le canton peut éventuellement soumettre à autorisation l'acquisition de matériel médical lourd ou onéreux, notamment par l'adoption d'une disposition ou d'une loi instaurant une clause du besoin<sup>130</sup>.

L'adaptation de la législation cantonale doit en principe intervenir par le biais d'une loi au sens formel, garantie d'un processus démocratique. La modification de la loi est aussi une des conditions de la modification des droits précédemment accordés ainsi que du respect de l'égalité de traitement entre les différents établissements. Dans la détermination des mandats

---

<sup>130</sup> Cf. à cet égard l'art. 83a de la loi de santé du canton de Neuchâtel du 6 février 1995, l'avant-projet de loi du canton de Genève sur l'acquisition, la mise en service et l'utilisation de certains équipements médicaux les projets des cantons et le projet de décret du canton du Tessin intitulé "Pianificazione delle attrezzature medico-tecniche di diagnosi e di cura a tecnologia avanzata o particolarmente costose (clausola del bisogno)".

de prestations, le canton devra appliquer les critères déterminés par le Conseil fédéral dans ses décisions, notamment l'égalité de traitement entre institutions publiques et institutions privées. Le critère principal qui préside à l'attribution des mandats de prestations est celui de la couverture des besoins sanitaires de la population; la planification actuellement en vigueur tient déjà compte de ces besoins qui ont fait l'objet d'une évaluation.

#### **4.5. Les liens avec les assurances complémentaires**

Le projet de révision de la LAMal opère un transfert vers les cantons et les assureurs obligatoires, des charges qui incombent actuellement aux assurances complémentaires pour la prise en charge de la part "assurance de base" des frais d'exploitation et de la part des frais d'investissement des divisions privées et demi-privées des hôpitaux publics ou privés. Selon le projet, ces frais doivent être partagé par moitié entre les assureurs obligatoires et les cantons. Si les assureurs obligatoires voient leur participation aux frais augmenter en raison de la prise en charge des frais d'investissement, les cantons voient quant à eux leur participation augmenter nettement, notamment en ce qui concerne les prestations fournies par des hôpitaux privés. La diminution des frais à la charge des assurances complémentaires aura une incidence très sensible sur les primes de ces assurances. Elles seront dès lors plus accessibles aux personnes de condition modeste. Ces dernières bénéficieront en outre d'un accès plus aisé aux prestations fournies dans les hôpitaux privés dès lors que la prestation relève de la LAMal et qu'elle doit être à ce titre prise en charge par les assureurs obligatoires et les cantons.

#### 4.6. Schémas théoriques du financement des hôpitaux

##### Schéma théorique du financement des hôpitaux selon le système actuel

	Prestations LAMal				Hors LAMal
	Hôpital public		Hôpital privé		
	commune	privée	commune	privée	
Frais d'exploitation	ass. LAMal	ass. LAMal	ass. LAMal (forfait) <sup>③</sup> + hôpital	ass. LAMal	évt. ass. LCA et/ou patient
	canton	ass. LCA ou canton ①		ass. LCA	
Frais d'investissement	canton	ass. LCA (canton ?)	+hôpital	ass. LCA	
Formation et recherche	canton	ass. LCA ? <sup>②</sup> canton ?	hôpital	ass. LCA ? <sup>②</sup> hôpital ?	
Frais liés à la chambre privée	--	ass. LCA	--	ass. LCA	

##### Schéma théorique du financement des hôpitaux selon le projet de révision de la LAMal

	Prestations LAMal				Hors LAMal
	Hôpital public		Hôpital privé		
	commune	privée	commune	privée	
Frais d'exploitation et d'investissement	ass. LAMal	ass. LAMal	ass. LAMal	ass. LAMal	évt. ass. LCA et/ou patient
	canton	canton	canton	canton	
Formation et recherche	canton	ass. LCA ? <sup>④</sup> canton ?	hôpital	ass. LCA ? <sup>④</sup> hôpital ?	
Investissements supplémentaires	canton	ass. LCA ? <sup>④</sup> canton ?	hôpital	ass. LCA ? <sup>④</sup> hôpital ?	
Frais liés à la chambre privée	--	ass. LCA	--	ass. LCA	

## Notes relatives aux schémas

- ① En vertu de l'arrêt du 14 septembre 2000 du Tribunal administratif du canton de Genève, le canton doit prendre en charge la part qu'il aurait dû payer pour un séjour en division commune, si l'hospitalisation a eu lieu en division privée ou demi-privée d'un hôpital public ou subventionné. Cf. é.g. à ce sujet l'accord conclu le 7 juillet 1998 entre la CDS et le CAMS réglant la contribution des cantons pour les hospitalisations en division privée et demi-privée des hôpitaux publics subventionnés; cet accord est en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000.
- ② Il est difficile de déterminer dans quelle mesure le forfait de la division privée ou demi-privée à charge de l'assureur LCA couvre aussi les frais de formation et de recherche et dans quelle mesure ces frais sont à la charge de l'hôpital, respectivement du canton.
- ③ Le forfait assurance de base pris en charge par les assureurs obligatoires pour la division commune d'une clinique privée est plus élevé que la part des frais d'une division commune d'un hôpital public à la charge de l'assureur LAMal, en raison de l'absence de participation cantonale aux frais d'exploitation et de subvention cantonale aux frais d'investissement. Le tarif fait l'objet d'une convention entre les assureurs et l'hôpital privé; le forfait doit permettre de couvrir la totalité des frais imputables à la division commune (RAMA 1999, p. 345 ss et RAMA 1997, p. 234 ss). L'inclusion des frais d'investissement dans le calcul du tarif dépend de la prise en charge ou non de ces frais selon le droit cantonal. La différence entre le forfait convenu et les frais d'exploitation et d'investissement est prise en charge par l'hôpital.
- ④ Il est difficile de déterminer dans quelle mesure le forfait de la division privée ou demi-privée à charge de l'assureur LCA couvrira aussi les frais de formation et de recherche ainsi que les coûts résultant d'investissements supplémentaires, ni dans quelle mesure ces frais seront à la charge de l'hôpital, respectivement du canton.

## Synthèse

L'étude des nombreuses décisions du Conseil fédéral en matière de planification hospitalière et de listes d'hôpitaux cantonales a permis de dégager les critères que les cantons devraient appliquer lors de l'élaboration de leur planification.

### Etablissement des listes

Pour les institutions intra-cantonales :

- La distinction entre la **liste d'hôpitaux séparée**, qui distingue les divisions communes et les divisions privées et demi-privées (liste A pour les divisions communes et liste B pour les divisions privées et demi-privées) et la **liste intégrale** qui prend en compte l'ensemble des divisions des établissements situés sur le territoire cantonal. Cette distinction est importante pour la détermination du **nombre de lits** : dans le système de la liste séparée, le nombre de lits ne peut être fixé de manière contraignante que pour les institutions de la liste A et non pour les divisions privées et demi-privées de la liste B; dans le système de la liste intégrale, le nombre de lits est attribué à chaque institution, sans répartition de lits entre les différentes divisions. A noter aussi dans ce contexte que l'inscription dans la liste B signifie aussi que l'institution est admise à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire (participation de base).
- Les **EMS** doivent aussi faire l'objet d'une planification et figurer sur une liste cantonale. Toutefois, l'analyse de besoins qui aboutit à l'attribution du nombre de lits doit être plus souple, dans la mesure où son influence sur les coûts est moindre. En effet, les prestations prises en charge sont celles qui sont prévues par la loi et effectivement fournies (art. 7 OPAS).

Pour les institutions extra-cantonales :

- La distinction entre **liste ouverte** et **liste fermée**. Le système de la liste ouverte, qui admet sous forme de clause générale la possibilité de choisir parmi les établissements qui figurent sur les listes des autres cantons, n'est admis que pour les petits cantons qui n'ont alors pas à procéder à l'évaluation de chaque établissement extra-cantonal. Le système de la liste fermée, qui désigne clairement les institutions extra-cantonales admises sur la liste, nécessite que le canton procède à l'évaluation de chacune d'elles en fonction des besoins de la population.
- Le principe de la **clause du siège**. Selon ce principe, un établissement qui figure sur la liste hospitalière de son canton et qui s'est vu attribuer un mandat de prestations peut fournir des soins à charge de l'assurance de base à des patients/assurés provenant de toute la Suisse, mais sans garantie tarifaire. Les cantons peuvent mentionner ce principe sur leur liste, en tant que renvoi à la LAMal. Cela ne signifie pas que les établissements visés soient inscrits sur la liste, ni que les frais de leurs prestations bénéficient de la garantie tarifaire. Le système de l'art. 41 LAMal s'applique dans ce cas.

## **Evaluation des besoins**

L'évaluation des besoins doit être effectuée pour les soins aigus, la réadaptation et les EMS. Les principaux critères développés par le Conseil fédéral concernent l'inscription dans la liste A (système des listes séparées) des divisions communes des cliniques privées :

- contribution importante des cliniques privées à la prise en charge de la population du canton, qui se poursuivra à l'avenir;
- examen de la justification de la suppression des capacités dans le secteur public ou subventionné au profit du secteur privé;
- examen des conséquences économiques de la non-admission de l'institution sur la liste.

Les délimitations de ces critères n'ont toutefois pas été développées par le Conseil fédéral : leur mise en œuvre concrète a été renvoyée au canton, sauf dans les cas où il apparaissait clairement que l'établissement privé ne contribuait pas de manière importante à la prise en charge de la population.

## **Détermination des mandats de prestations**

Lors de l'établissement de la liste hospitalière, le canton doit non seulement attribuer un certain nombre de lits à l'institution en fonction des besoins, mais aussi attribuer à l'établissement des mandats de prestations. L'attribution des mandats doit être claire et détaillée : les mandats doivent être classifiés en fonction des cas, avec une indication positive ou négative, une délimitation ou une mesure quantitative. La liste doit aussi distinguer les prestations de base et les prestations spéciales, sans qu'il soit toutefois nécessaire d'y préciser les spécialisations. Par contre, le simple renvoi à l'autorisation cantonale d'exploitation est insuffisant. En outre, les mandats des institutions extra-cantoniales doivent en principe être déterminés de manière positive.

## **Divisions privées et demi-privées**

L'inscription des institutions qui fournissent des prestations en divisions privées et demi-privées sur la liste B cantonale (système de la liste séparée) signifie que ces institutions remplissent les conditions de l'art. 39 LAMal et qu'elles sont admises à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins. Cette admission concerne la contribution fixe qui est à la charge de l'assureur LAMal en cas d'hospitalisation en division privée ou demi-privée. Il se justifie dès lors que les cantons planifient aussi ces institutions et leurs divisions, et qu'ils leur attribuent aussi des mandats de prestations. En revanche, le Conseil fédéral a précisé que le principe de la concurrence qui régit ce domaine s'oppose à la détermination contraignante d'un nombre de lits par établissement.

## Conclusion

Les décisions du Conseil fédéral en matière de planification et de listes d'hôpitaux sont l'expression d'une des nombreuses compétences attribuées par la LAMal à cette autorité. Selon la lettre de l'art. 39 lit. d et e LAMal, les cantons devraient disposer dans l'établissement de leur planification et de leurs listes hospitalières d'un large pouvoir d'appréciation, au même titre que celui qui leur est attribué en matière de planification de l'aménagement du territoire. Or, la procédure instaurée par la LAMal, celle du recours au Conseil fédéral ouvert contre les décisions cantonales, aboutit à la préséance de fait du Conseil fédéral sur les politiques cantonales.

La comparaison entre les procédures en matière de planification hospitalière et de planification territoriale montre d'importantes différences dans l'ampleur des compétences octroyées. En matière d'aménagement du territoire, les plans cantonaux peuvent être attaqués par recours au Tribunal fédéral; recours de droit public pour la planification générale (qui correspondrait à la planification hospitalière) et recours de droit administratif pour les plans plus précis (auxquels on pourrait comparer la liste d'hôpitaux). Le Tribunal fédéral - hors hiérarchie administrative - va respectivement juger la planification cantonale en tant qu'acte de souveraineté cantonale (recours de droit public) et dans sa compatibilité avec le droit fédéral (recours de droit administratif). Dans les deux cas, l'autonomie cantonale est mieux garantie qu'en matière d'assurance-maladie, alors qu'il s'agit uniquement de l'application du droit fédéral.

La procédure mise en place par la LAMal fait que les critères qui doivent présider à l'élaboration de la planification cantonale et aux listes d'hôpitaux sont issus des décisions jurisprudentielles du Conseil fédéral. Cette jurisprudence, bien qu'elle énonce un certain nombre de principes généraux, ne concerne toutefois que des cas spécifiques. Son caractère obligatoire se limite d'ailleurs aux seuls parties directement concernées dans le cas d'espèce. L'analyse des décisions prises sous cet angle par le Conseil fédéral est ainsi empreint d'incertitude pour les cantons qui cherchent à s'en inspirer lors de l'élaboration de leur planification hospitalière. Ils n'ont que peu de garantie sur le fait que les principes généraux énoncés par le Conseil fédéral seront appliqués de la même manière dans le cadre d'un recours les concernant directement. Cela est d'autant plus flagrant que la jurisprudence en la matière manque de continuité. Il aurait été plus judicieux et, juridiquement, plus sûr que ces principes soient précisés par le Conseil fédéral dans une ordonnance, suite à une délégation de compétence, plutôt qu'au cas par cas par le biais de décisions jurisprudentielles. La jurisprudence n'est en effet pas apte à remplacer la législation. Cette manière de procéder est source d'insécurité juridique.

Le projet de modification de la LAMal ainsi que la façon dont fut traitée la question de la clause du besoin dans le projet de nouvel art. 136a OAMal (sous-délégation de compétence aux cantons) laissent toutefois augurer de nouveaux échanges de compétences et de procédure entre les cantons et le Conseil fédéral. Il importerait toutefois que les questions relatives aux moyens dont disposeront les cantons pour mettre en oeuvre les nouvelles tâches que le projet de modification de la LAMal entend leur imposer, ainsi que celles portant sur la portée de l'attribution des mandats de prestations ou la distinction entre prestations de base et prestations supplémentaires, soient clairement définies au niveau de la loi ou au niveau de l'ordonnance. Dès lors que la LAMal confère des compétences au Conseil fédéral, il importe que ce dernier assume les responsabilités qui en découlent, notamment en termes d'exécution.

**Annexe : les décisions du Conseil fédéral en matière de planification hospitalière et de listes d'hôpitaux**

<b>Canton</b>	<b>date</b>	<b>cause et recourant</b>	<b>autre document</b>	<b>mots-clefs</b>
VD	30.08.2000	Centre Nottwil rec. centre	comm. VD 26.9.00	évaluation du centre et révision de la liste cantonale
VD	30.08.2000	Clinique Schloss Mammern rec. clinique	comm. VD 26.9.00	principes liés à l'inscription sur la liste du canton de siège
SH	30.08.2000	Herzlinik Bodensee rec. clinique	comm. CDS 13.10.00	évaluation des établissements de la liste extra-cantonale
SH	30.08.2000	liste hôpitaux + EMS rec. assureurs	comm. CDS 13.10.00	liste à compléter en attribuant les lits - liste EMS
GL	23.08.2000	clinique Kilchberg rec. clinique	comm. CDS 15.09.00	inscription sur la liste extra-cantonale principe de la liste ouverte ou fermée - procédure d'évaluation
GL	23.08.2000	Centre Nottwil rec. centre	comm. CDS 15.09.00	inscription sur la liste extra-cantonale égalité de traitement
TG	05.07.2000	liste hôpitaux rec. ass. et cliniques	comm. CDS 17.08.00	évaluation des besoins - mandats de prestations - nombre de lits - effets de la liste B
BL	28.06.2000	modification liste spéciale rec. assureurs	comm. CDS 17.08.00	non entrée en matière
SZ	13.06.2000	liste d'hôpitaux rec. assureurs	comm. CDS 17.08.00	détermination du nombre de lits - évaluation des besoins - détermination des mandats de prestations
BE	20.03.2000	Centre de réadaptation Le Noirmont rec. clinique	comm. CDS 05.05.00	institution extra-cantonale - évaluation des besoins - réadaptation
BE	20.03.2000	Centre Nottwil rec. clinique	comm. CDS 05.05.00	rappel des principes de liste ouverte ou fermée

TG	23.02.2000	Geburtshaus Fruthwilen rec. assureurs	comm. CDS 05.05.00	inscription des maisons de naissance
OW	13.12.1999	Klinik im Park rec. clinique	comm. CDS 05.05.00	liste ouverte - admission d'une clinique - listes partielles
NW	03.11.1999	Klinik Im Park rec. clinique	comm. CDS 05.05.00	liste ouverte - admission d'une clinique - listes partielles
ZH	03.11.1999	Herzkllinik Bodensee rec. clinique	comm. CDS 05.05.00	planification et assurances complémen- taires
SG	18.08.1999	Rheinburg-Klinik rec. clinique	comm. CDS 03.09.99	renvoi au canton pour évaluation des besoins
NE	23.06.1999	Clinique Lanixa rec. clinique	comm. CDS 20.08.99 avis droit Favre mémoire de recours Favre RAMA 4/1999 p. 345	effet de l'inscription sur la liste d'hôpitaux fixation d'un tarif
BS - BL	23.06.1999	listes d'hôpitaux rec. assurances	comm. CDS 22.07.99 observations des cantons + comm. presse	institutions de soins palliatifs et de gériatrie sur la liste pour soins aigus
BS - BL	23.06.1999	Josefsklinik rec. clinique	RAMA 4/1999 p. 356	admission des divisions privées et demi- privées sur les listes d'hôpitaux LAMal
SG	23.06.1999	listes d'hôpitaux rec. des assurances	comm. CDS 22.07.99 observations canton explication CF	évaluation des besoins - nombre de lits mandats de prestations établissements hors canton
VD	23.06.1999	listes EMS rec. EMS, assoc. patients , assureurs	courrier explicatif Rochat	tarifs EMS
AI	23.06.1999	rec. clinique H.	RAMA 4/1999 p. 365	liste extra-cantonale - liste ouverte
BS-BL	08.03.1999	liste hôpitaux rec. clinique	comm. CDS 15.04.1999	clause du siège

ZH	17.02.1999	liste hôpitaux rec. Adliswil	comm. CDS 17.03.99	suppression de petits hôpitaux plutôt que nombre de lits - autonomie communale
ZH	17.02.1999	liste hôpitaux rec. Dielsdorf	comm. CDS 17.03.99	suppression de petits hôpitaux plutôt que nombre de lits - autonomie communale
ZH	17.02.1999	liste hôpitaux rec. Bauma	JAAC 64 N° 13 RAMA 3/1999, p. 211 ss comm. CDS 17.03.99	suppression de petits hôpitaux plutôt que nombre de lits- autonomie communale
AG	17.02.1999	liste d'hôpitaux rec. assureurs	comm. CDS 17.03.99 comm. cant. AG 04.03.99	liste intégrale - mandats de prestations - prestations de base
VD	03.02.1999	liste EMS rec. EMS	comm. CDS 05.05.00	bonne foi - confiance
VD	03.02.1999	liste EMS rec. assureurs	comm. CDS 05.05.00	exigences lors de l'établissement de la liste EMS
ZH	13.01.1999	liste hôpitaux psychiatriques rec. clinique Meisenberg	comm. CDS 15.04.99	clinique extra-cantonale - évaluation soins spécialisés
ZH	13.01.1999	liste hôpitaux psychiatriques rec. clinique Littenheid	comm. CDS 15.4.99	clinique extra-cantonale - évaluation soins spécialisés
AR	21.10.1998	contenu de la liste d'hôpitaux rec. assureurs	RAMA 6/1998, p. 521 ss comm. CDS 3.11.99 cant. TG 26.10.98 comm. Candinas (GR)	liste extra-cantonale - liste ouverte
ZG	25.06.1997	liste hôpitaux rec. hôpitaux ZH	comm. CDS 07.07.97	conditions d'admission d'un nouvel établissement
TI	14.05.1997	liste hôpitaux rec. assureurs	comm. CDS 07.07.97	refus admission d'une clinique absence de convention tarifaire
SG	07.05.1997	liste hôpitaux rec. assureurs	comm. CDS 20.05.97	non entrée en matière
AG	26.03.1997	tarifs cliniques privées rec. assureurs	comm. CDS 10.04.97 RAMA 1997, p. 234	calcul du tarif pour des cliniques privées

GE	26.03.1997	liste EMS rec. assureurs	comm. CDS 10.04.97	renvoi au canton pour évaluation des besoins
GE	26.03.1997	liste EMS rec. EMS	comm. CDS 10.04.97	inscription sur la liste - attente planification cantonale
GL	26.03.1997	liste hôpitaux + EMS rec. cliniques (2 décisions)	comm. CDS 10.04.97	renvoi pour évaluation - cliniques extra-cantoniales - disposition transitoire
GL	26.03.1997	non inscription de Nottwil sur la liste rec. patients	comm. CDS 10.04.97	renvoi pour évaluation - cliniques extra-cantoniales - disposition transitoire
SO	12.02.1997	liste hôpitaux rec. clinique	comm. CDS 04.03.97	renvoi pour évaluation - mesures provisionnelles d'admission
AG	02.12.1996	liste EMS rec. EMS	comm. CDS 22.01.97 RAMA 1997, p. 1	refus d'un EMS - pouvoir d'appréciation du canton
SZ	25.11.1996	liste EMS rec. assureurs	comm. CDS 12.12.96 prise pos. OFAS 30.05.96	renvoi pour évaluation - mesures provisionnelles d'admission
SH	23.10.1996	liste hôpitaux + EMS rec. clinique	comm. CDS 29.10.96	admission clinique extra-cantonale - mesures provisionnelles
GR	23.10.1996	liste EMS rec. assureurs	comm. CDS 29.10.96 RAMA 1996, p. 221	évaluation des besoins - capacités et catégories de patients