

Ombudsman
**de l'assurance-maladie
sociale**

**Rapport d'activité
2004**

Fondation Médiateur de l'assurance-maladie sociale

Conseil de fondation

Rudolf Gilli	Zumhofhalde 38, 6010 Kriens Président
Paul Zbinden	avocat; Dr en droit; ancien Conseiller national, Rte. Cité-Bellevue 6, 1700 Fribourg, Vice-président
Giordano Beati	Dr en droit; Ancien Juge Fédéral, Via Vincenzo Vela 10, 6850 Mendrisio
Christoffel Brändli	mag. oec. HSG; Conseiller aux Etats; Président de santésuisse, Auwaldweg 7, 7302 Landquart
Christiane Langenberger	Conseillère aux Etats, Rue de l'Eglise 2, 1122 Romanel-sur-Morges
Markus Moser	Dr en droit, Bruggbühlstrasse 30a, 3172 Niederwangen
Marie-Christine Roessler	Rte. du Signal 7, 1018 Lausanne

Secrétariat

Gebhard Eugster	Dr. iur., avocat, Ombudsman
Morena Hostettler Socha	Lic. iur. avocat, service juridique
Isabelle Gottraux	Lic. iur., service juridique
Urs Eigensatz	Expert dipl. en assurance-maladie
Hans-Thomas Scherrer	Lic. iur., secrétaire de l'ombudsman

Ombudsman de l'assurance-maladie sociale
Morgartenstrasse 9, 6003 Lucerne

Téléphone:

Français	041 226 10 11
Deutsch	041 226 10 10
Italiano	041 226 10 12

Téléfax: **041 226 10 13**

E-Mail: **info@om-am.ch**

Homepage: **www.ombudsman-am.ch**

Table des matières

1	Office	4
2	Conseil de fondation	4
3	Requêtes présentées	4
	Entrées par matière	4
	Entrées par langue	5
	Évolution des entrées	5
	Entrées au cours de 2004	6
4	Liquidation des cas	6
	État des cas liquidés	6
	Principes d'exécution	6
5	Pratique de l'assurance obligatoire des soins	7
	TARMED – le nouveau tarif médical	7
	Risques de coûts en cas de changement d'assureur	9
	Tarifs de primes lors de séjour en EMS	11
	Prestations en établissement médico-social	12
	Hospitalisation hors canton	12
	Tarif du lieu de résidence pour les soins	13
	Prestations stationnaires dans le régime sans convention	14
	Reconnaissance de méthodes de traitement comme prestations obligatoires	16
6	Pratique des assurances complémentaires de soins	17
7	Pratique de l'assurance d'indemnités journalières	19

1 Office

L'office de médiation à Lucerne était confié, durant l'année passée sous revue, aux soins de l'Ombudsman (Gebhard Eugster), de deux collaboratrices juridiques (Isabelle Gottraux et Morena Hostettler Socha), d'un collaborateur spécialisé (Urs Eigensatz) et d'un secrétaire (Hans-Thomas Scherrer).

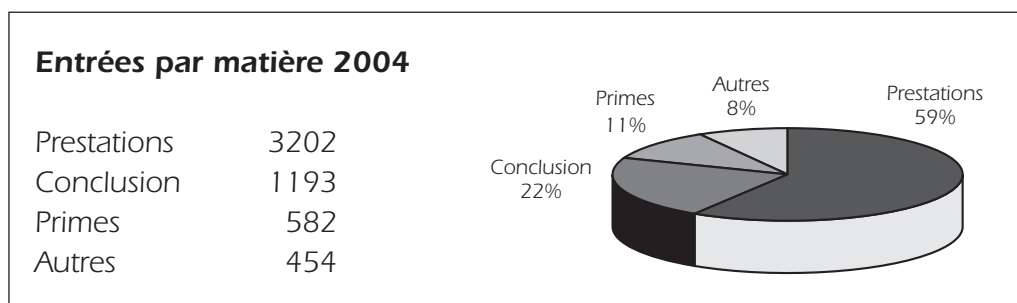
2 Conseil de fondation

Le conseil de fondation s'est réuni le 28 avril 2004 pour examiner les comptes annuels de l'exercice 2003 et pour adopter le rapport annuel 2003. Au cours d'une séance ultérieure, qui s'est tenue le 23 novembre 2004, le conseil de fondation s'est réuni pour arrêter le budget 2005 et discuter de la marche des affaires et de questions stratégiques (orientation future de l'office, forme de collaboration avec l'office de médiation de l'assurance privée et de la Suva, futur lieu d'implantation de l'office de médiation de l'assurance-maladie, etc.). La discussion sur les questions stratégiques arrivera à terme en 2005, raison pour laquelle les résultats seront présentés dans le rapport d'activité de l'exercice 2005.

3 Requêtes présentées

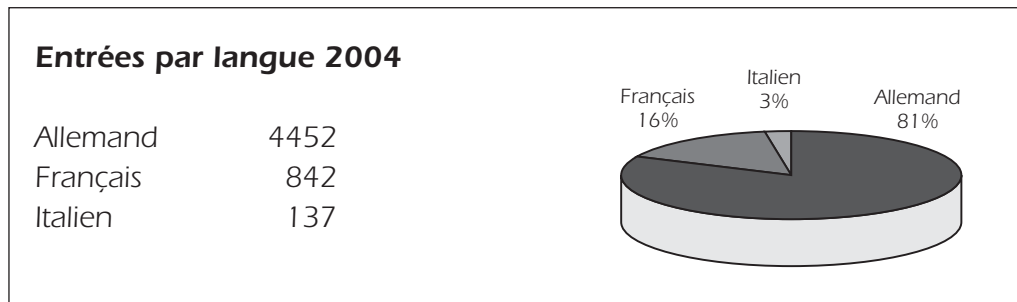
Entrées par matière

Durant l'année de référence, 5431 cas ont été présentés à l'Ombudsman (2003: 6071). La répartition par matière montre que 3202 dossiers sont à attribuer au secteur des prestations d'assurance (2003: 3571), 1193 au domaine des conclusions d'assurance ou des changements d'assurance (2003: 1371), tandis que 582 concernent le thème des primes (2003: 788). Les 454 cas restants portaient sur des questions sans lien avec l'assurance-maladie (2003: 341).



Entrées par langue

La répartition selon les langues donne 4452 entrées en allemand (2003: 4900), 842 en français (2003: 962) et 137 en italien (2003: 209).



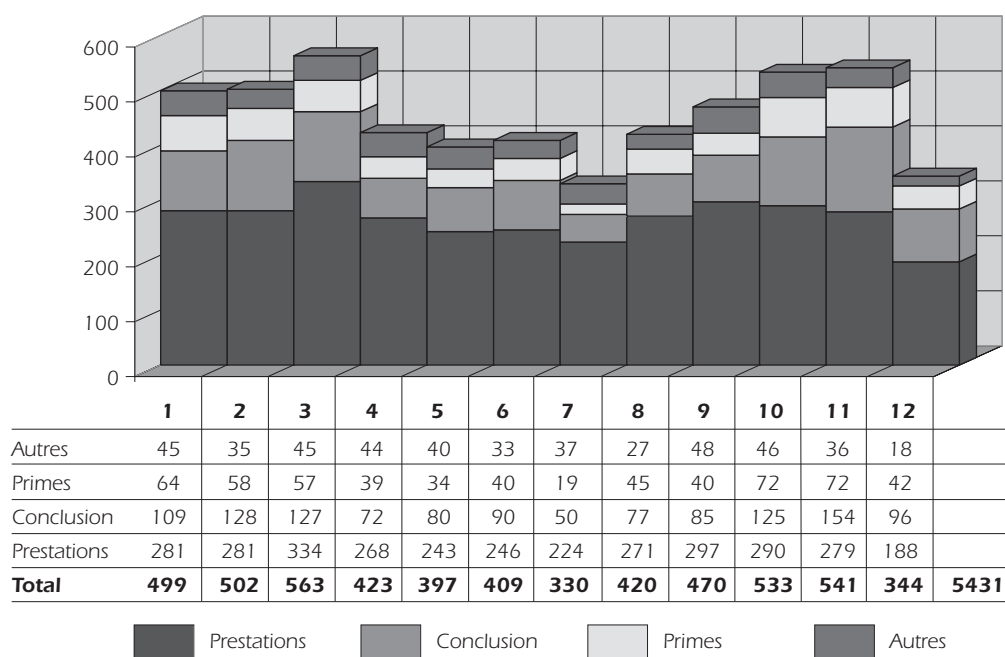
Durant l'année sous revue (2004), les pourcentages de répartition des cas entre les langues nationales ne se sont pas modifiés par rapport à l'année précédente (2003).

Évolution des entrées

L'année sous revue (2004: 5431) a enregistré une diminution des entrées de 640 cas par rapport à l'exercice précédent (2003: 6071). La répartition par matière est restée, pour l'essentiel, la même. Les entrées concernant les prestations d'assurance forment toujours le principal contingent, fort de 3202 entrées (2003: 3571; 2002: 3449; 2001: 3116; 2000: 3141).

Depuis 1996, un nombre d'entrées supérieur à 6000 cas a toujours été l'expression d'événements particuliers (introduction de la loi sur l'assurance-maladie, ci-après LAMal, et changement de système dans les assurances complémentaires en 1996/97; limitation du rayon d'activité d'une grande caisse-maladie en 1998; turbulences d'ordre financier et administratif d'une grande caisse-maladie en 2002 et 2003). L'exercice 2004 ne s'est distingué par aucun événement exceptionnel qui aurait causé une accumulation spécifique de problèmes, que ce soit en général ou chez un assureur-maladie en particulier. Depuis 1996, durant les années normales, les entrées oscillaient entre 5200 et 5500 dossiers. Avec 5431 entrées, l'exercice 2004 entrera donc dans les annales comme une année ordinaire.

Entrées au cours de 2004



4 Liquidation des cas

État des cas liquidés

En tenant compte des 149 requêtes de l'année précédente en suspens au début 2004 et des 5431 nouvelles entrées, l'office de médiation eut, au total, 5490 demandes à traiter. 5289 affaires purent être liquidées au cours de la même année, de sorte que 201 cas étaient encore pendants à la fin de l'année de référence.

Principes d'exécution

Durant l'année de référence, les mêmes principes que ceux déjà appliqués les années antérieures ont prévalu pour la façon de liquider des cas. L'Ombudsman et ses collaborateurs ont répondu si possible oralement aux demandes téléphoniques, quand la réponse pouvait être apportée sans dossier. Les requêtes écrites ont donné lieu à une réponse écrite quand il ne s'agissait pas de questions vraiment très simples. Dans les cas plus complexes, l'Ombudsman ou ses collaborateurs ont discuté du litige avec les intéressés avant de formuler une prise de position écrite. En général, les interventions auprès des assureurs-maladie ont été faites par écrit.

Si l'affaire est soumise pour médiation alors qu'une décision formelle a déjà été prononcée par la caisse l'Ombudsman attire l'attention du requérant sur le fait que sa requête n'interrompt pas le délai d'opposition. Il conseille l'assuré sur l'utilité de faire opposition et sur les arguments plaidant en faveur ou en défaveur du point de vue de l'assureur-maladie. À ce stade de la procédure, il n'intervient toutefois qu'exceptionnellement auprès de l'assureur-maladie, par exemple en cas de décisions indéniablement erronées ou de litiges complexes où les compétences des assurés sont manifestement insuffisantes. Il se limite à exposer à l'assureur-maladie les points de vue qu'il convient d'observer tout particulièrement dans la décision sur opposition.

5 Pratique de l'assurance obligatoire des soins

La méthode de travail et l'efficacité de l'office de médiation seront illustrées ci-après par des comptes rendus résumant quelques cas exemplaires portant sur des questions et problèmes fréquents ou particuliers. Pour des raisons de protection de la personnalité, les noms et les éléments permettant une identification ont été supprimés ou modifiés. Les faits, l'instruction de l'affaire et la solution du litige sont exposés de façon simplifiée.

TARMED – le nouveau tarif médical

Durant l'année sous revue, l'introduction du tarif à la prestation TARMED, qui présente une structure unifiée, a marqué un tournant étant donné que celui-ci est valable pour toutes les prestations médicales ambulatoires dispensées en cabinet privé et à l'hôpital et qu'il remplace donc les différents tarifs médicaux cantonaux antérieurs. L'office de médiation n'a pas été concerné au premier chef par cet événement. Néanmoins, les demandes reçues à ce sujet ont été nombreuses durant le premier semestre; rétrospectivement, il apparaît que cela correspondait essentiellement aux difficultés initiales attendues.

Les premières réclamations d'assurés portaient sur la lisibilité des notes d'honoraires établies selon TARMED. La difficulté ressentie à la lecture des factures était moins causée par le manque d'habitude face au nouveau mode de facturation que par le langage tarifaire qui n'est qu'en partie accessible au profane, du fait notamment d'une codification composée d'abréviations, de lettres et de chiffres, incompréhensibles pour les assurés sans légende ou autres explications complémentaires. Différents assureurs-maladie se sont rendu compte depuis de cette lacune et ont publié dans les magazines destinés à leurs clients des aides à la lecture de TARMED.

La conclusion de franchises à option élevées a conduit manifestement chez l'assuré à une prise de conscience plus forte des coûts en matière de traitements médicaux. L'office de médiation se voit donc, davantage que par le passé, confronté à des questions tarifaires (qui, la plupart du temps, n'entrent pas dans ses compétences) telles que de savoir si le médecin a le droit de facturer telle ou telle position tarifaire ou comment faire quand le médecin, de l'avis de la personne assurée, a trop facturé (par exemple des durées de consultation trop longues). Dans les premiers mois après l'introduction de TARMED, ce phénomène s'était, comme l'on s'y attendait, renforcé.

Le principal type de problème concernait des assurés qui se plaignaient que dans leur cas, le prix d'un certain traitement médical avait considérablement augmenté par rapport à l'avant-TARMED. Il semble que dans toute la population l'idée s'était répandue que les traitements médicaux sous TARMED ne devaient pas être plus onéreux, en raison de la neutralité des coûts recherchée par les parties à la convention tarifaire. Il s'agissait donc d'expliquer aux assurés les raisons qui faisaient que la neutralité des coûts s'appliquait à l'ensemble

des dépenses d'un secteur médical, et non à chaque cas particulier de traitement. En effet, le but avoué des créateurs de TARMED était de mieux rémunérer certaines catégories de médecins et d'en rétrograder d'autres par rapport à la situation précédente. D'autre part, certaines positions des anciens tarifs cantonaux n'étaient pas, bien souvent, calculées selon des critères d'économie d'entreprise, raison pour laquelle, dans des cas particuliers, les coûts de certaines mesures médicales pouvaient nettement augmenter dans TARMED par rapport à l'ancien régime tarifaire.

Un autre type de problème portait sur des différends concernant l'application de la position TARMED correcte. Il s'agissait souvent de questions relevant de la compétence de la commission paritaire d'interprétation (CPI), dont la tâche est de fournir une interprétation uniforme et contraignante sur le plan suisse en cas d'incertitudes ou de doutes. De tels dossiers ont abouti chez l'Ombudsman quand l'assureur-maladie et le médecin n'étaient pas parvenus à s'entendre sur l'application correcte du tarif et qu'ils avaient, pour finir, laissé l'affaire en suspens sans y apporter de solution, le médecin maintenant pour sa part le montant de sa facture et l'assureur-maladie ne remboursant que la prestation qu'il estimait conforme à TARMED, laissant ainsi le patient avec des frais non couverts. L'exemple simple du cas 1 illustre ce type de problème.

Cas 1

Le patient téléphona un samedi vers 16 h 00 pour des douleurs d'oreille à son médecin de famille qui, cet après-midi-là, assurait le service d'urgence régional mais dont le cabinet était, comme à l'ordinaire, ouvert. L'assistante du cabinet pria le patient de venir immédiatement, ce qu'il fit. Celui-ci dut patienter brièvement dans la salle d'attente, jusqu'à ce que le traitement d'un autre patient soit terminé et que le transfert à l'hôpital soit organisé dans un autre cas. Dans sa facture d'honoraires, le médecin factura, entre autres, l'indemnité forfaitaire de dérangement en cas d'urgence (00.2520) d'un montant de Fr. 106.80 ainsi que la position majoration en % pour urgence B (00.2530) von Fr. 5.32.

Après que l'assuré eût transmis la note d'honoraires du médecin de famille à sa caisse-maladie pour remboursement, la caisse vérifia le caractère urgent du traitement et parvint à la conclusion que les forfaits s'y rapportant (00.2520 et 00.2530) avaient été facturés à tort. En effet, selon l'interprétation médicale de TARMED, on ne peut parler de traitement d'urgence que si le médecin s'occupe «immédiatement, sans délai» du patient, ce qui n'avait pas été le cas en l'occurrence. La caisse demanda donc au médecin de corriger la note d'honoraires. Ensuite, la caisse-maladie et le médecin échangèrent une correspondance nourrie sur la notion d'urgence. Celle-ci se terminait de la part du médecin par le constat que le patient était débiteur des honoraires et qu'il devait s'en acquitter, indé-

pendamment du remboursement que sa caisse-maladie était prête à effectuer. La caisse-maladie, pour sa part, ne remboursa pas à l'assuré les forfaits d'urgence litigieux et ne donna plus suite à cette affaire. L'assuré s'adressa à l'Ombudsman, car il ne pouvait se déclarer d'accord avec l'issue de cette discussion tarifaire.

Effectivement, les interprétations médicales de TARMED concernant le caractère d'urgence d'un traitement laissaient une importante marge d'appréciation. De prime abord, on ne pouvait critiquer l'objection du médecin qui faisait valoir que le critère d'urgence «immédiatement, sans délai» ne pouvait signifier qu'il devait laisser tout en plan quand un cas d'urgence se présentait. Il lui appartenait d'apprécier, sur la base de la description donnée par téléphone par le patient ou ses proches, s'il pouvait encore terminer un traitement ou toute autre activité en cours avant de s'occuper du patient dans son cabinet ou de se rendre à son domicile.

Mais ces arguments ne tenaient pas assez compte de l'aspect de dérangement. De l'avis de l'Ombudsman, on ne peut parler de dérangement pour un traitement d'urgence que si le médecin doit quitter sans délai son cabinet pour se rendre chez le patient ou s'il doit se rendre spécialement à son cabinet pour y soigner le patient en dehors des heures habituelles d'ouverture. De tels inconvénients, inévitables pour le médecin (dérangements) dans la marche habituelle de son cabinet

ou dans sa vie privée, justifient à juste titre une indemnisation spéciale (forfait d'urgence). Le but et le sens d'un forfait d'urgence consistent bien à indemniser un sérieux dérangement. Mais on ne peut pas parler systématiquement de dérangement important si un cas urgent doit être traité de manière non prévue certes, mais durant les horaires habituels d'ouverture du cabinet, lesquels peu-

vent coïncider avec des samedis de garde. Pour constituer un dérangement important, le traitement ne saurait souffrir aucun retard. La clarification définitive de cette question tarifaire litigieuse resta, pour finir, en suspens, car le médecin renonça à exiger de l'assuré le paiement de l'indemnité forfaitaire de dérangement en cas d'urgence.

Risques de coûts en cas de changement d'assureur

D'une façon générale, les assurés s'attendent, dans l'assurance obligatoire des soins, à pouvoir changer de caisse-maladie sans désavantages. Or, la réalité est toute autre depuis les premiers jours de la LAMal. Les réglementations contractuelles des assurances complémentaires empêchaient, de diverses façons, le libre changement d'assureur selon l'art. 7 al. 1 et 2 de la loi sur l'assurance-maladie (LAMal). Ainsi au cours des premières années de la LAMal, plusieurs assureurs prévoyaient dans les conditions afférentes à leurs assurances complémentaires que certaines assurances complémentaires s'éteignaient automatiquement avec la résiliation de l'assurance obligatoire des soins (voir à ce sujet le rapport d'activité de 1997, page 13). Avec la révision de la LAMal du 25.3.2000 et l'introduction de l'art. 7 al. 7 et 8 LAMal (AS 2000 2305 2311; FF 1999 793), de telles clauses contractuelles furent interdites par la loi. En réaction, certains assureurs-maladie prélevèrent pour les assurances complémentaires, en cas de résiliation de l'assurance obligatoire des soins, des suppléments pour frais administratifs en sus des primes ordinaires (rapport d'activité 2000, page 11), ce qui amena l'Office fédéral des assurances privées à émettre le 12.10.2001 une directive limitant le montant de tels suppléments, en vue de préserver la liberté de changer de caisse pour la couverture de base. Heureusement, de tels suppléments pour frais d'administration ont entre-temps pratiquement disparu. Néanmoins, au grand déplaisir des assurés, tous les obstacles empêchant de changer librement d'assureur de base n'ont pas été éliminés, comme le montrent les cas 2 à 4 ci-après.

Cas 2

La famille A était assurée pour l'assurance obligatoire des soins à la caisse-maladie X. Lorsque leur deuxième fille vint au monde, ils reçurent les félicitations de leur caisse-maladie qui, dans une lettre publicitaire, se vantait en même temps d'être une entreprise favorable aux familles. Elle leur offrait d'assurer le nouveau-né gratuitement durant le mois de naissance et d'accorder au deuxième enfant et aux suivants l'exonération des primes pour les assurances complémentaires dont elle faisait l'article. La famille accepta cette offre et conclut pour leurs deux filles les assurances complémentaires en question.

En novembre 2004, les parents constatèrent que leur caisse-maladie ne parvenait plus, de leur point de vue, à proposer dans l'assurance obligatoire des

soins des primes qui soient compétitives pour 2005. Ils résilièrent donc l'assurance obligatoire des soins ainsi que les assurances complémentaires. La caisse-maladie refusa la résiliation des assurances complémentaires du fait que le délai de résiliation ordinaire de trois mois n'était pas respecté. Dans le même temps, elle préleva les primes des assurances complémentaires de l'année suivante pour les deux enfants. Le père s'adressa donc à l'Ombudsman pour savoir si la caisse-maladie avait le droit de maintenir pour 2005 les assurances complémentaires à des conditions de primes qui n'avaient jamais été conclues de la sorte.

Il résulta des renseignements pris par l'Ombudsman que l'exonération des primes pour le deuxième enfant n'était pas prévue dans les conditions d'assurance et qu'elle reposait uniquement sur le-

dit écrit publicitaire qui contenait toutefois en complément de l'offre, en petits caractères et entre parenthèses, la remarque «Ne vaut qu'en combinaison avec l'assurance de base». Mais cela ne signifiait pas pour autant clairement pour le preneur d'assurance que la résiliation de l'assurance obligatoire des soins entraînait la suppression de l'exoné-

ration de prime. L'Ombudsman recommanda donc à la caisse-maladie d'accepter la résiliation pour l'enfant exonéré de prime, car il ne ressortait pas assez clairement de la lettre publicitaire que l'exonération des primes était supprimée en cas de résiliation de l'assurance de base.

Cas 3

A avait conclu auprès de l'assureur-maladie C l'assurance obligatoire des soins et l'assurance complémentaire D. Cette assurance complémentaire incluait une protection juridique des patients destinée à protéger les assurés des conséquences financières en cas de litige avec les hôpitaux, médecins ou autres fournisseurs de prestations. L'assurance se charge principalement des conseils, de la représentation et de la défense en cas de litiges portant sur les demandes d'indemnisations lors d'erreurs médicales de traitement ou de manquements au devoir d'information incombant au fournisseur de prestations.

En novembre 2003, A résilia l'assurance obligatoire des soins pour passer à une autre caisse-maladie. En octobre 2004, il sollicita de l'assureur complémentaire une protection juridique dans un litige l'opposant à son physiothérapeute en raison d'une prétendue erreur de traitement au printemps 2004. La caisse-maladie refusa la demande, au motif qu'elle ne pouvait fournir de prestations du fait que l'assurance obligatoire des soins n'était pas conclue chez elle lors de la survenue du cas d'assurance. A ne pouvait l'accepter et se plaignit auprès de l'Ombudsman que l'assureur avait passé sous silence que la protection juridique des patients n'était valable que si l'assurance obligatoire des soins était également conclue chez lui.

L'Ombudsman ne put confirmer le point de vue de l'assuré. Selon les conditions de l'assurance complémentaire D pour la protection juridique des patients, la couverture est fournie «en relation avec

des prestations pour lesquelles une couverture d'assurance existe chez l'assureur-maladie C». Par conséquent, on pouvait aisément en tirer la conclusion qu'il n'y avait pas de protection juridique des patients dans le cadre de prestations légales de l'assurance obligatoire si l'assurance de base n'était pas conclue auprès de l'assureur-maladie. Une telle réglementation contractuelle n'est ni interdite, ni inhabituelle. Les recherches ultérieures de l'Ombudsman montrèrent que la plupart des assureurs-maladie qui accordent une protection juridique des patients intégrée à une assurance complémentaire pratiquent finalement de la même façon que l'assureur-maladie C.

Le problème de telles dispositions contractuelles ne réside pas en premier lieu dans un manque de transparence des conditions d'assurance, mais dans l'effet de surprise ou dans le caractère inhabituel des clauses contractuelles litigieuses. Personne ne pense, au moment de la résiliation de l'assurance obligatoire des soins, aux conséquences contractuelles au niveau de la protection juridique des patients et personne ne se renseigne à ce sujet avant la résiliation. L'irritation des assurés, bien compréhensible, est d'autant plus grande quand un cas concret d'assurance se produit après la résiliation et que les attentes placées dans la protection juridique des patients sont déçues. Même s'il y a peu d'éléments juridiques pour pouvoir attaquer par des moyens de droit ces clauses contractuelles litigieuses de fidélisation des clients, il faut néanmoins convenir qu'elles ne sont plus, aujourd'hui, adéquates et opportunes et qu'elles devraient donc être éliminées.

Cas 4

Entre l'entreprise R et la caisse-maladie Y existe un contrat collectif dans le domaine des assurances complémentaires auquel le travailleur G est affilié. Celui-ci est également couvert auprès de Y pour l'assurance obligatoire des soins. Lorsque les primes de l'assurance obligatoire, qui augmentèrent à nouveau en 2005, ne lui parurent plus supportables, il résilia et changea pour une autre caisse-maladie. La caisse antérieure lui fit alors savoir que, selon les dispositions contractuelles, l'appartenance au contrat collectif n'était possible que si l'assurance obligatoire des soins était également conclue auprès de la caisse Y. En raison de sa résiliation, il

ne faisait donc plus partie du cercle des assurés collectifs et devait passer dans l'assurance individuelle s'il ne souhaitait pas renoncer aux assurances complémentaires. Le tarif de primes de l'assurance individuelle était toutefois de plus de 40% supérieur à celui de l'assurance collective. L'assuré s'adressa à l'Ombudsman pour se renseigner sur la légalité d'une telle réglementation de contrat collectif.

Il ressortit des renseignements pris auprès de la caisse-maladie Y que les personnes comprises dans l'assurance collective constituaient dans le domaine complémentaire une propre communauté de risque qui, du point de vue actuariel, présentait

une meilleure répartition des risques que celle de l'assurance individuelle, ce qui se répercutait en conséquence sur le tarif de re primes. L'assuré s'en pris, à raison, à de tels montages en matière de contrats collectifs en soutenant que ceux-ci rendaient beaucoup plus difficile un changement de l'assureur de base, car l'éventuel avantage en matière d'assurance obligatoire des soins se voyait, le cas échéant, totalement ou en partie supprimé par le supplément de primes à payer dans les assurances complémentaires. Aux termes de l'art. 7 LAMal, lorsque l'assuré change d'assureur, l'ancien assureur ne peut le contraindre à résilier également les

assurances complémentaires (al. 7), ni ne peut résilier les assurances complémentaires au seul motif que l'assuré change d'assureur pour l'assurance-maladie sociale (al. 8). Dans le présent cas, l'assureur-maladie annulait les complémentaires dans le cadre du contrat collectif uniquement du fait de la résiliation de l'assurance de base. La personne peut certes être assurée à nouveau, sans examen des risques, au titre de l'assurance individuelle, mais toutefois pour une prime nettement plus élevée. On doit se demander si de tels montages sont compatibles avec l'art. 7 al. 8 LAMal.

Tarifs de primes lors de séjour en EMS

Outre le terme de domicile (art. 3 al. 1 et 3 LAMal), la LAMal utilise également dans différentes dispositions le concept de lieu de résidence ou de canton de résidence. Ainsi le lieu de résidence de la personne assurée s'avère-t-il déterminant pour l'échelonnement régional des primes (art. 61 al. 2 LAMal), tout comme pour la détermination du tarif de référence en cas de traitement ambulatoire (art. 41 al. 2, phase 2 LAMal) qui comprend également, conformément à la pratique, les soins en établissement médico-social (ATF 126 V 484, 488 consid. 4c; voir également le cas 7 ci-après). Dans les considérants 5 de cet arrêt, le Tribunal fédéral des assurances avait estimé dans une phrase incidente qu'un assuré résidant dans un EMS bernois, qui avait son domicile civil dans le canton de Soleure en raison de la tutelle à laquelle il était assujéti, devait payer les primes selon le tarif déterminant pour le canton de Berne. La justesse de cette affirmation a été mise en question dans les milieux de l'assurance-maladie. De fait, le concept du lieu de résidence, au sens de l'art. 41 al. 1 phrase 2 LAMal, ne revêt que partiellement la même teneur que l'homonyme utilisé à l'art. 61 al. 2, phrase 2 LAMal. Dans le cas 5 ci-après, il n'a pas été utile d'entrer dans ces considérations de principe, car la discussion portait sur le lieu de résidence à l'intérieur du canton.

Cas 5

L'assurée, âgée de 78 ans, habite depuis 1999 dans un home médicalisé sis dans la commune rurale zurichoise de P. Elle resta toutefois enregistrée au bureau du contrôle des habitants de la ville de Zurich, où elle avait un appartement avant de déménager volontairement en foyer. En 2003, elle devint dépendante de soins selon un degré léger, et en 2004, selon un degré moyen. La caisse-maladie lui factura pendant ces années les primes de l'assurance obligatoire des soins selon le tarif de la ville de Zurich. Par lettre du 19 mars 2004, Pro Senectute exigea pour l'assurée l'application du tarif de primes moins élevé, valable au lieu de situation du home médicalisé pour personnes âgées. La caisse-maladie refusa au motif que pour déterminer les primes à l'intérieur du canton il fallait se baser sur le lieu où la personne assurée était déclarée comme habitante (en l'occurrence la ville de Zu-

rich), ce qui correspondait en général au domicile civil. L'office de médiation parvint, en raison des considérations ci-après, à une autre appréciation juridique.

Aux termes de l'art. 61 LAMal, l'assureur peut échelonner les montants des primes s'il est établi que les coûts diffèrent selon les cantons et les régions. Le lieu de résidence de la personne assurée est déterminant. Le point litigieux portait donc sur le fait de savoir ce qu'il fallait entendre par lieu de résidence au sens de l'art. 61 al. 2 LAMal.

Dans son acception commune on entend, par lieu de résidence l'endroit où une personne demeure habituellement; il s'agit du lieu où une personne habite effectivement durant un certain temps ou a un centre d'affaires, d'activités, sans y avoir nécessairement son domicile (Petit Robert, 1992). L'inter-

prétation découlant de la signification du mot comprend donc par lieu de résidence un lieu de séjour où la personne vit effectivement assez longtemps et qui est maintenu un certain temps selon sa volonté. Ce lieu était, dans le cas présent, ladite commune rurale zurichoise, où l'assurée habitait depuis 1999.

Cette conception résultait également de la ratio legis («raison d'être de la loi») de l'art. 61 al. 2 LAMal. Le législateur part de l'idée que les assurés, en règle générale, se font soigner dans la région où ils demeurent depuis un certain temps et c'est pourquoi les assureurs-maladie doivent être autorisés à percevoir les primes en fonction de la structure de coût de cette région. Quiconque habite dans une région aux coûts de santé plus bas et engendre, de ce fait, des frais d'assurance moins élevés doit payer une prime proportionnellement plus basse et ne doit pas, par le truchement de ses primes, être appelé à supporter les coûts de régions plus coûteuses. L'assurée habitait depuis 1999 sans interruption dans une commune présentant une structure de coûts moins onéreuse et l'on ne pouvait donc justifier de façon convaincante la raison pour laquelle elle aurait dû s'acquitter des primes plus élevées de la région urbaine de Zurich. Aucun élément objectif ne put être trouvé pour étayer la perception des primes selon le tarif zurichois.

Quand le législateur ou l'auteur d'une ordonnance entendent se fonder sur le domicile selon l'art. 23–26 CC, il le font en utilisant ce concept, ce qui n'est pas le cas dans le cadre de l'art. 61 al. 2 LAMal. Mais même dans le cas présent, la notion de domicile aurait été appropriée. Selon l'art. 26 CC, le fait qu'une personne soit placée dans un hôpital ne constitue pas un domicile, tandis que l'emménagement en maison de retraite est en règle générale constitutif d'un domicile. Si une personne ayant besoin de soins abandonne son ancienne habitation pour s'installer en établissement médico-social, elle établit également son domicile au nouveau lieu, si elle décide elle-même de son entrée avec l'intention de déplacer son centre de vie dans l'EMS. Dans ces circonstances, ce n'est plus le but particulier des soins, mais le caractère définitif et durable du séjour en foyer qui détermine la question du domicile.

Dans le présent cas, l'assurée n'a pas été placée en home médicalisé mais y est allée de son propre chef. Son entrée n'était pas non plus dictée par une maladie avancée. Par conséquent, elle avait établi son domicile au lieu du home médicalisé. Il fallait considérer que si le centre de vie de la personne assurée se situe en un autre lieu que celui où elle déposé ses papiers, celui-ci n'est pas déterminant pour le domicile civil (ATF 127 V 237, 241).

Prestations en établissement médico-social

Le cas 6 traite du concept de canton de résidence selon l'art. 41 al. 1 phrase 3 LAMal, en relation avec un traitement stationnaire, que l'office de médiation considère comme canton de domicile (voir également l'arrêt du TFA K 108/04 du 17.1.2005), alors que le cas 7 porte sur le tarif déterminant pour les soins en établissement médico-social.

Hospitalisation hors canton

Cas 6

L'assurée qui n'est ni sous tutelle ni sous curatelle, réside depuis 12 ans dans le home médicalisé pour personnes âgées de la commune bernoise de K, tout en étant restée enregistrée sans interruption au contrôle des habitants de la ville de Bâle, sans jamais y être retournée, même temporairement. Du 9.2.2004 au 27.2.2004, elle s'est fait hospitaliser en division commune d'un hôpital public du canton de Berne. L'hôpital la considéra comme patiente hors canton et établit donc sa facture selon le tarif pour les patients hors canton. La caisse-maladie remboursa la taxe qu'elle aurait dû payer si l'assurée avait été hospitalisée dans le canton de Bâle-Ville. Étant donné qu'il ne s'agissait pas d'une hospitalisation d'urgence, des frais importants, non couverts, restaient à la charge de l'assurée. Celle-ci s'adressa à l'Ombudsman, estimant que la caisse-

maladie devait prendre en charge des frais bien plus importants.

Aux termes de l'art. 41 al. 1 phrase 3 LAMal, l'assureur, en cas de traitement hospitalier ou semi-hospitalier, prend en charge les coûts jusqu'à concurrence du tarif applicable dans le canton où réside l'assuré. Une réglementation spéciale s'applique, en vertu de l'art. 41 al. 2 et 3 LAMal, aux hospitalisations hors canton pour raisons médicales (urgences ou prestations médicales ne pouvant être dispensées dans le canton de résidence). Du fait que l'assurée, dans le cas présent, avait été hospitalisée hors canton sans qu'il y ait de raison médicale, la décision de la caisse-maladie de verser ses prestations selon le tarif hospitalier de Bâle-Ville paraissait, de prime abord, correcte. Mais en y regardant de plus près, la question se posa de savoir si la caisse-

maladie et l'hôpital avait considéré à juste titre qu'il s'agissait d'une hospitalisation hors canton.

Le canton où une personne a sa résidence au sens du Code civil suisse (CC) répond, en tout état de cause, à la définition du canton de résidence selon l'art. 41 al. 1 phrase 2 LAMal. Le domicile de toute personne, aux termes de l'art. 23 al. 1 CC, est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir et où cette personne a le centre de ses intérêts vitaux (ATF 120 III 8 consid. 2a).

L'assurée a déménagé, il y a douze ans, de Bâle pour s'établir dans un home médicalisé sis dans le canton de Berne en liquidant son logement bâlois. Son déménagement était volontaire et n'était pas dicté par une maladie avancée. L'assurée avait, dès le début, fait du foyer le centre de ses relations vitales et elle y séjournait dans l'intention d'y rester en permanence. Selon la doctrine juridique, l'emménagement de l'assuré en home médicalisé, pour

devenir résident de la maison de retraite, est constitutif de domicile. Dans ces circonstances, le fait que l'assurée continue à être enregistrée auprès du contrôle des habitants de Bâle-Ville et que ses papiers y soient déposés ne saurait constituer un indice décisif pour affirmer l'existence d'un domicile dans ce canton.

Le domicile établi dans le canton de Berne signifiait que le traitement stationnaire de l'assurée devait être facturé au tarif applicable aux habitants du canton de Berne (art. 41 al. 1 2e phrase LAMal) et que le tarif pour les patients hors canton ne pouvait être appliqué. Par conséquent, l'assurée n'avait à supporter aucuns frais pour le traitement stationnaire en question, hormis la participation aux coûts légale. La caisse-maladie put se rallier à cette conclusion et se déclara d'accord pour demander à l'hôpital une correction de la facture et, au besoin, à faire valoir cette exigence par voie de droit à ses frais (art. 89 al. 1 et 3 LAMal).

Tarif du lieu de résidence pour les soins

Cas 7

Madame M. est inscrite au registre des habitants de la commune A en Argovie mais habite au foyer R dans le canton de Zurich. Elle est hautement dépendante de soins. La caisse-maladie appliqua le tarif EMS valable pour le canton d'Argovie. Les proches de l'assuré demandèrent à l'Ombudsman si ce tarif était correct.

Effectivement, ce n'était pas le cas. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA), les soins de base et de traitement qu'une personne assurée reçoit dans un établissement médico-social doivent être considérés comme traitement ambulatoire au sens de l'art. 41 al. 1 phrase 2 LAMal (ATF 126 V 484, 487 consid. 5c). En cas de traitement ambulatoire, l'assureur prend en charge les

coûts jusqu'à concurrence du tarif applicable au lieu de résidence ou de travail de l'assuré ou dans les environs (art. 41 al. 1 phrase 2 LAMal). Par lieu de résidence, il faut entendre, selon la jurisprudence du TFA, le lieu de séjour et non le domicile au sens du CC (ATF 126 V 484, 489 consid. 5d).

Le lieu de résidence de l'assurée se situait indiscutablement dans le canton de Zurich. Elle vit là-bas en EMS et elle y restera vraisemblablement jusqu'à la fin de ses jours. Elle ne possède plus d'appartement dans la commune argovienne de A. En raison de la jurisprudence citée, la prise en charge des coûts pour les soins de l'assurée devait donc se baser sur les taxes EMS valables dans le canton de Zurich (qui étaient plus élevées que celles du canton d'Argovie).

Prestations stationnaires dans le régime sans convention

Santésuisse, l'association faitière des assureurs-maladie, avait conclu une convention tarifaire valable à partir du 1.1.2004 avec les hôpitaux privés bernois. Il n'existait pas précédemment de convention tarifaire ou de tarif supplétif fixé par les autorités, tandis que les cliniques figuraient depuis longtemps sur la liste cantonale des hôpitaux et, étaient, par conséquent, admises à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins. Un groupe d'assureurs-maladie avait refusé d'adhérer à cette convention tarifaire du fait que le Conseil d'État du canton de Berne ne l'avait pas encore approuvée et que le Surveillant des prix n'avait pas encore, lui non plus, donné son aval au tarif. Alors que les cliniques privées établissaient déjà leurs factures selon la nouvelle convention tarifaire, ces assureurs s'en tenaient à leur pratique antérieure et ne remboursaient que ce qu'ils auraient dû payer si la patiente ou le patient avait été traité en division commune d'un hôpital public du canton de Berne (tarif de référence). Cette dissidence a engendré une série de complications que nous illustrerons ci-après par deux exemples seulement.

Cas 8

L'assuré domicilié dans le canton de Berne est affilié pour l'assurance obligatoire des soins à la caisse-maladie D. Il ne dispose pas d'assurances complémentaires. Le 30 juillet 2004, il a dû entrer d'urgence en division commune d'un hôpital bernois privé où il resta hospitalisé six jours. La facture de l'hôpital s'éleva à Fr. 10'400.–. Sur ces frais, la caisse-maladie D paya Fr. 3'100.– et Fr. 7'300.– restèrent à la charge de l'assuré. Les Fr. 3'100.– correspondaient à ce que la caisse-maladie aurait dû verser dans le cas d'une hospitalisation en division commune à l'hôpital de l'Île (tarif de référence). L'assuré ne pouvait accepter cette issue et s'adressa à l'Ombudsman pour que ce dernier engage la caisse-maladie à prendre intégralement les frais à sa charge.

L'Ombudsman était d'avis que le décompte de prestations de la caisse lésait l'assuré dans son droit légal à la prise en charge du cas. Les assurés se faisant hospitaliser en division commune d'un hôpital situé dans le canton de résidence et figurant sur la liste des hôpitaux dudit canton sont en droit d'attendre que tous les frais soient couverts par l'assurance (sous réserve de la participation aux coûts selon l'art. 64 LAMal). Dans ce contexte, les hôpitaux privés disposant d'une division commune ne revêtent pas de statut juridique particulier. Il ne peut certainement pas s'agir de l'idée du législateur que les assurés n'aient droit à une couverture complète des coûts que si les hôpitaux et les assureurs-maladie ont conclu une convention tarifaire ou, en l'absence d'une telle convention, que si le gouvernement cantonal fixe un tarif supplétif. Il ne peut avoir voulu cautionner des hôpitaux ou assureurs-maladie qui n'auraient pas rempli correctement leur obligation de négocier un tarif ou un gouvernement cantonal qui aurait omis d'élaborer en temps voulu un tarif supplétif.

L'Ombudsman, pour sa part, est d'avis qu'en l'absence de convention tarifaire ou de tarif supplétif, les fournisseurs de prestations et les assureurs-maladie doivent, dans le cas concret se présentant, négocier un tarif garantissant à la personne assurée son droit légal à une couverture des coûts intégrale et à une protection tarifaire. La caisse-maladie D aurait donc dû fixer, dans le cadre de négociations avec l'hôpital privé impliqué, des taxes couvrant les coûts pour le patient et faire respecter la protection tarifaire. Le cas échéant, le tribunal arbitral aurait pu être saisi à cet effet. La compétence matérielle du tribunal arbitral est également donnée quand, contrairement aux prescriptions légales, aucune convention tarifaire approuvée ou tarif édicté par les autorités ne règle la rémunération des prestations fournies et qu'un litige naît à ce propos (TFA K 124/02 30.4.2004 consid. 6.2).

Ces considérations n'ont pas suffi à inciter la caisse-maladie D à modifier son décompte de prestations car elle pouvait se référer à un jugement du 9.4.2001 du tribunal des assurances du canton de Berne approuvant la pratique décrite plus haut en matière de tarif de référence et lui donnant gain de cause. Cette décision a certes été attaquée auprès du TFA par un recours de droit administratif mais au moment du litige, la décision de dernière instance n'avait pas encore été rendue. Le problème put toutefois être réglé en ce que la caisse-maladie se déclara prête à décompter selon la nouvelle convention tarifaire passée entre santésuisse et les hôpitaux privés pour autant que le gouvernement cantonal approuvât dite convention dans les meilleurs délais. Sinon, il aurait fallu attendre l'arrêt du TFA encore quelque peu et procéder selon ses considérants. La clinique, pour sa part, s'était montrée disposée à renoncer aux mesures d'encaissement à l'encontre de l'assuré jusqu'à ce que la question tarifaire soit clarifiée.

Cas 9

L'assurée est affiliée à la caisse-maladie N pour l'assurance obligatoire des soins. Elle dispose auprès de l'assureur-maladie O d'une assurance complémentaire qui prend en charge les frais de séjour et de traitement en division commune de tous les hôpitaux publics et privés de Suisse, dans la mesure où ces frais ne sont pas couverts par l'assurance obligatoire des soins. Elle attendait pour la mi-avril 2004 son troisième enfant et avait choisi pour son accouchement la division commune de l'hôpital privé bernois R, car son gynécologue était médecin agréé dans cet établissement. La caisse-maladie N, elle non plus, n'avait pas à l'époque adhéré à la convention tarifaire entre santésuisse et les hôpitaux privés du canton de Berne car le Conseil d'État ne l'avait pas encore approuvée.

Lorsque l'assurée s'annonça auprès de l'hôpital en question, on l'informa que les personnes assurées auprès de la caisse-maladie N n'y étaient pour l'instant plus admises. La raison de cette mesure résidait dans les garanties de paiement inacceptables, aux dires de l'hôpital, que la caisse-maladie N avait l'habitude de délivrer pour l'assurance obligatoire des soins. Cette dernière avait certes bien confirmé à l'hôpital la prise en charge des frais hospitaliers selon les taxes de la nouvelle convention tarifaire entre santésuisse et les hôpitaux privés du canton de Berne, mais avait formulé la validité de sa garantie de paiement sous réserve de l'approbation de la convention par le Conseil d'État. L'assureur complémentaire, quant à lui, refusait de prendre en charge les frais non couverts par l'assureur de base, car il estimait que les frais de séjour et d'accouchement en division commune devaient être intégralement payés par l'assurance obligatoire des soins.

La situation était au plus haut point insatisfaisante pour l'assurée. Elle disposait d'une part de l'assurance obligatoire des soins qui aurait dû lui permettre, dans une situation tarifaire conforme à la loi, de se faire hospitaliser en division commune de l'établissement privé bernois précité en jouissant d'une couverture intégrale des frais. D'autre part, elle était au bénéfice d'une assurance complémentaire «division commune dans toute la Suisse» qui lui garantissait la prise en charge des frais non couverts par l'assurance de base en division hospitalière commune. Mais malgré tout, la couverture des frais n'était pas acquise d'avance. Et de plus le libre choix de l'hôpital et du médecin garanti par l'assu-

rance complémentaire – facteur psychologique important notamment dans le cadre d'un accouchement – devenait illusoire. Tout aussi problématique était le fait qu'un hôpital, qui entend pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins et qui a voulu figurer à cet effet sur la liste cantonale des hôpitaux, refuse d'accueillir les assurés d'une certaine caisse-maladie pour des raisons de problèmes tarifaires.

Du point de vue juridique, la situation était bloquée. Si la partie à la convention est une fédération, la convention ne lie les membres de ladite fédération que s'ils y ont adhéré (art. 46 al. 2 LAMal). Les membres ne sont pas tenus et ne peuvent être obligés de signer une convention passée par une fédération (art. 46 al. 3 LAMal). Si la caisse-maladie N n'a pas adhéré à la convention tarifaire entre santésuisse et les hôpitaux privés bernois du fait de l'absence d'approbation par le Conseil d'État, elle a donc exercé un droit qui lui est reconnu par la LAMal. Étant donné qu'une convention tarifaire ne peut être appliquée qu'après approbation par les autorités compétentes, il était donc logique qu'elle assortisse sa garantie de paiement d'une réserve relative à l'approbation par le Conseil d'État. L'assureur complémentaire, pour sa part, pouvait se référer à ses conditions d'assurance qui stipulaient qu'il ne devait fournir toutes ses prestations qu'après le versement des prestations de l'assurance obligatoire des soins. Tant que l'étendue des prestations de l'assureur de base n'était pas établie, il ne pouvait déterminer sa part de frais. Il était compréhensible qu'il ne veuille pas payer des frais dont la prise en charge incombait en fait à l'assurance obligatoire des soins.

L'assureur complémentaire avait, au cours des dernières années, payé la différence entre le tarif de référence évoqué préliminairement et les frais facturés dépassant ce tarif. L'Ombudsman a donc considéré que l'on pouvait raisonnablement exiger de l'assureur complémentaire qu'il continue à indemniser provisoirement, jusqu'à l'approbation par le Conseil d'État du tarif hospitalier litigieux, la différence entre les frais facturés et ledit tarif de référence, ceci dans l'intérêt de l'assurée. L'assureur complémentaire se déclara d'accord, à condition que l'assurée lui cède ses éventuels droits dépassant le tarif de référence, ce qui pouvait être concédé sans autres.

Reconnaissance de méthodes de traitement comme prestations obligatoires

La question de savoir si un assureur-maladie est autorisé à refuser des prestations dans le cadre d'une méthode de traitement n'étant pas expressément exclue à l'annexe 1 de l'ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (OPAS) de la prise en charge par les caisses, fait partie des problèmes récurrents. Dans le cas 10 l'Ombudsman est d'avis qu'une obligation de prestation a été réfutée à tort.

Cas 10

L'assuré souffre d'une scoliose lombaire dégénérative sévère avec sténoses spinales. Les médecins traitants lui ont recommandé une décompression et une spondylodèse lombaire (stabilisation de la colonne vertébrale). L'opération selon la méthode Dynesis est destinée à protéger le disque intervertébral endommagé par des implants servant d'amortisseurs. Pour ce faire, des vis de titane sont fixées dans les corps vertébraux. On y place dessus l'implant composé d'un petit élément cylindrique en plastique souple. L'allongement ainsi obtenu soulage les articulations vertébrales et les disques intervertébraux.

Par lettre du 11 octobre 2004, la caisse-maladie a refusé la prise en charge des frais pour un traitement selon la méthode Dynesis, au motif que l'efficacité, l'adéquation et le caractère économique de cette méthode n'étaient pas encore suffisamment prouvés. Le médecin-conseil expliqua dans son rapport qu'il était malheureusement devenu d'usage, en Suisse, d'introduire de nouvelles méthodes de traitement par l'entrée de service. D'ici à ce que les instances constatent qu'une nouvelle offre est apparue sur le marché, celle-ci est déjà présentée comme établie. La méthode Dynesis lui paraissait assimilable aux spondylodèses par cages intersomatiques et aux prothèses discales, d'autant que toutes trois concernent le même tableau clinique. À l'annexe 1 OPAS, le législateur a désigné expressément les prothèses de disque comme n'étant pas une prestation obligatoirement à la charge de l'assurance, tandis qu'il admettait les cages intersomatiques comme prestation obligatoire à des conditions extrêmement limitées. Des telles réserves devaient également être formulées à l'égard de la méthode Dynesis. Les médecins-conseils s'étaient penchés quelques mois plus tôt sur cette méthode et en étaient arrivés à la conclusion qu'elle ne pouvait pas encore être considérée comme scientifiquement établie.

L'Ombudsman ne pouvait approuver la décision de la caisse-maladie car elle tenait trop peu compte d'aspects juridiques. Le Conseil fédéral désigne les prestations médicales dont les coûts ne sont pas pris en charge par l'assurance obligatoire des soins (art. 33 al. 1 LAMal). Il détermine, en outre, dans

quelle mesure l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts d'une prestation nouvelle ou controversée, dont l'efficacité, l'adéquation ou le caractère économique sont en cours d'évaluation (art. 33 al. 3 LAMal, art. 33 lettre c OAMal). La liste négative résultant de cet ordonnancement (annexe 1 OPAS) énumère de manière exhaustive les prestations n'étant pas à prendre en charge obligatoirement par les caisses (ATF 125 V 28 consid. 5b). En d'autres termes, il faut répondre affirmativement à l'obligation de prise en charge par la caisse-maladie dans la mesure où la prestation médicale prodiguée n'a pas été exceptée de l'obligation de prise en charge dans cette liste (ATF 125 V 28 consid. 5b).

La méthode Dynesis n'est pas exceptée des prestations obligatoires à l'annexe 1 OPAS. Elle n'est pas non plus considérée actuellement comme controversée au sens de l'art. 33, al. 3 LAMal, comme l'indique d'ailleurs une prise de position de l'Office fédéral de la santé publique. Conformément à la loi et à l'ordonnance, seul le législateur (Département de l'intérieur) – et non le médecin-conseil de la caisse – a compétence pour qualifier de controversée ou d'incontestée une méthode de traitement. La méthode Dynesis constituait par conséquent, au moment où l'opération avait été prévue, une prestation légale obligatoire.

Ces considérations ne visent pas à priver les médecins-conseils du droit d'examiner l'efficacité, l'adéquation et le caractère économique d'une méthode de traitement nouvelle ou controversée sur laquelle la Commission des prestations (art. 37a lettre b OAMal) ne s'est pas encore exprimée et, sur la base de cet examen, à récuser l'obligation de prestation. Mais selon la jurisprudence du TFA, un tel examen doit, en règle générale, être effectué au moyen d'un rapport d'expertise (ATF 129 V 170). Dans une perspective d'équité, il convient dans de procéder à une investigation approfondie. De même qu'il ne faut payer en aucun cas une prestation inadéquate ou non économique (RAMA 2000 KV 132 284 consid. 3), il convient inversement de ne refuser en aucun cas une prestation adéquate et économique. Dans le présent cas, il n'avait pas été établi d'expertise à des fins de clarification.

6 Pratique des assurances complémentaires de soins

Il semble que de nombreuses gens possèdent des assurances complémentaires qu'ils ne peuvent pas ou guère se permettre. Les problèmes de paiement de primes des assurés et partant, les suspensions du droit à prestation qui sont leur corollaire, sont donc le lot quotidien de l'office de médiation. Les questions soulevées dans ce contexte sont parfois juridiquement délicates. Le cas 11 porte sur la question de savoir si un preneur d'assurance, chez lequel une affection nécessitant des soins est constatée durant la durée de la suspension de la couverture d'assurance selon l'art. 20 al. 3 de la loi sur le contrat d'assurance, ci-après LCA, peut payer immédiatement les primes arriérées et se faire soigner ensuite à la charge de l'assureur. Quant au cas 12, il concerne la question de la date à laquelle un cas d'assurance doit être considéré comme clos.

Cas 11

L'assuré dispose d'une assurance complémentaire d'hospitalisation en division privée. Par lettre du 10.5.2004, l'assureur l'enjoignit de payer dans les 14 jours sa dette de primes pour le mois d'avril, faute de quoi, à l'expiration de ce délai, son obligation de verser des prestations serait suspendue; en cas de sommation sans effet, il se réservait de plus le droit de se départir du contrat. L'assuré ne put effectuer le paiement dans le délai imparti. Le 28.5.2004, son médecin traitant diagnostiqua qu'il souffrait d'une tumeur et il l'adressa chez un spécialiste qui, au cours d'une consultation ayant eu lieu le 3.6.2004, recommanda l'opération dans les plus brefs délais. Le jour même, l'assuré fit régler par sa femme les primes de l'assurance complémentaire pour les mois d'avril à juin 2004 au guichet de la poste. L'assureur accepta les primes et manifesta ainsi qu'il entendait maintenir le contrat. La date de l'opération fut fixée au 28.6.2004. L'assureur refusa d'octroyer une garantie de paiement pour les prestations de l'assurance complémentaire d'hospitalisation au motif que l'événement assuré était survenu durant une période où son obligation de verser des prestations était suspendue. L'assuré ne pouvait accepter cette décision et consulta donc l'Ombudsman.

Selon l'art. 20 al. 3 LCA «l'obligation de l'assureur est suspendue à partir de l'expiration du délai légal» si la sommation reste sans effet. Les recherches de l'office de médiation pour trouver une jurisprudence du Tribunal fédéral interprétant en détail cette disposition légale ne donnèrent aucun résultat. Par contre, les commentateurs juridiques de la LCA arrivaient tous à la conclusion suivante, formulée de différentes manières: si un cas d'assurance ou un sinistre survient après l'expiration du délai de sommation et si le preneur d'assurance, au mo-

ment de la survenance du sinistre, est en retard dans le paiement de la prime ou des intérêts dus ou de frais, l'assureur est libéré de son obligation de verser des prestations. Il fallait donc, dans le présent cas, examiner ce qu'il fallait entendre par la notion de cas d'assurance et à quel moment il convenait de considérer qu'il était survenu.

Le cas d'assurance est l'événement qui fonde l'obligation de l'assureur d'allouer les prestations. Après conclusion du contrat d'assurance, une maladie n'intéresse l'assureur-maladie que s'il en résulte concrètement un besoin en termes de prestations d'assurance. Dans l'assurance des soins, il est donc nécessaire pour que l'on puisse parler de survenance d'un cas d'assurance qu'il y ait, dans un premier temps, non pas seulement une maladie, mais aussi un besoin de traitement résultant de la maladie. Dans le présent cas, tant le diagnostic que l'indication pour l'opération ont été établis à un moment où le délai légal selon l'art. 20 al. 1 LCA avait déjà expiré sans effet. C'est pourquoi l'assureur défendait le point de vue que le cas d'assurance était survenu lors de l'indication d'un traitement nécessitant des prestations hospitalières. Le moment de la survenance du cas d'assurance était déterminé par l'instant où la première activité médicale – même en milieu ambulatoire –, avait eu lieu. En tout état de cause, le cas d'assurance était survenu au moment où le diagnostic médical et l'indication de traitement avaient été connus.

Il s'agit assurément d'un avis juridique défendable, mais qui n'est pas le seul envisageable. Du point de vue de l'Ombudsman, certains aspects font que cette solution n'est pas satisfaisante. En cas de maladie, on ne sait pas toujours quand un besoin de traitement médical (= événement assuré) est précisément survenu. Dans le cas présent, il était manifeste que l'assuré, en raison de sa tumeur, nécessi-

tait un traitement bien avant la sommation adressée le 10.5.2004, même s'il n'en était pas conscient. Un besoin de traitement peut également être connu bien avant une exclusion de responsabilité selon l'art. 20 al. 3 LCA, mais la date de la thérapie être repoussée du fait de l'absence de caractère urgent. L'omission du paiement de primes durant un report de ce type n'engendre pas la suspension de l'obligation d'allouer des prestations. Le caractère aléatoire du moment où la nécessité de traitement est connue et la possibilité de report de traitements médicaux montrent que le critère de la nécessité de traitement ne suffit pas à lui seul à définir de manière pratique la survenance d'un cas d'assurance. Pour l'étayer à la perfection, il faut que vienne s'ajouter à la maladie et à la nécessité de soins une diminution de la fortune en résultant, sous forme de frais de traitement. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'une éventuelle obligation de l'assureur de verser des prestations devient d'actualité. Selon cette thèse, seul l'événement suscitant immédiatement l'obligation de couvrir les frais peut être

défini comme cas d'assurance. Par conséquent, le cas d'assurance débute avec le traitement médical débouchant sur le besoin d'assurance.

L'Ombudsman recommanda ainsi à l'assureur d'opter pour une alternative plus favorable à l'assuré et à prendre en charge les frais de l'opération. Il attira en outre son attention sur le fait que la suspension de l'obligation d'allouer des prestations selon l'art. 20 al. 3 LCA ne devait pas être comprise comme une sanction ou une peine, mais comme conséquence de la rupture de l'équilibre synallagmatique entre prestation et contre-prestation due au retard dans le paiement des primes. Mais l'équilibre est rétabli dès que la prime arriérée est parvenue à l'assureur avant le commencement du traitement, c'est-à-dire avant même que la couverture d'assurance ne soit sollicitée. Il est par conséquent justifié de ne pas délivrer l'assureur-maladie de son obligation d'allouer des prestations s'il se trouve en possession de toutes les primes arriérées au moment où il est fait recours à sa couverture.

Cas 12

L'assuré dispose d'une assurance complémentaire d'hospitalisation en division privée. En raison de moyens financiers limités, il prit un retard notoire dans le paiement de ses primes. Au cours de 2002 et de 2003, l'assureur dut lui adresser régulièrement des sommations et engager des poursuites à son encontre. Du 20.1.2004 au 30.1.2004, il fut hospitalisé pour la cure chirurgicale d'une tumeur qui fut effectuée dans une clinique privée, en division pour patients privés. L'assureur refusa d'octroyer une prise en charge au titre de l'assurance complémentaire d'hospitalisation au motif que l'événement assuré était survenu durant une période où son obligation de verser des prestations était suspendue en raison du retard dans le paiement des primes. Le 26.1.2004, les primes arriérées parvinrent à l'assureur.

Du 5.2. au 10.2.2004, l'assuré dut être à nouveau hospitalisé pour la même affection. L'assureur refusa les prestations de l'assurance complémentaire d'hospitalisation en alléguant que les soins concernaient le cas d'assurance du 20.1.2004 qui faisait l'objet d'une suspension de l'obligation d'allouer des prestations; si une affection nécessitant un traitement survient durant une suspension de l'obligation de prestation, le blocage des prestations s'étend en principe à tous les traitements stationnaires ultérieurs concernant cette affection.

Il résulta de l'examen effectué par l'office de médiation que l'assureur-maladie était en droit, en vertu de l'art. 20 al. 3 LCA, de refuser de verser des prestations pour la première hospitalisation au titre de l'assurance complémentaire d'hospitalisation. Au moment de son entrée à l'hôpital, l'assuré était en retard dans le paiement de diverses primes pour

l'année 2003 qui toutes avaient fait incontestablement l'objet d'une sommation correcte et pour lesquelles des poursuites avaient été introduites dans les délais.

Par contre, la perpétuation du cas d'assurance pratiquée par l'assureur parut à l'Ombudsman d'une rigueur disproportionnée, même si cette position était tout à fait défendable du point de vue du droit. Un cas d'assurance ne doit pas forcément porter sur un moment fixe et peut, le cas échéant, correspondre à un événement s'étendant sur une longue période, comme cela arrive souvent de façon caractéristique dans l'assurance des soins médicaux et pharmaceutiques où la nécessité d'un traitement peut durer des semaines, des mois, voire des années (cas étendu d'assurance). La difficulté consiste concrètement à déterminer le début et la fin du cas d'assurance.

Le cas d'assurance débute avec le traitement médical (voir le cas 11 plus haut). Il prend fin au moment où, selon les conclusions médicales, un traitement ne s'avère plus nécessaire, soit parce que le succès thérapeutique recherché a été obtenu ou soit parce que l'on ne peut plus espérer d'amélioration de l'état du preneur d'assurance. Quant à déterminer si différents traitements s'avérant nécessaires au fil du temps doivent être attribués au même cas étendu d'assurance ou s'ils constituent de nouveaux cas d'assurance, cela dépend de savoir si les différents traitements concernent ou non la même maladie.

Dans le présent cas, l'hospitalisation du 5.2.2004 au 10.2.2004 était en relation avec l'affection ayant fait l'objet de l'hospitalisation du 20.1.2004 au 30.1.2004 mais concernait par ailleurs une affec-

tion autonome (infection de la plaie opératoire). Étant donné qu'il s'agit là d'un risque opératoire typique, la seconde hospitalisation pouvait aussi être imputée, en appliquant des critères juridiques stricts, au cas d'assurance étendu ayant débuté le 20.1.2004. Mais l'assureur suivit toutefois la recommandation de l'Ombudsman de considérer principalement qu'il n'y avait pas d'assurance étendu

que si les traitements échelonnés dans le temps constituaient les éléments d'un plan de soins sur plusieurs étapes et d'estimer, en revanche, que le cas d'assurance était clos si le but premier du traitement avait été atteint et devait être considéré, si les choses s'étaient déroulées normalement, comme médicalement terminé.

7 Pratique de l'assurance d'indemnités journalières

Dans l'assurance d'indemnités journalières selon la loi sur l'assurance-maladie (LAMal) et selon la loi sur le contrat d'assurance (LCA), les questions de surindemnisation font partie des différends les plus fréquents. Le cas 13 traite ce sujet dans le cadre de l'assurance d'indemnités journalières selon la LCA, tandis que le cas 14 a trait aux conséquences d'une annonce tardive de l'incapacité de travail dans un contrat soumis à la LAMal.

Cas 13

P était assuré auprès de l'assureur-maladie S dans le cadre d'un contrat collectif de son employeur selon la loi sur le contrat d'assurance (LCA) pour une indemnité journalière de 80% de son salaire. La durée maximale de la période d'indemnisation était de 730 jours. À partir de début mars 2002, il était en incapacité totale de travailler et perçut à l'issue du délai d'attente convenu et jusqu'à l'épuisement de son droit à prestations le 10.3.2004 la pleine indemnité convenue avec son assureur-maladie. Par décision du 16.2.2004, la caisse de compensation lui alloua une rente d'invalidité entière de Fr. 1450.– à partir du 1.3.2003.

L'assureur procéda alors à un calcul de surindemnisation et réclama le remboursement de Fr. 17'867.75 pour la période du 1.3.2003 au 10.3.2004 (376 jours), car les rentes AI (Fr. 17'867.75) additionnées aux indemnités journalières (Fr. 38'613.80) dépassaient les 80% de la perte de gain consécutive à la maladie (Fr. 38'613.80). L'assuré contesta cette demande de remboursement car il était d'avis qu'il ne pouvait y avoir surindemnisation que si les indemnités journalières perçues cumulées aux prestations de l'assurance-invalidité dépassaient la perte de gain due à la maladie.

L'Ombudsman était du même avis que l'assuré, estimant que l'on entendait en général par gain d'assurance le fait que les prestations pour perte de gain versées par les assurances soient supérieures

au revenu non réalisé par la personne assurée par suite d'une maladie ou d'un accident. Le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé constitue la limite de surindemnisation telle qu'elle est également conçue dans le droit des assurances sociales (art. 68 al. 2 LPGA). Néanmoins, en droit des assurances privées, les parties peuvent convenir d'une limite de surindemnisation dérogeant à cette règle générale. Certains assureurs stipulent dans leurs conditions d'assurance que le taux de l'indemnité journalière assurée est déterminant pour le calcul d'une éventuelle surindemnisation. Dans le cas présent, les conditions d'assurance étaient formulées comme suit: si des prestations des assurances sociales ou des assurances de l'entreprise reviennent à l'assuré, ou si celui-ci a été indemnisé par un tiers responsable, S complète ces prestations jusqu'à concurrence du montant de l'indemnité journalière assurée (al. 1). Lorsque la prétention à la rente AI n'est pas encore établie, S peut avancer l'indemnité journalière assurée à titre facultatif. Dans ce cas, S exigera la restitution des prestations excédentaires versées depuis le début du droit à la rente (al. 2).

À la lumière de ces dispositions contractuelles, le calcul de surindemnisation de l'assureur était correct. La disposition contractuelle en soi est toutefois sujette à caution. En effet, si dite disposition conduit bien à une solution conforme aux faits quand l'indemnité journalière assurée couvre 100% du salaire, ce n'est plus le cas quand le taux

assuré est inférieur puisque, comme dans ce cas, la limite de surindemnisation définie contractuellement ne correspond pas au dommage effectif consécutif à une maladie ou un accident. Quand 80% du salaire sont assurés, la clause litigieuse conduit régulièrement à la constatation d'une surindemnisation alors tel n'est pas le cas puisque la plupart du temps subsiste une perte de gain de 20% due à une maladie, même quand plusieurs assureurs interviennent. Cela empêche, sans raison convaincante, que les assurés puissent bénéficier,

avec le concours des prestations d'assurances sociales, d'une pleine couverture de la perte de gain en cas de maladie. Cela serait seulement possible si les prestations des assurances sociales parvenaient à elles seules à couvrir 100% de la perte de gain due à la maladie, ce qui arrive rarement. Si le taux d'indemnité journalière est inférieur à 100% du salaire assuré, la solution en question ne peut se prévaloir d'être socialement équilibrée et équitable pour les clients.

Cas 14

Madame A dispose auprès de l'assureur-maladie M d'une assurance d'indemnités journalières selon la LAMal de Fr. 40.– par jour, avec un délai d'attente de 90 jours. Elle se trouvait depuis le 12.12.2002, sans interruption, en incapacité de travail, mais elle n'annonça celle-ci à son assurance que le 4.2.2004, en joignant un certificat médical. L'assureur imputa le délai d'attente de 90 jours à compter du 4.2.2004 et ne reconnut un droit à des indemnités journalières que dès le 5.5.2004. Le 15.7.2004, l'assureur M informa l'assurée que son droit à prestations de 630 indemnités journalières (720 jours moins le délai d'attente de 90 jours), dont le début devait être fixé au 12.12.2002, serait épuisé le 2.9.2004 si bien que l'assurance d'indemnités journalières serait supprimée au 30.9.2004. L'assurée s'adressa à l'Ombudsman, car elle n'était d'accord ni avec le commencement ni avec la fin du droit à prestations.

Il ressortit de l'examen effectué par l'office de médiation qu'effectivement la décision de l'assureur ne convainquit pas, notamment sur la question de savoir si, lors de l'annonce tardive de la maladie, le délai d'attente court seulement à partir de la date de l'annonce du cas. L'Ombudsman signala à l'assureur-maladie que cela n'était pas le cas d'après les conditions contractuelles. Réglementairement, les assurés étaient tenus d'annoncer «leur incapacité de travail au plus tard dans les 5 jours suivant l'expiration du délai d'attente convenu». L'annonce de l'incapacité de travail ne constituait donc pas une condition servant à marquer le début du délai d'attente. S'il convient d'annoncer l'incapacité de travail dans un certain délai après expiration du délai d'attente convenu, cela veut dire que celui-ci peut déjà courir avant même l'annonce de l'incapacité de travail. Au jour de l'annonce, le 4.2.2004, les 90 jours du délai d'attente étaient dépassés depuis longtemps, si bien que le droit aux indemnités journalières devait commencer ce jour-là, ce que l'assureur accepta pour finir. Une date antérieure de point de départ du versement des prestations n'était pas possible du fait que le règlement spécifiait qu'en cas d'annonce tardive le droit à l'indemnité journalière assurée débutait au plus tôt à la réception du certificat médical. Selon la jurispruden-

ce constante du Tribunal fédéral des assurances, de telles dispositions réglementaires ne transgressent pas le droit fédéral.

Selon l'art. 72 al. 3 LAMal, les indemnités journalières doivent être versées, pour une ou plusieurs maladies, durant au moins 720 jours dans une période de 900 jours. Aux termes de l'art. 72 al. 2 LAMal, l'assureur-maladie peut déduire le délai d'attente convenu, durant lequel l'employeur est tenu de verser le salaire, de la durée minimale du versement de l'indemnité journalière. Dans le cas particulier, l'assureur-maladie avait également déduit de la durée de versement selon l'art. 72 al. 3 LAMal, les indemnités journalières que l'assurée aurait pu percevoir si la déclaration de maladie avait été effectuée dans les temps. L'Ombudsman démontra à l'assureur-maladie que cela ne pouvait en aucun cas être correct et que la durée d'indemnisation selon l'art. 72 al. 3 LAMal avait commencé, dans le cas particulier, au jour de l'annonce de maladie (4.2.2004) en avançant les arguments suivants:

La loi n'oblige pas les assurés en incapacité de travail à percevoir l'indemnité journalière le plus tôt possible. Ils peuvent au contraire décider en principe librement de la date à laquelle ils veulent y recourir. Il leur est simplement interdit de repousser le début de l'indemnisation dans l'intention d'échapper à une réduction des prestations du fait d'une surindemnisation (cf. art. 23 al. 2 LPGA). Les assurés ne devraient se voir opposer une renonciation à des indemnités journalières que s'ils manifestent clairement leur volonté de faire imputer les indemnités journalières non perçues sur la durée minimale d'indemnisation. Or, dans le cas particulier, il ne pouvait en être question. L'Ombudsman fit en outre remarquer à l'assureur-maladie que, selon la jurisprudence, le délai d'attente entraîne un report du début des prestations (ATF 124 V 368, 370 consid. 2a) et qu'en l'occurrence le premier jour d'indemnisation marquait toujours le début de la période d'indemnisation selon l'art. 72 al. 3 LAMal.

Les assureurs-maladie peuvent assortir les violations de l'obligation d'annoncer de sanctions revêtant la forme de refus ou de réduction des prestations.

Mais de telles sanctions doivent être expressément prévues dans le règlement sur l'assurance d'indemnités journalières et, dans chaque cas d'espèce, être conformes au principe de la proportionnalité. Or, le règlement de l'assurance d'indemnités journalières de l'assureur-maladie impliqué ne connaît pas de disposition selon laquelle, en cas de retard dans l'annonce de l'incapacité de travail, les indemnités journalières non versées peuvent être imputées, à titre de sanction, sur la durée minimale du versement selon l'art. 72 al. 2 LAMal. En outre, un

tel procédé n'aurait pas été compatible avec le principe de la proportionnalité pour le simple fait déjà que la sanction ne s'avérait pas nécessaire à l'accomplissement des tâches de l'assurance d'indemnités journalières. Vu les arguments exposés, l'assureur-maladie M put se rallier à la solution recommandée par l'Ombudsman consistant à fixer au 4.2.2004 le début du droit à l'indemnité journalière et de la période d'indemnisation selon l'art. 72 al. 3 LAMal.

Lucerne, le 13 avril 2005
G. Eugster, Ombudsman

