

Avis de droit

du 28 février 2020

sur mandat de

H+ Les Hôpitaux de Suisse
Lorrainestrasse 4 A, CH-3013 Berne

portant sur la

**légalité des modifications prévues de l'ordon-
nance sur l'assurance-maladie (OAMal) concer-
nant la tarification des prestations stationnaires
des hôpitaux**

Michael Waldner
lic. iur. et Dipl. Natw. ETH
Rechtsanwalt
Tel +41 58 211 34 85
mwaldner@vischer.com
www.vischer.com

Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Zürich

VISCHER AG

Zürich
Schützengasse 1
Postfach
8021 Zürich
Schweiz
Tel +41 58 211 34 00

Basel
Aeschenvorstadt 4
Postfach
4010 Basel
Schweiz
Tel +41 58 211 33 00

Genf
Rue du Cloître 4
Postfach
1204 Genf
Schweiz
Tel +41 58 211 35 00

Notariat im Kanton
Basel-Stadt

rédigé par:

Michael Waldner, avocat

Sommaire

II.	MANAGEMENT SUMMARY	3
III.	CONTEXTE ET PROBLÉMATIQUE	4
IV.	EN DROIT	5
A.	Tour d'horizon des conditions cadres légales.....	5
1.	Grandes lignes des règles légales en vigueur	5
2.	Contenu de la réglementation prévue	6
B.	Appréciation juridique.....	7
1.	Critère d'efficience contraire à la LAMal (25 ^e percentile, calculé sur le nombre d'hôpitaux)	7
a)	Comparaisons entre hôpitaux pour la mesure de l'efficience.....	7
b)	Problématique des comparaisons entre hôpitaux sous SwissDRG (et TARPSY)	8
c)	Le choix du 25 ^e percentile comme critère d'efficience viole l'art. 49 al. 1 LAMal	9
2.	Démantèlement de la réglementation incitative par l'élimination des gains d'efficience	12
3.	Démantèlement du partenariat tarifaire (art. 43 al. 4 LAMal)	13
4.	Atteinte à l'égalité de traitement des partenaires tarifaires	15
5.	Démantèlement de la marge d'appréciation des cantons	15
6.	Démantèlement de la clé de répartition légale (art. 49a KVG)	15
V.	SYNTHÈSE	16

II. MANAGEMENT SUMMARY

- 1 Le 12 février 2020, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de révision de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal, RS 832.102) visant éditer e. a. des réglementations détaillées sur le calcul des tarifs stationnaires des hôpitaux (en particulier sur le «benchmarking», ou comparaison)¹.
- 2 Une analyse juridique des dispositions prévues montre qu'avec son projet d'ordonnance le Conseil fédéral **outrepasse sa compétence à plusieurs égards** et que les réglementations prévues contredisent ou entrent en conflit avec des objectifs fixés par la loi:
 - Avec le **25^e percentile** (calculé sur la base du nombre d'hôpitaux), le Conseil fédéral veut prescrire un **critère d'efficacité** pour la comparaison (benchmarking) que le Tribunal administratif fédéral a justement qualifié dans un arrêt de 2019 de «**gravement biaisé**». On peut prévoir que l'imposition de ce critère d'efficacité aboutirait à l'affaiblissement financier de nouveaux pans du paysage hospitalier. Ce faisant, le Conseil fédéral viole d'abord l'art. 49 al. 1 LAMal qui, selon la volonté historique du législateur, impose des prix équitables pour les hôpitaux «efficaces dans une certaine mesure». Le Conseil fédéral ébranle en même temps le consensus politique selon lequel le nouveau financement hospitalier peut certes entraîner la disparition des hôpitaux inefficaces mais ne doit pas mettre en danger la structure des soins hospitaliers.
 - En imposant un critère d'efficacité fixe, le Conseil fédéral viole par ailleurs le **principe de l'autonomie tarifaire** qui est ancré dans la loi et consacré par la jurisprudence. Avec ses prescriptions détaillées sur le calcul des tarifs hospitaliers et la fixation du critère d'efficacité, il exclut dans les faits toute appréciation des partenaires tarifaires. Il en va de même du pouvoir des cantons, également prévu dans la loi, qui sont privés des instruments visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement par la fixation de tarifs hospitaliers adaptés.
 - En fixant un critère d'efficacité à un niveau qui paraît trop bas pour assurer le financement à long terme des hôpitaux, le Conseil fédéral enterre enfin le compromis politique en faveur d'un financement dual-fixe avec une **clé de répartition de 55 % à la charge des cantons et 45 % pour les assureurs-maladie**. Si les forfaits par cas ne suffisent pas à garantir le financement des hôpitaux qui jouent un rôle dans la fourniture des soins, les cantons ne pourront pas éviter de subventionner au moins les établissements qu'ils détiennent, ce qui aura pour effet d'alourdir la part à la charge des finances publiques. Or le Conseil fédéral ne dispose pas

¹ Documents disponibles sous: <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/pendent.html>.

de mandat pour imposer un tel transfert – même indirect – de la charge financière, alors qu'un subventionnement des hôpitaux qui distord la concurrence est proscrit sous l'empire du nouveau financement hospitalier.

- Les modifications prévues éliminent largement la possibilité de réaliser des gains d'efficience et aboutissent plutôt à un alignement sur les coûts individuels des hôpitaux. Cela représente un **retour vers l'ancien financement des établissements** que le législateur avait abandonné consciemment lors du nouveau financement hospitalier.

- 3 De manière générale, il apparaît critiquable que, pour cette intervention décisive, le Conseil fédéral ne s'est, semble-t-il, pas appuyé sur des données et n'a pas évalué les conséquences. Sa démarche semble guidée uniquement par la perspective d'une économie sur les coûts de l'assurance obligatoire des soins (AOS) au détriment des hôpitaux². Il est particulièrement discutable que le Conseil fédéral intervienne dans la clé de répartition des coûts entre les cantons et les assureurs-maladie au moment où un projet aussi important que le **financement uniforme du stationnaire et de l'ambulatoire** (EFAS) est l'objet de vifs débats, un projet qui touche au cœur même de cette clé de répartition. Le Conseil fédéral prend ainsi le risque de préjuger ces discussions, resp. de les rendre plus difficiles.
- 4 En imposant des mesures sans base légale, resp. qui contredisent le consensus politique actuel, le Conseil fédéral remet finalement en question la séparation des pouvoirs garantie par la Constitution. Celle-ci permet uniquement au Conseil fédéral de mettre en œuvre la législation (art. 182 al. 1 Cst) ou, à titre exceptionnel de la compléter, ce qui implique au préalable une délégation de compétences du législateur (art. 164 al. 2 Cst).

III. CONTEXTE ET PROBLÉMATIQUE

- 5 Le nouveau financement hospitalier est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Rapidement, il s'est avéré que la faible densité normative de la loi concernant les modalités de calcul des tarifs des prestations stationnaires des hôpitaux (comparaison/benchmarking) aboutirait à des difficultés d'application.
- 6 Ces difficultés d'application qui persistent jusqu'à aujourd'hui trouvent essentiellement leur origine dans le fait que la nouvelle structure tarifaire SwissDRG n'est pas «idéale», contrairement aux attentes implicites du législateur. Même à la fin de la période de maturation, elle souffre surtout de limites considérables dans sa capacité de représentation qui font obstacle à une comparaison équitable entre des hôpitaux différents.

² Cf. Rapport du Conseil fédéral, disponible sous: <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/pending.html>, p. 17.

- 7 Dans une série d'arrêts de référence (ATAF 2014/3; ATAF 2014/36; ATAF 2015/8), le Tribunal administratif fédéral a pu éclaircir quelques questions d'application. Cependant, il a aussi exhorté à plusieurs reprises le Conseil fédéral d'édicter par voie d'ordonnance des prescriptions visant à la concrétisation de la tarification et de la comparaison (benchmarking, en dernier lieu dans les arrêts C-4374/2017, C-4461/2017, c. 8.9).
- 8 Le 12 février 2020, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet visant à compléter les dispositions pertinentes de l'OAMal. La consultation dure jusqu'au 20 mai 2020.
- 9 Comme développé ci-après, les dispositions prévues dans l'ordonnance sur les modalités de calcul des tarifs stationnaires des hôpitaux (art. 59c^{bis} P-OAMal) font peser un grave danger sur le financement à long terme des hôpitaux et donc sur la sécurité de l'approvisionnement.
- 10 Dans ce contexte, H+ Les Hôpitaux de Suisse entend faire établir si les règles de tarification prévues sont conformes au nouveau financement hospitalier, resp. dans quelle mesure elles attendent le cas échéant aux dispositions légales en vigueur et aux considérations politiques qui les sous-tendent.
- 11 Pour répondre à cette question, le présent avis de droit se concentre sur les éléments principaux de la réglementation prévue à l'**art. 59c^{bis} P-OAMal** et ne prétend pas fournir une appréciation complète et définitive de toutes les dispositions de détail.

IV. EN DROIT

A. Tour d'horizon des conditions cadres légales

1. Grandes lignes des règles légales en vigueur

- 12 Avec l'introduction du nouveau financement hospitalier, le législateur a pris la décision délibérée de remplacer l'ancien financement des établissements (avec un remboursement des déficits par les pouvoirs publics) par un **financement des prestations** fondé sur des forfaits par cas. Dans ce système, les prestations stationnaires sont rémunérées par des forfaits, conçus comme des incitations à prodiguer des soins efficaces. Dans ce modèle de rémunération, il est inhérent au système que les tarifs sont découplés des coûts spécifiques à l'hôpital et que des gains aussi bien que des pertes sont possibles (**régulation incitative**).
- 13 Une nouveauté essentielle est aussi le passage à un financement **dual-fixe**: dual parce que les cantons et l'AOS se partagent le financement selon une clé négociée au niveau politique de **55 % / 45 %**; fixe parce que les forfaits par cas doivent constituer, selon la volonté du législateur, la seule rémunération des hôpitaux pour leurs prestations stationnaires et que toute **subvention des cantons** allant au-delà (avant tout cachée) est proscrite.

- 14 La densité normative concernant les modalités de calcul des forfaits par cas efficients est faible dans la loi. Dans la pratique des tarifs des soins aigus stationnaires (SwissDRG), la comparaison des coûts des cas ajustés selon le degré de gravité s'est imposée. Cette comparaison (benchmarking) doit simuler la concurrence qui ne fonctionne pas, ou seulement de manière limitée.
- 15 La question centrale lors de la comparaison est la détermination du **critère d'efficience**. Au-delà de l'exigence d'efficience (art. 49 al. 1 LA-Mal), la loi ne formule pas de prescriptions concrètes. Mais si l'on considère qu'avec le nouveau financement hospitalier le législateur a voulu certes exercer une pression sur les hôpitaux pour qu'ils adoptent un comportement mais qu'il n'a pas souhaité mettre en danger la sécurité de l'approvisionnement dans ses fondements, le critère d'efficience doit être fixé à un niveau qui puisse conduire à l'élimination des fournisseurs de prestations inefficients mais pas à l'affaiblissement financier des hôpitaux qui jouent le rôle principal dans la sécurité de l'approvisionnement.

2. Contenu de la réglementation prévue

- 16 Avec un nouvel art. 59c^{bis} P-OAMal, le Conseil fédéral entend édicter des règles détaillées sur le calcul du tarif pour les modèles de rémunération de type DRG. Selon ses explications, ces modèles sont actuellement les tarifs basés sur les structures SwissDRG et TARPSY, soit les tarifs des traitements en soins aigus stationnaires et en psychiatrie stationnaire dans les hôpitaux et les maisons de naissance.
- 17 La réglementation prévoit que, dans la perspective du calcul du tarif, une valeur (benchmark) soit déterminée afin de constituer la référence. A cet effet, on calcule dans un premier temps les coûts par cas ou les coûts journaliers ajustés selon le degré de gravité de tous les fournisseurs de prestations de Suisse qui décomptent leurs prestations selon le même modèle de rémunération (art. 59c^{bis} al. 1 let. a P-OAMal). L'intégration de «tous» les fournisseurs qui facturent leurs prestations selon le même modèle implique dans le domaine des tarifs SwissDRG que les maisons de naissance doivent être prises en compte dans la comparaison (benchmarking) aux côtés des hôpitaux.
- 18 Dans un second temps, on sélectionne comme valeur de référence les coûts par cas ou les coûts journaliers ajustés selon le degré de gravité du fournisseur de prestations qui correspond *au maximum au 25^e percentile calculé sur la base du nombre de fournisseurs de prestations*. (art. 59c^{bis} al. 1 let. b P-OAMal).
- 19 La valeur de référence correspond en principe au tarif qui doit être fixé. Selon l'art. 59c al. 4 P-OAMal, des suppléments doivent être appliqués aux fournisseurs de prestations qui prodiguent des *prestations supplémentaires* et qui remplissent e. a. les conditions suivantes: (1) Les prestations ne sont pas représentées de manière adéquate dans la structure tarifaire et (2) les coûts sont démontrés de manière transparente par le

fournisseur de prestations. La preuve de l'existence de coûts et de prestations supplémentaires doit être apportée par le fournisseur, selon la volonté du Conseil fédéral.

- 20 A l'inverse, l'art. 59c^{bis} al. 5 P-OAMal prévoit d'appliquer des déductions à la valeur de référence pour les fournisseurs de prestations qui produisent *systématiquement moins de prestations* que la structure tarifaire ne représente pas de manière adéquate
- 21 La possibilité de réaliser des gains d'efficience est éliminée pour l'essentiel: pour les hôpitaux dont les coûts se situent en-dessous de la valeur de référence, le gain d'efficience est limité à la différence avec cette valeur (art. 59c^{bis} al. 8 let. a P-OAMal). Pour tous les hôpitaux qui se situent au-dessus de la valeur de référence, tout gain d'efficience est exclu, même si leur efficience est supérieure à la moyenne compte tenu des particularités de leur spectre de prestations – cela vaut en tout cas si l'art. 59c^{bis} al. 4 en relation avec al. 8 let. b P-OAMal doit être interprété dans le sens qu'un supplément ne peut être accordé que jusqu'à concurrence des coûts supplémentaires effectifs et non des coûts supplémentaires à attendre.

B. Appréciation juridique

1. Critère d'efficience contraire à la LAMal (25^e percentile, calculé sur le nombre d'hôpitaux)

a) Comparaisons entre hôpitaux pour la mesure de l'efficience

- 22 La conception du législateur prévoit que les prix des prestations stationnaires des hôpitaux fournies de manière efficiente sont déterminés au moyen d'une comparaison entre hôpitaux fondée sur les coûts. Cette comparaison (benchmarking) simule la concurrence sur les prix qui ne fonctionne pas, ou seulement de manière limitée (*yardstick competition*).
- 23 A l'époque, le législateur ne préconisait pas les meilleures performances pour le critère d'efficience mais les prix des hôpitaux qui travaillent *dans une certaine mesure de manière efficiente et avantageuse* (ATAF 2014/36, c. 3.1, avec renvoi à une décision de la CSSS). Le Tribunal administratif fédéral constate de son côté que le critère d'efficience doit certes être établi de manière assez *stricte* mais aussi sans que soit mise en péril la sécurité de l'approvisionnement (cf. ATAF 2014/36, c. 10.2.2 ss.; ATAF 2015/8, c. 4.2.4; EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2. Aufl., 2018, Art. 49 N 19).
- 24 Dans la pratique, le critère d'efficience se compose de deux éléments (cf. ATAF 2015/8, c. 4.3): (1) le type de pondération et (2) le percentile. La pondération par le nombre d'hôpitaux (dite aussi «comparaison non-pondérée») et la pondération par cas ou par points de casemix entrent en ligne de compte pour le premier élément. Alors que la pondération par cas ou par points de casemix prend en considération le volume des

prestations de chaque fournisseur, tel n'est pas le cas pour la pondération par le nombre d'hôpitaux. Les institutions fournissant un petit volume de prestations ont ainsi le même poids que celles de très grande taille.

25 Dans l'art. 59c^{bis} al. 1 let. b P-OAMal, le Conseil fédéral impose maintenant de choisir comme valeur de référence (benchmark) les coûts par cas ou les coûts journaliers ajustés selon le degré de gravité du fournisseur de prestations *qui correspond au maximum au 25^e percentile calculé sur la base du nombre de fournisseurs de prestations*. Le Conseil fédéral fixe ainsi le **25^e percentile, pondéré par le nombre d'hôpitaux**, comme valeur de référence maximale.

26 Comme démontré ci-après, le Conseil fédéral viole ainsi l'art. 49 al. 1 LAMal et outrepassa par la même occasion sa compétence en matière d'ordonnance.

b) Problématique des comparaisons entre hôpitaux sous Swiss-DRG (et TARPSY)

27 Lorsque le législateur a rédigé le nouvel art. 49 al. 1 LAMal et imposé une tarification fondée sur des comparaisons, il est (implicitement) parti de l'idée que SwissDRG était une **structure tarifaire «idéale»**. Une telle structure idéale devait rendre tous les hôpitaux comparables sur la base des coûts des cas ajustés selon le degré de gravité, de telle sorte qu'une comparaison nationale devait aboutir à un résultat équitable pour tous les hôpitaux.

28 Le problème des comparaisons d'hôpitaux sous SwissDRG réside cependant dans le fait que SwissDRG (et dans une mesure accrue TARPSY) est loin d'être une structure tarifaire idéale. Elle présente bien plus des **limites considérables, inhérentes au système avant tout, dans sa capacité de représentation** qui restreignent fortement la comparabilité des hôpitaux et qui n'ont pas pu être éliminées même au terme de la période de maturation (cf. ATAF 2014/36, c. 22.5).

29 Les facteurs qui limitent la comparabilité sont notamment:

- **Répartition non-homogène des cas au sein des DRG:** Les hôpitaux situés tout en haut de la chaîne de soins traitent fréquemment au sein du même DRG les cas d'une gravité supérieure à la moyenne. Pour la même efficacité, ils présentent donc des coûts des cas ajustés selon le degré de gravité plus élevés. A l'inverse, il existe à l'autre extrémité de la chaîne de soins des établissements qui se spécialisent dans un spectre limité de prestations et éventuellement de cas particulièrement bénins (une pratique désignée péjorativement sous le terme de *cherry picking*). Pour la même efficacité, ces derniers présentent des coûts des cas ajustés selon le degré de gravité inférieurs à ceux d'un hôpital moyen.

- **Diversité des coûts de mise à disposition:** En raison de leur mandat de prestations, certains hôpitaux doivent prévoir nettement plus de ressources en personnel et en infrastructures (p. ex. services d'urgence ou de soins intensifs). Ces surcoûts (difficiles à appréhender) ne peuvent pas être représentés par la structure tarifaire. Ils constituent une forte charge en particulier pour les hôpitaux de prise en charge finale.
- **Variations aléatoires des nombres de cas:** Dans les petites institutions en particulier, de légères variations des nombres de cas aboutissent déjà à de fortes modifications des coûts des cas ajustés selon le degré de gravité. De telles variations sont souvent dues à des facteurs aléatoires, sans rapport avec l'efficacité, et font apparaître à tort ces institutions comme particulièrement efficaces ou inefficaces.

30 En 2015 dans une étude menée sur mandat de l'Universitätsspital Zürich, Polynomics a pu démontrer en se fondant sur des données que les facteurs susmentionnés aboutissent à de graves distorsions d'un bout à l'autre du paysage hospitalier³. Ces distorsions apparaissent car des hôpitaux bénéficiant d'un ou même de plusieurs «facteurs avantageux» s'accumulent au bas de l'échelle de comparaison (benchmarking). Ces établissements présentent des coûts des cas ajustés selon le degré de gravité particulièrement bas non en raison d'une efficacité plus élevée mais en raison de facteurs particuliers propres à leur situation. Ils sont opposés de manière inéquitable aux autres hôpitaux comme des modèles d'efficacité.

c) Le choix du 25^e percentile comme critère d'efficacité viole l'art. 49 al. 1 LAMal

31 En raison des limites de représentation des structures tarifaires comme SwissDRG présentées ci-dessus, une comparaison (benchmarking) à l'échelle nationale revient à comparer des pommes et des poires et doit donc être critiquée à ce titre⁴.

32 Ces distorsions s'opposent en tout cas au choix d'un critère d'efficacité trop bas. La fixation d'un critère d'efficacité conforme à la loi dans le sens de l'art. 49 al. 1 LAMal doit s'orienter sur les prestations d'un «hôpital moyen» fournissant au moins des «prestations moyennes», c'est-à-dire les hôpitaux qui assument une fonction pertinente d'approvisionnement. Ce principe n'est pas respecté lorsqu'est fixé un critère d'efficacité qui est dominé par des cliniques spécialisées, des hôpitaux sans service d'urgence ou de soins intensifs et des maisons de naissance. Ces

³ Polynomics (2015), Leistungsorientierte Vergütung mit dem Fallpauschalensystem SwissDRG; Polynomics (2015), Das Fallpauschalenmodell: Leistungsbezogene Basispreise mit SwissDRG (disponibles toutes deux sous: <http://www.usz.ch/news/medienmitteilungen/Seiten/F%C3%BCr-mehr-Chancengleichheit-in-der-Spitalfinanzierung.aspx>).

⁴ Cf. MICHAEL WALDNER, Neue Spitalfinanzierung am Scheideweg, in: Jusletter 23. November 2015, Rz. 28.

établissements ont certes leur place dans le système de santé mais la valeur de référence (benchmark) établie sur la base de leurs prestations ne constitue pas un critère d'efficacité équitable pour les prestations d'un hôpital moyen qui ne bénéficie pas des mêmes facteurs particuliers.

- 33 Dans ce contexte, une valeur de comparaison s'est établie aux alentours du **40^e – 50^e percentile** (calculé selon les cas ou le casemix) durant les années d'introduction de SwissDRG. Le Tribunal administratif fédéral a toujours consacré de tels critères d'efficacité (cf. ATAF 2014/36, 40^e percentile selon le casemix; ATAF 2015/8, 50^e percentile, hôpital médian; arrêt du TAF C-4374/2017, C-4461/2017, 40^e percentile selon les cas; arrêt du TAF C-1319/2018, 45^e, resp. 40^e percentile selon le casemix).
- 34 Pour ce qui est du 25^e percentile (calculé selon le nombre d'hôpitaux), toutes les comparaisons (benchmarking) nationales présentées jusqu'à présent par les partenaires tarifaires suggèrent qu'il s'agit là d'un **critère d'efficacité totalement biaisé** dont l'application aboutira à des désastres financiers menaçant l'existence d'hôpitaux travaillant pourtant de manière efficace.
- 35 La comparaison (benchmarking) de la communauté d'achats HSK, qui est publiée chaque année de manière relativement transparente, donne un exemple de ces distorsions. Une évaluation fondée sur le Benchmarking HSK 2019⁵ montre qu'avec le 25^e percentile (calculé sur le nombre des hôpitaux), la majorité des hôpitaux situés sous cette valeur de référence (benchmark) sont des **cliniques spécialisées** et de **petits hôpitaux sans service d'urgence**, ainsi que des hôpitaux disposant d'un **spectre de prestations très étroit**. Ces établissements sont clairement **surreprésentés** en dessous de la valeur de référence et dominent cette dernière, bien qu'ils jouent un rôle mineur à l'aune du nombre total des cas:

Catégorie	Part de la catégorie <u>sous</u> le benchmark	Part de la catégorie <u>au-dessus</u> du benchmark k	Part de la catégorie dans le total des cas*
Cliniques spéc.	61%	22%	9.2%
Maisons de nais.	16%	1%	0.46%
Hôpital < 1'000 cas	29%	13%	1.2%
Hôpital < 2'000 cas	58%	23%	3.8%
Hôpital < 100 DRG	48%	9%	<i>inconnu</i>

* Proportion des cas de chaque catégorie par rapport au nombre total de cas SwissDRG (1'312'819).

Tableau: Evaluation des hôpitaux situés sous le 25^e percentile dans le Benchmarking HSK 2019 (calculé selon le nombre d'hôpitaux). La valeur de référence est dominée à hauteur 61% par des cliniques spécialisées, resp. à hauteur de 58% par de petits hôpitaux comptant moins de 2000 cas, bien que ces établissements jouent un rôle mineur à l'aune du

⁵ Disponible sous: https://ecc-hsk.info/application/files/6915/3855/0267/BM_SwissDRG_Tarif_jahr_2019_DE.pdf.

nombre total des cas dans l'ensemble du système hospitalier. Le poids des maisons de naissance est également remarquable bien que celles-ci soient soumises à d'autres contraintes réglementaires et qu'elles représentent avec 0.46% une proportion très marginale des cas. Sont aussi nettement surreprésentés les hôpitaux proposant un spectre de prestations très étroit, défini ici comme des établissements recourant à moins de 100 DRG (évaluation propre, fondée sur: Communauté d'achats HSK: Benchmarking HSK pour l'exercice tarifaire 2019; OFSP: Chiffres-clés des hôpitaux suisses, 2017).

- 36 L'influence accordée aux maisons de naissance dans un calcul selon le nombre d'institutions est particulièrement préoccupante (selon l'avis défendu ici, leur intégration dans l'établissement de la valeur de référence des hôpitaux est contraire à la loi en raison des dispositions réglementaires différentes auxquelles elles sont soumises). Ces institutions qui, pour les plus petites traitent environ 20 cas par an, ont donc le même poids que des hôpitaux de prise en charge centralisée ou des hôpitaux universitaires qui comptent 40'000 cas.
- 37 L'analyse des «Chiffres-clés des hôpitaux suisses 2017»⁶ de l'OFSP montre en outre que ce dernier recense 176 hôpitaux soumis au domaine de validité de SwissDRG. Ces hôpitaux traitent au total 1'312'819 cas stationnaires⁷. Les 44 hôpitaux comptant le moins de cas (soit 25%) prennent ensemble 14'001 cas en charge, soit 1,07% de l'ensemble des cas SwissDRG. Le 25^e percentile (calculé selon le nombre d'hôpitaux) imposé comme maximum par le Conseil fédéral représente donc au mieux le **1^{er} percentile calculé selon le nombre de cas**.
- 38 Beaucoup de ces petits hôpitaux n'ont pas été pris en compte jusqu'à présent dans les comparaisons (benchmarking). Leur influence (déformante) devrait cependant s'accroître à l'avenir si les assureurs reprennent de plus ces institutions dans leurs comparaisons sous la menace des sanctions prévues dans le projet (art. 59c^{bis} al. 5 let. b P-OAMal). Ces hôpitaux – qui ne sont pas représentatifs de la fourniture de prestations par les grands établissements de soins aigus – vont donc définir la valeur de référence (benchmark) pour ceux qui supportent le gros de la charge des prestations stationnaires.
- 39 Les conséquences financières peuvent être à nouveau évaluées à la lumière du Benchmarking HSK 2019: si le 40^e percentile (calculé selon les points de casemix) s'élève selon cette comparaison à CHF 10'007, le 25^e percentile (selon le nombre d'hôpitaux) descend à CHF 9'418. La différence s'élève à CHF 589 par point de casemix⁸. Ramené au quelque 1.3 Mio de cas du domaine d'application de SwissDRG, ce sont ainsi **environ CHF 760 Mios qui sont retirés** chaque année au système hospitalier

⁶ Disponible sous: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/zahlen-fakten-zu-spitaelern/kennzahlen-der-schweizer-spitaeler.html>.

⁷ Somme des cas dans les hôpitaux des catégories OFS K111, K112, K121, K122, K123, K231, K232, K233, K234, K235.

⁸ Même avec un critère d'efficacité déjà très sévère et nettement faussé fixé au 30^e percentile (calculé selon le nombre de cas), la valeur de référence (benchmark) selon le Benchmarking HSK 2019 s'élève à CHF 9'871. Il en résulte une différence de CHF 453, soit un montant annuel de quelque CHF 590 Mios qui échappe au système hospitalier.

(et pas seulement les CHF 200 – 250 Mios qui peuvent être économisés au profit de l'AOS selon les calculs du Conseil fédéral⁹).

- 40 Le Tribunal administratif fédéral également considère que ce critère d'efficacité viole les objectifs fixés par le législateur: cette instance a constaté récemment, dans les arrêts C-4374/2017 et C-4461/2017, c. 8.6, qu'une valeur de référence (benchmark) fixée au 25^e percentile souffre d'une *grave distorsion*, ce qui pourrait conduire à une mise en danger de la sécurité de l'approvisionnement (qui, selon le tribunal, ne serait manifestement pas conforme aux objectifs du législateur).
- 41 Le fait que le Conseil fédéral prévoit à l'art. 59c^{bis} al. 4 OAMal la possibilité d'accorder des suppléments aux hôpitaux qui fournissent des prestations supplémentaires qui ne sont pas représentées ne modifie rien à l'avis défendu ici quant à l'illégalité de ce critère d'efficacité:
- 42 Premièrement, un critère d'efficacité est illégal lorsqu'une valeur de référence est fixée qui ne s'oriente pas sur les prestations d'un «hôpital moyen» et qu'elle ne constitue ainsi pas un signal d'efficacité équitable pour un tel établissement.
- 43 Deuxièmement, il est pour le moins «inéquitable» (art. 46 al. 4 LAMal) que la totalité du risque résultant de lacunes de représentation, dont l'origine et les effets exacts n'ont pas pu être saisis jusqu'à présent dans une forme reconnue de tous ni par SwissDRG SA ni par les partenaires tarifaires, soit mise exclusivement à la charge des fournisseurs de prestations.
- 44 Il est dès lors irresponsable, du point de vue réglementaire, de faire dépendre la sécurité du financement des hôpitaux de la preuve juridiquement solide que certains pourront apporter concernant des prestations supplémentaires qui ne sont pas représentées dans la structure tarifaire. Une preuve qui n'est certes pas exclue mais qui paraît cependant très obérée au vu des très grandes incertitudes entourant le contexte exact.

2. Démantèlement de la réglementation incitative par l'élimination des gains d'efficacité

- 45 La réglementation prévue à l'art. 59c^{bis} al. 4 et 8 P-OAMal aboutit à l'élimination pour l'essentiel de la possibilité prévue dans le nouveau financement hospitalier de réaliser un gain d'efficacité:
- 46 Selon l'art. 59c^{bis} al. 4 et 8 P-OAMal, seuls peuvent encore en principe prétendre à un gain d'efficacité les (rares) hôpitaux dont les coûts se situent en-dessous de la valeur de référence (benchmark). Cependant, le gain d'efficacité est limité au maximum à la différence entre les coûts effectifs et la valeur de référence.

⁹ Cf. Rapport du Conseil fédéral, disponible sous: <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/pending.html>, p. 17.

- 47 La possibilité d'un gain d'efficience est donc totalement exclue pour 75% des hôpitaux, dont les coûts se situent au-dessus de la valeur de référence (benchmark). Car selon l'art. 59c^{bis} al. 4 let. c P-OAMal, l'application d'un supplément à la valeur de référence implique que les coûts supplémentaires sont démontrés de manière transparente (en tout cas, il semble que l'art. 59c^{bis} al. 4 let. c P-OAMal doive être compris dans ce sens). Cela signifie que tous les hôpitaux qui se trouvent au-dessus de la valeur de référence (fixée illégalement à un niveau trop bas) peuvent se faire rembourser **au maximum les coûts qui leur sont propres**. En revanche, des gains d'efficience ne sont en soi pas possibles si les coûts que l'on peut attendre objectivement – c'est-à-dire les coûts efficients du fournisseur de prestations concerné – sont plus élevés que ses coûts effectifs.
- 48 En voulant limiter les tarifs aux coûts spécifiques à l'hôpital, le Conseil fédéral réoriente fondamentalement le nouveau financement hospitalier **vers l'ancien financement des établissements**.
- 49 Le Conseil fédéral cède ainsi à une préoccupation qui a été rejetée par la jurisprudence. Dans le cadre de l'arrêt de référence ATAF 2014/3 «Luzerner Kantonsspital» (c. 2.9.1.2) déjà, l'OFSP a défendu la position que les tarifs devaient être (encore) limités aux coûts effectifs spécifiques à l'hôpital.
- 50 Cependant, le Tribunal administratif fédéral indiquait clairement dans son arrêt que, dans le cadre du nouveau financement hospitalier, les tarifs ne devaient plus être orientés sur les coûts spécifiques à l'hôpital et en particulier plus limités à ceux-ci. Les juges rejetaient donc la position de l'OFSP encore ancrée dans l'ancien financement des établissements et précisait que la possibilité de réaliser des gains d'efficience était compatible avec le nouvel art. 49 al. 1 LAMal (ATAF 2014/3, c. 2.9.4).
- 51 Si désormais la possibilité de réaliser des gains d'efficience doit être éliminée par voie d'ordonnance pour 75% des hôpitaux, ce changement est en contradiction claire avec la conception du financement des prestations qui implique des incitations économiques au moins modestes. Une réglementation qui écarte largement ce mécanisme, contredit le principe réglementaire du législateur et n'est donc pas prévue par l'art. 43 al. 7 LAMal.
- 3. Démantèlement du partenariat tarifaire (art. 43 al. 4 LAMal)**
- 52 Le législateur a renoncé à prescrire un prix uniforme pour tous les hôpitaux. En utilisant la formule que les tarifs sont «déterminés» (*sich orientieren*, en allemand) en fonction de la rémunération des hôpitaux efficients (art. 49 al. 1 LAMal), il a créé dans une certaine mesure une marge d'appréciation pour s'écarter de la valeur de référence (benchmark).
- 53 Dans le système de la LAMal, c'est avant tout aux partenaires tarifaires qu'il incombe d'exploiter cette marge d'appréciation, des partenaires

dont la liberté contractuelle (*autonomie tarifaire*) est ancrée expressément à l'art. 43 al. 4 LAMal. Dans un deuxième arrêt de référence (ATAF 2014/36 «Zürcher Stadtspitäler»), le Tribunal administratif fédéral s'est exprimé de manière détaillée sur le rôle central dévolu à l'autonomie tarifaire dans le contexte du nouveau financement hospitalier (c. 24.3.1):

«24.3.1 [...] La LAMal met au premier plan le principe de la liberté contractuelle et «leur laisse, dans une large mesure, la liberté de fixer eux-mêmes le cadre qui soit le meilleur possible pour leurs régimes tarifaires» (Message concernant la révision de l'assurance-maladie, 1991, p. 160-1). Le Tribunal fédéral également a souligné l'importance de la liberté contractuelle. Il a indiqué que les conventions ont pour but, entre autres, d'assurer l'économicité des prestations (arrêt du TF 9C_252/2011 du 14 juillet 2011 c. 5.2) et que les partenaires tarifaires disposent d'une marge d'appréciation étendue pour la fixation des tarifs parce qu'ils sont très probablement les mieux à même d'apprécier dans les cas d'espèce ce qui est approprié et nécessaire (ATF 126 V 344 c. 4.a.; cf. EUGSTER, KVG, op. cit., Art. 43 Rz. 6; ALFRED MAURER, Das neue Krankenversicherungsrecht, 1996, S. 83). Il n'y a pas d'indice montrant que le législateur a voulu restreindre l'autonomie tarifaire lors de la révision de l'organisation du financement hospitalier [...].»

- 54 En outre, le Tribunal administratif fédéral a souligné qu'il est important de ménager une marge d'appréciation, notamment à titre d'incitation à dégager des solutions dans le cadre des négociations contractuelles (ATAF 2014/36, c. 24.3.2).
- 55 Lorsque le Conseil fédéral impose, par acte souverain, un critère d'efficacité (maximum) fixe, dont les partenaires tarifaires ne peuvent en aucun cas s'écarter vers le haut (un écart vers le bas n'étant de toute façon pas pris en compte), il les prive ainsi de toute marge de manœuvre bien que celle-ci soit ancrée expressément dans la loi.
- 56 Le fait que, selon l'art. 59c^{bis} al. 4 P-OAMal, des suppléments, resp. des déductions, doivent être appliqués à la valeur de référence n'y change rien. Car, selon la conception de cet article, les suppléments et les déductions, ainsi que leur montant, sont prévus de manière impérative. Il en découle qu'au niveau de la différenciation tarifaire également, les partenaires ne semblent pour le moment conserver aucune marge propre d'appréciation.
- 57 Le projet d'ordonnance viole ainsi l'art. 43 al. 4 et l'art. 49 al. 1 LAMal. En outre, avec ses dispositions détaillées sur la fixation de tarifs économiques, le Conseil fédéral paraît outrepasser sa compétence limitée aux «principes» selon l'art. 43 al. 7 LAMal.

4. Atteinte à l'égalité de traitement des partenaires tarifaires

58 Dans la perspective du système tarifaire partenarial prévu par la loi, il apparaît critiquable que la valeur de référence (benchmark) doive être «calculée» unilatéralement par les assureurs, selon l'art. 59c^{bis} al. 3 P-OAMal. Pour ce faire, les assureurs doivent manifestement se fonder sur les données de coûts des hôpitaux qui leur sont livrées (et qui sont traitées par eux).

59 Comme le souligne le Conseil fédéral lui-même dans son rapport, le calcul de la valeur de référence «est avant tout l'affaire des partenaires tarifaires dans le cadre de l'autonomie tarifaire ancrée dans la loi (art. 46 al. 1 et art. 49 al. 1 LAMal)»¹⁰¹¹. A l'évidence, les fournisseurs de prestations font aussi partie des partenaires tarifaires. Selon la volonté du législateur, ils disposent des mêmes droits et doivent pouvoir négocier sur pied d'égalité avec les assureurs-maladie.

60 L'auteur de l'ordonnance contrevient au principe de l'égalité de traitement consacré dans la Constitution et la loi (ainsi que celui de l'équité, art. 46 al. 4 LAMal). En effet, il accorde une prééminence structurelle aux assureurs-maladie sur un point central du financement hospitalier – soit la détermination de la valeur de référence (benchmark) – lorsqu'il décrète que les données de coûts traitées par eux font foi et lorsqu'il leur confie le calcul de la valeur de référence.

5. Démantèlement de la marge d'appréciation des cantons

61 De la même manière que la marge d'appréciation des partenaires tarifaires, les dispositions de l'art. 59c^{bis} al. 4 P-OAMal limitent aussi la marge d'appréciation des cantons dont ils disposent dans le cadre de la fixation des tarifs par l'autorité lorsque les partenaires ne parviennent pas à s'entendre contractuellement (ATAF 2014/36, c. 24.3.3).

6. Démantèlement de la clé de répartition légale (art. 49a KVG)

62 Comme exposé en introduction, la clé de répartition de 55% / 45% pour la prise en charge des coûts par les cantons et par l'AOS est l'une des pierres angulaires du nouveau financement hospitalier (cf. point 13).

63 Il découle justement de cette condition d'un financement «fixe» – c'est-à-dire qu'aucune autre rémunération ne doit être accordée en sus – que les moyens financiers versés aux hôpitaux par le biais des forfaits par cas doivent être suffisants pour financer intégralement à long terme un système hospitalier efficient. Cet impératif n'est pas respecté lorsqu'est imposée une valeur de comparaison qui est trop basse pour la plupart des hôpitaux (resp. qui n'est pas «équitable» parce qu'elle n'est pas fondée sur des prestations comparables). Il pourrait en découler que les

¹⁰ Traduit de l'allemand, la teneur de la version française du Rapport du CF étant totalement différente (N.d.T.).

¹¹ Rapport du Conseil fédéral, disponible sous: <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html>, p. 19.

cantons se verront forcés de soutenir les hôpitaux qu'ils détiennent par des subventions afin de garantir l'approvisionnement des soins. Ainsi, non seulement l'interdiction de verser des subventions qui faussent la concurrence sera bafouée mais la clé de répartition des coûts fixée au niveau politique entre les cantons et les assureurs-maladie sera reportée au détriment des premiers, sans que le Conseil fédéral dispose d'un mandat pour une intervention aussi radicale.

V. SYNTHÈSE

- 64 Selon l'opinion défendue dans le présent avis, le Conseil fédéral viole à plusieurs égards la loi en vigueur avec les interventions prévues dans le régime de financement des prestations stationnaires des hôpitaux. En outre, il contourne le consensus politique sur lequel s'est fondé le nouveau financement hospitalier, qui prévoit que les forfaits par cas doivent financer un système efficient et non pas aboutir à une mise en danger de la sécurité de l'approvisionnement.
- 65 On peut prévoir que l'imposition du 25^e percentile (calculé selon le nombre d'hôpitaux) aurait de graves conséquences sur le financement des principaux prestataires des soins hospitaliers. En se fondant sur les comparaisons (benchmarking) actuelles, on aboutit à un déficit de financement dépassant largement le demi-milliard de francs chaque année par rapport à aujourd'hui. Ce manque de financement toucherait précisément les hôpitaux qui assument une fonction importante dans l'approvisionnement et conduirait à une baisse de la qualité ou à un report du financement sur les cantons (et dans la foulée à de possibles hausses d'impôts).
- 66 Il apparaît aussi critiquable que, pour définir les nouvelles prescriptions, le Conseil fédéral ne s'est, semble-t-il, pas appuyé sur des analyses approfondies et basées sur des données. Et qu'il n'a, apparemment, pas évalué non plus les conséquences (de telles analyses et évaluations ne sont en tout cas pas évoquées dans les documents explicatifs). Sa démarche semble avoir été guidée uniquement par la perspective d'une économie sur les coûts de l'AOS au détriment des hôpitaux¹². Le Conseil fédéral n'établit en aucune façon qu'une telle économie serait objectivement indiquée ou justifiée compte tenu des tarifs en vigueur actuellement.
- 67 L'intervention prévue par le Conseil fédéral apparaît en outre particulièrement discutable car elle touche aussi le financement uniforme du stationnaire et de l'ambulatoire (EFAS), un projet d'envergure pour la politique de la santé, dont le cœur porte sur la répartition du financement entre les cantons et l'AOS¹³. La clé de répartition des coûts constitue

¹² Rapport du Conseil fédéral, disponible sous: <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html>, p. 17.

¹³ Cf. Initiative parlementaire Humbel. Financement moniste des prestations de soins (09.528).

VISCHER

encore l'un des points de frictions entre les parties prenantes¹⁴. Dans ce contexte, il apparaît d'autant plus indiqué que l'exécutif s'abstienne actuellement de toute activité réglementaire qui peuvent avoir un impact sur la répartition du financement. Avec le présent projet, le Conseil fédéral fait exactement le contraire: il fixe un critère d'efficience qui reportera la charge financière à venir sur les cantons et risque de préjuger des décisions du législateur sur l'EFAS.

- 68 Les hôpitaux et leur association seront contraints de s'opposer vigoureusement aux mesures prévues. Ce d'autant plus que la légalité d'une ordonnance peut être contestée devant un tribunal uniquement dans un cas d'espèce et comme question préjudicielle (l'instance exerce un contrôle concret et non abstrait de la norme).

* * * * *

¹⁴ Cf. Prise de position de la CDS: «Iv. pa. 09.528 Financement moniste des prestations de soins», p. 3, consultable sous: https://www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/aktuelles/stellungn/SN_2019/SN_GDK_EFAS_Entwurf_SGK-NR_20190627_f.pdf.