

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

**Rapport d'activité  
2005**

Avec exemples de cas choisis, tirés  
de la pratique de l'Ombudsman

# 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  
(jusqu'au 13.04.2005)

**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  
(jusqu'au 13.04.2005)

## 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

<b>1</b>	<b>Office</b> .....	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>Conseil de fondation</b> .....	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>Requêtes présentées</b> .....	<b>5</b>
	Entrées par matière .....	5
	Entrées par langue .....	5
	Évolution des entrées .....	6
<b>4</b>	<b>Liquidation des cas</b> .....	<b>6</b>
	État des cas liquidés .....	6
	Principes d'exécution .....	6
<b>5</b>	<b>Pratique de l'assurance obligatoire des soins</b> .....	<b>7</b>
	Les assurés en tant que clients .....	7
	Comment dire non? .....	9
	Y a-t-il ou non fraude à l'assurance? .....	12
	Quand y a-t-il obligation de réduire le dommage? .....	14
	Y a-t-il ou non constitution du domicile? .....	16
	Obligation d'allouer des prestations durant l'exécution des peines et des mesures .....	18
	Traitements dentaires .....	19
	Participation aux coûts: prestations de maternité .....	20
<b>6</b>	<b>Pratique des assurances complémentaires</b> .....	<b>21</b>
<b>7</b>	<b>Rétrospective et perspectives</b> .....	<b>23</b>

## **1 Office**

L'Office de médiation, sis à Lucerne, fut confié durant l'année 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**

Lors de sa séance du 23 novembre 2004, le Conseil de fondation a abordé les questions stratégiques du futur concept de l'Office de médiation, d'une éventuelle collaboration avec l'Office de médiation de l'assurance privée et de la SUVA et d'un nouvel emplacement de l'Office de médiation de l'assurance-maladie. Avant et après cette date se tinrent différents entretiens entre les deux Conseils de fondation (leurs Présidents) et les offices eux-mêmes. Au vu des éléments de fait et après avoir soupesé tous les avantages et désavantages d'une telle opération, le Conseil de fondation a, lors de la séance extraordinaire du 26 janvier 2005, renoncé à une fusion des deux offices. L'alternative d'une communauté de bureaux des deux institutions n'aurait pas engendré d'amélioration particulière des prestations et n'aurait non plus pu justifier une considérable augmentation des coûts. De plus une forme nouvelle de collaboration aurait signifié l'abandon de l'emplacement actuel de l'Office de médiation de l'assurance-maladie et son transfert à Zurich, variante que le Conseil de fondation a retenue comme désavantageuse du fait du bon positionnement de l'Office de médiation en ville de Lucerne, centre de compétence en matière d'assurance sociale, où il dispose d'une équipe de collaboratrices et de collaborateurs expérimentés. Le Conseil de fondation a donc décidé de s'en tenir à la solution actuelle de fonctionnement.

Le 13 avril 2005, les membres du Conseil de fondation se sont réunis pour examiner les comptes annuels 2004 et adopter le rapport annuel 2004. Etant donné que la durée du mandat du Conseil de fondation venait à terme, il y avait lieu de procéder à sa réélection. Christoffel Brändli, Rudolf Gilli, Christiane Langenberger, Markus Moser et Paul Zbinden furent réélus. Le Conseil de fondation s'est constitué comme suit: M. Rudolf Gilli a été désigné à la fonction de Président, M. Paul Zbinden à celle de Vice-président. M. Giordano Beati ne s'est pas représenté. Le Conseil de fondation a remercié ce dernier pour son action toujours réfléchie en son sein, en rappelant qu'il avait siégé dès la création de la Fondation de l'Office de médiation de l'assurance-maladie sociale.

Lors de sa séance du 13 avril 2005, le Conseil de fondation a pris acte de la décision de l'Ombudsman en exercice de prendre sa retraite vers la mi-2006. Le Conseil de fondation a pris les mesures nécessaires pour régler sa succession et a désigné son successeur en la personne de monsieur Rudolf Luginbühl (1953).

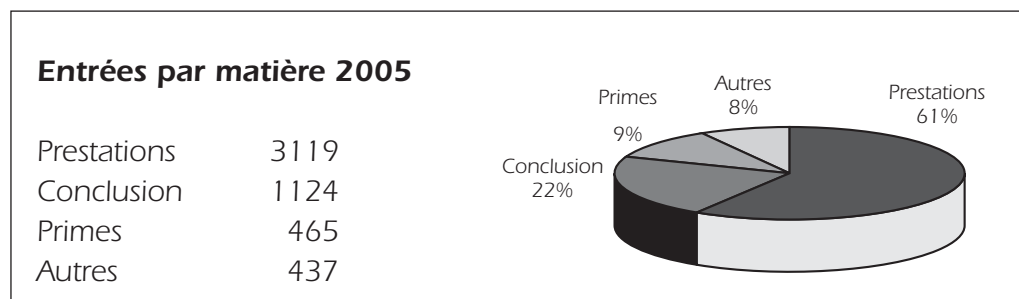
Le nouvel Ombudsman, M. Luginbühl, est avocat bernois et exerce depuis 1979 des fonctions juridiques dans le domaine de l'assurance maladie. Expert incontesté de la branche, il a commencé sa carrière professionnelle comme consultant, puis a dirigé le service juridique de plusieurs grandes caisses-maladie. Plus récemment, il a travaillé au service de l'Office de médiation de l'assurance-maladie sociale (1999 à 2003). Ensuite, il a assumé une charge d'enseignant dans une haute école spécialisée ainsi que dans le cadre de la formation d'experts. En outre, il a occupé un poste de cadre chez un assureur-maladie. Rudolf Luginbühl prendra ses fonctions le 1.7.2006.

Le 8 novembre 2005, le Conseil de fondation a tenu réunion pour arrêter le budget 2006 et discuter de la marche des affaires.

### 3 Requête présentées

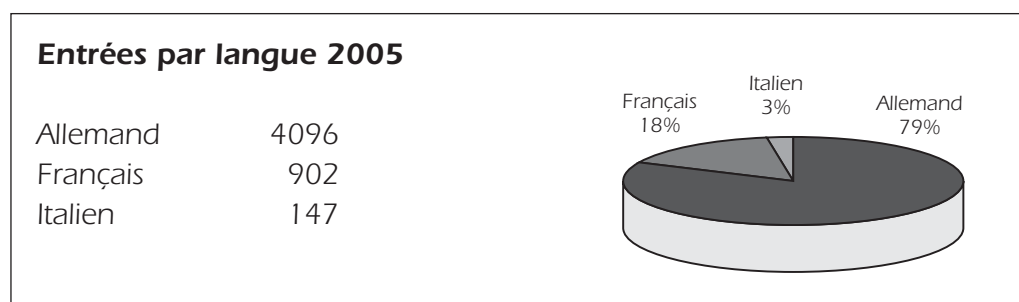
#### Entrées par matière

Durant l'année de référence, 5145 cas ont été présentés à l'Ombudsman (2004: 5431). La répartition par matière montre que 3119 dossiers sont à attribuer au secteur des prestations d'assurance (2004: 3202), 1124 au domaine des conclusions d'assurance ou des changements d'assurance (2004:1193), tandis que 465 concernent le thème des primes (2004: 582). Les 437 cas restants portaient sur des questions sans lien avec l'assurance-maladie (2004 : 454).



#### Entrées par langue

La répartition selon les langues donne 4096 entrées en allemand (2004: 4452), 902 en français (2004: 842) et 147 en italien (2004: 137).



Durant l'année sous revue (2005), les pourcentages de répartition des cas entre les langues nationales ne se sont pas fondamentalement modifiés par rapport à l'année précédente (2004). Il convient toutefois de relever que les cas provenant de Suisse romande ont augmenté de 2%.

**Évolution des entrées** L'année sous revue a enregistré à nouveau une diminution réjouissante des entrées puisque celles-ci sont passées à 5145 en 2005 (2004: 5431). En 2004 déjà, une diminution sensible s'était produite. Par rapport à 2002 (6140) et à 2003 (6071), le nombre des entrées aura donc diminué d'un millier environ en 2005. C'est une évolution très positive. Comme en 2004 déjà, cela s'explique par le fait que l'exercice 2005 n'a été marqué par aucun événement exceptionnel qui aurait causé une accumulation spécifique de problèmes, que ce soit en général ou chez un assureur-maladie en particulier. Une autre cause vient de la sûreté juridique croissante dans l'application de la loi sur l'assurance-maladie et de l'acceptation générale de nombreuses solutions pragmatiques pour des problèmes qui, il y a peu d'années encore, constituaient des litiges. L'expérience a néanmoins appris à tous les protagonistes du secteur de l'assurance-maladie que chaque journée pouvait réserver des surprises et des turbulences et que l'optimisme peut s'avérer fort trompeur.

## **4 Liquidation des cas**

**État des cas liquidés** En tenant compte des 201 requêtes de l'année précédente en suspens au début 2005 et des 5145 nouvelles entrées, l'Office de médiation a eu, au total, 5346 demandes à traiter. 5160 affaires ont pu être liquidées au cours de la même année, de sorte que 186 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. A 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.

### Les assurés en tant que clients

Dans le secteur des caisses-maladie, la nouvelle loi sur l'assurance-maladie (LAMal) a modifié également, outre d'autres changements bien plus importants, le langage utilisé dans beaucoup de domaines. Les membres d'une caisse-maladie dans l'ancien droit sont devenus, dans la terminologie des assureurs-maladie, des clientes et clients. Cela ne provient pas uniquement du fait que la qualité d'assuré dans la LAMal n'est plus liée à l'appartenance à des caisses-maladie associatives ou coopératives, mais aussi de la concurrence accrue entre les assureurs-maladie qui a résulté, dans la nouvelle LAMal, de la possibilité des assurés de changer librement d'assureur-maladie.

La situation des clientes et clients de l'assurance-maladie est particulière. Alors que dans les autres branches de l'économie, les clientes ou clients sont d'autant plus appréciés qu'ils achètent des marchandises ou des services, c'est dans l'assurance-maladie justement l'inverse. Un bon client n'est pas seulement celui qui paie ponctuellement ses primes, mais aussi celui qui recourt le moins possible à des prestations. Une personne qui a besoin de prestations est, par rapport à son assureur, dans une position défavorable. Elle n'a pas non plus de possibilité d'exercer une pression sur l'assureur pour qu'il exécute diligemment son contrat. En cas de litige, il ne lui sert à rien de ne pas s'acquitter de ses primes; au contraire cela ne fait que lui nuire. De même, il ne lui est pas possible d'impressionner son assureur en le menaçant d'en changer, menace dont ce dernier risquerait fort bien de s'accommoder. Cette position faible des assurés en matière de traitement des prestations nécessite de la part des assureurs-maladie, plus que dans d'autres branches de l'économie, à la fois intégrité et orientation délibérée sur les intérêts des clientes et clients.

Ces qualités sont en particulier nécessaires lors d'un litige tarifaire entre un fournisseur de prestations et un assureur-maladie. Certes, tous les assureurs-maladie déclarent sans conteste vouloir tout mettre en œuvre pour éviter que les assurés ne deviennent les otages des litiges tarifaires. Malheureusement, la réalité s'éloigne souvent de cette profession de foi, comme l'attestent les cas 1 et 2 présentés ci-après.

### Cas 1

L'assurée subit le 25.10.2005 une opération de la cataracte et elle reçut à ce titre de son médecin traitant une facture de Fr. 3303.30. Celle-ci se composait d'honoraires médicaux selon TarMed pour Fr. 1455.55 et d'autres frais d'un montant de Fr. 1847.70 (lentille, matériel, médicaments). Se basant sur une recommandation de l'association faitière des assureurs-maladie suisses (santésuisse) et sur un prix indicatif déterminé par le Surveillant des prix, la caisse-maladie accepta une prise en charge de l'ordre de Fr. 2500.-, incluant le traitement et le matériel. L'assurée, qui avait déjà réglé la facture à son médecin, se retrouvait donc avec des frais non couverts. Sa caisse-maladie ne lui proposa aucun soutien en vue de l'aider à résoudre ce problème de coût. L'assurée contrariée, ne sachant plus que faire, s'adressa alors à l'Ombudsman.

Il ressortit des renseignements pris par l'Ombudsman que le litige ne portait pas sur la facture du traitement médical (opération de la cataracte), mais sur le prix de la lentille, des médicaments et du matériel divers. Les lentilles intraoculaires sont des implants et font bien entendu partie des prestations obligatoires. L'art. 20, 2<sup>ème</sup> alinéa, de l'ordonnance sur les prestations (OPAS) stipule à ce sujet que leur remboursement doit être fixé dans les conventions tarifaires avec celui du traitement correspondant. Même l'indemnisation de moyens qui ne doivent pas figurer sur la liste des moyens et appareils ou sur la liste des spécialités et qui comptent néanmoins au nombre des prestations obligatoires, doit être convenue entre fournisseurs de prestations et assureurs-maladie dans des conventions tarifaires. Dans ce domaine également, les fournisseurs de prestations n'ont pas le pouvoir de fixer les prix, pas plus que les assureurs-maladie ne peuvent fixer unilatéralement le remboursement des prestations obligatoires. Il ressortit des investigations supplémentaires de l'Ombudsman qu'en ce qui concernait les coûts de lentilles, médica-

ments et autre matériel il n'existait pas, dans le cas présent, de convention entre la caisse-maladie impliquée et le médecin traitant. La recommandation citée émanant de santésuisse ou le prix indicatif fourni par le Surveillant des prix ne constituait pas un tarif au sens de la Loi sur l'assurance-maladie (LAMal).

L'Ombudsman intervint donc et fit valoir que les assurés, pour une prestation donnée, avaient également droit à la protection tarifaire, même en l'absence de tarif conventionnel ou de tarif établi par les autorités. La protection tarifaire signifie que pour leur travail et leurs dépenses, les fournisseurs de prestations ne peuvent facturer plus que ce qui est prévu par les tarifs conventionnels ou fixés par les autorités. Des honoraires supplémentaires pour des prestations obligatoires dans le cadre de soins ambulatoires ou semi-hospitaliers ne sont pas autorisés (ce qui, hormis certains cas spéciaux, est aussi valable pour le domaine stationnaire). L'Ombudsman rappela à la caisse-maladie que le Tribunal fédéral des assurances avait indiqué comment procéder quand il n'existe aucun tarif pour une prestation donnée (ce qui peut se produire en dépit de toutes les précautions légales). En pareil cas, la caisse-maladie doit, pour le cas particulier, négocier avec le fournisseur de prestations un tarif qui garantisse la protection tarifaire. Si la tentative échoue, le litige doit être tranché par le tribunal arbitral, conformément à l'art. 89 LAMal (K 124/02 30.04.2004 consid. 6.2).

La caisse-maladie accepta l'argument de l'Ombudsman selon lequel il lui incombait de faire appliquer la protection tarifaire et elle s'assit à la table de négociation avec le médecin. Elle se montra bien disposée à l'égard de l'assurée puisqu'elle lui remboursa les honoraires que celle-ci avait versés à son médecin. A l'issue des négociations, elle réclamerait elle-même au médecin le trop perçu.

### Cas 2

Dr méd. A., médecin spécialiste, est autorisé à pratiquer depuis plusieurs décennies. Au 1<sup>er</sup> janvier 2004, le tarif à la prestation TarMed, valable pour toutes les prestations ambulatoires en pratique privée et à l'hôpital, a été introduit en vertu d'une convention-cadre entre la Fédération des médecins suisses (FMH) et la Fédération des assureurs-maladie suisses (santésuisse). Outre la valeur du point applicable, différentes questions d'exécution ont été réglées dans la convention d'adhésion entre santésuisse et la société de médecine du canton dans lequel le Dr A. pratique. En dépit des invitations répétées des assureurs-maladie, le Dr A. refusa toutefois de s'affilier à ladite convention d'adhésion du fait qu'il en refusait certaines dispositions. Néanmoins, il décomptait avec les caisses-maladie selon les positions de TarMed et selon la valeur du point déterminante pour son canton. Par la suite, le ser-

vice du registre des codes créanciers de santé-suisse suspendit le numéro de ce code. Par ailleurs, les assureurs-maladie engagèrent auprès du gouvernement cantonal une procédure de fixation du tarif dans le cadre de laquelle ils demandèrent que la valeur du point pour le Dr A. soit fixée à Fr. 0.72 (plutôt qu'à la valeur ordinaire de Fr. 0.80 comme prévu dans la convention d'adhésion).

Sur ce, différentes caisses-maladie refusèrent d'accorder des remboursements à leurs assurés pour les traitements facturés par le Dr A. Les motifs invoqués à cet effet variaient. Les unes faisaient valoir qu'elles ne pouvaient décompter les honoraires tant que le numéro de code créancier était suspendu, raison pour laquelle les assurés devaient attendre pour être remboursés que la procédure de fixation de la taxe introduite soit terminée et que le numéro de code créancier puisse être rétabli.



D'autres défendaient le point de vue que le Dr A. ne pouvait générer de prestations à la charge des caisses-maladie tant qu'il n'avait pas souscrit à la convention d'adhésion et que son numéro de code créancier était suspendu. Elles soutenaient qu'il n'y avait pas d'obligation de rembourser. Le Dr A. aurait dû attirer l'attention de ses patientes et patients sur le fait qu'il ne pouvait pratiquer à la charge des caisses-maladie du fait qu'il n'avait pas souscrit au contrat d'adhésion. Etant donné qu'il avait omis de fournir cette information, il n'avait, selon elles, pas droit à ses honoraires et ses clients qui avaient déjà réglé leurs factures pouvaient lui en demander le remboursement.

L'Ombudsman reçut une avalanche de plaintes d'assurés qui trouvaient ce procédé inacceptable, ce qui était d'autant plus compréhensible que les factures médicales se montaient toutes à plusieurs centaines de francs. L'examen plus approfondi du dossier montra que dans le cas du Dr A., les caisses-maladie étaient confrontées à un problème auquel le législateur n'avait probablement pas pensé. La LAMal prévoit différentes solutions pour le cas où une convention tarifaire entre fournisseurs de prestations et caisses-maladie échoue ou ne peut être renouvelée. En revanche, la question n'est pas réglée de savoir comment procéder quand un fournisseur de prestations ne remet pas en cause les points principaux d'une convention entre fédérations (structure tarifaire et valeur du point), mais n'y adhère pas uniquement parce qu'il n'est pas d'accord sur des points secondaires. Même si une adhésion partielle à une convention entre fédérations est possible dans certaines limites (cf. arrêt du Conseil fédéral du 18 novembre 1998, publié dans la RAMA 1999 KV 58 11 consid. II. 15), une adhésion «à la carte» relative aux points annexes doit être rejetée pour des raisons pratiques. Cela ne peut se justifier, en particulier lorsqu'un fournisseur de prestations n'émet aucune proposition constructive concernant les points de désaccord en suspens, comme dans le cas du Dr A. En pareil cas, du point de vue de l'Ombudsman, la convention conclue entre fédérations doit être déclarée applicable également aux fournisseurs de prestations n'ayant pas adhéré (voir également l'arrêt du

Conseil fédéral du 5 octobre 2001, publié dans la RAMA 2002 KV 215 210 consid. II/3).

Quelle que soit la manière dont ce genre de problèmes se règlent en dernière instance, il ne peut en aucun cas être correct que les assurés, en pareille situation, n'aient pas droit aux prestations ou qu'ils doivent attendre que le litige tarifaire soit résolu pour être remboursés, ce qui peut prendre des mois, voire des années. Le droit à prestations des assurés ne dépend pas du fait que le fournisseur de prestations dispose d'un numéro de code créancier de santésuisse. Son autorisation à pratiquer en tant que fournisseur de prestations n'en dépend pas plus. Le numéro de code créancier a pour seul but de faciliter le traitement des décomptes de prestations et de permettre l'enregistrement statistique de celles-ci. Les assureurs-maladie impliqués s'étaient donc prévalus à tort de l'absence de numéro de code créancier pour nier une prestation obligatoire. Il était tout aussi erroné d'utiliser ce numéro comme instrument pour pratiquement exclure le Dr A. de son activité à la charge de l'assurance obligatoire des soins. Cela n'aurait été possible qu'à titre de mesure disciplinaire conformément à l'art. 59 LAMal, ce qui, en l'espèce, n'aurait pas été justifié. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, le droit à prestations des assurés ne dépend pas non plus du fait qu'il y ait ou non une convention tarifaire pour les soins prodigués (ATF 124 V 338, 341 consid. 2b/aa; ATF 131 V 133, 143 consid. 9.4.).

L'Ombudsman est parvenu à convaincre les assureurs-maladie concernés de leur obligation de payer aux assurés les factures du Dr A. Une caisse-maladie livra encore un petit combat de repli et entendait n'appliquer que la valeur du point de Fr. 0.72 demandée dans le cadre de la procédure de fixation du tarif, étant d'avis que les assurés pourraient réclamer ultérieurement la différence si ladite procédure devait accorder une valeur du point supérieure. Mais cette solution n'aurait pas été, elle non plus, propre à donner satisfaction au client. La caisse finit par se laisser convaincre et accepta également une valeur du point de Fr. 0.80.

## Comment dire non?

Toute caisse-maladie a la tâche ingrate de devoir répondre négativement à certaines demandes d'assurés. Les assurés, pour leur part, y voient là rapidement une rupture de la fidélité contractuelle. Chaque refus met à l'épreuve la confiance dans la fiabilité de la caisse-maladie. Vis-à-vis de ses clients, la caisse-maladie a donc intérêt à motiver les nécessaires refus de prestations de manière aussi convaincante et adaptée que possible pour que les assurés puissent les accepter. Mais savoir refuser de la bonne manière est un art qui s'étirole dans l'administration de masse que connaît inévitablement l'assurance obligatoire des soins. Pour un entretien personnel ou pour la rédaction d'une lettre

personnalisée, le temps généralement fait défaut, si tant est que les préposés soient formés pour cela. Il est un fait que l'énorme quantité de demandes portant sur les prestations reçues quotidiennement par une caisse-maladie ne peut être maîtrisée qu'en y répondant par des lettres standard. Toutefois, en relation avec les prises de position des services de médecin-conseil, une pratique qui dissimule systématiquement aux assurés les raisons concrètes d'un refus de prestations s'est développée dans beaucoup de caisses-maladie. Partant, les assurés ne se sentent régulièrement pas pris au sérieux en tant que clients. De ce fait, l'Ombudsman s'est vu contraint d'intervenir dans de nombreux cas auprès d'une caisse-maladie, non pas parce que la décision était erronée sur le fond, mais parce que les motifs fournis ne permettaient pas de juger si elle était correcte ou non.

Aux termes de l'art. 57, alinéa 6 LAMal, les fournisseurs de prestations doivent donner aux médecins-conseils les indications dont ils ont besoin pour remplir leurs tâches. Selon l'art. 42, alinéa 5 LAMal, les fournisseurs de prestations sont fondés lorsque les circonstances l'exigent, ou astreints dans tous les cas si l'assuré le demande, à ne fournir les indications d'ordre médical qu'au médecin-conseil de l'assureur. Les médecins-conseils ne communiquent aux services compétents de la caisse que les indications nécessaires pour statuer en matière d'obligation d'allouer des prestations, pour fixer le remboursement ou pour motiver une décision. De la sorte, ils respectent les droits de la personnalité des assurés (art. 57, alinéa 7 LAMal). On parle également dans ce contexte d'une fonction de filtrage du médecin-conseil. La problématique juridique de cette construction légale réside dans le fait que la transmission d'éléments factuels importants s'apprécie selon des critères juridiques. La LAMal présuppose donc chez le médecin-conseil une compétence juridique qu'il ne possède normalement pas. La deuxième pierre d'achoppement tient au fait que le médecin-conseil détermine régulièrement non seulement des faits médicaux, mais apprécie d'un point de vue juridique l'état de choses investigué et communique à sa caisse-maladie des conclusions juridiques qu'il exprime telles des recommandations.

Dans la pratique actuelle, le service des prestations, bien souvent, ne reçoit plus que les conclusions du médecin-conseil, comme cela est érigé en règle de principe dans la convention relative au médecin-conseil entre santésuisse et la FMH (art. 8, alinéa 3, lettre b). Il en résulte des justifications qui ne sont souvent que des formules creuses. Dans le groupe de cas 3, nous utilisons délibérément des exemples typiques où les données médicales n'étaient pas particulièrement sensibles du point de vue de la protection de la personnalité.

### Cas 3

**Exemple 3.1:** M<sup>me</sup> W. présentait une atrophie du maxillaire supérieur allant jusqu'à la base. C'est pourquoi il fut procédé au printemps à la reconstruction de la crête alvéolaire au moyen d'os autologue prélevé sur la crête iliaque, afin de pouvoir ensuite fixer les implants. Les coûts s'élevaient à quelque Fr. 25 000.–. Par lettre du 23 juin 2005, la caisse-maladie refusa à l'assurée une prise en charge des coûts en écrivant laconiquement: «Conformément à la prise de position de notre médecin-conseil, spécialiste en chirurgie maxillo-faciale, il n'y a pas, sur la base du dossier à disposition, de fait constitutif conforme aux art. 17 à 19 de l'ordonnance sur les prestations (OPAS). C'est pourquoi la caisse ne peut prendre en charge de prestations pour le traitement effectué.»

**Exemple 3.2:** L'assurée souffre d'un glaucome. Son ophtalmologue, le Dr B., procéda au printemps 2005 à une ophtalmoscopie laser à balayage. Après que l'assurée eût adressé la facture du médecin à la caisse-maladie pour remboursement, le service du médecin-conseil se renseigna auprès du Dr B. pour savoir pour quelles raisons il avait ordonné une ophtalmoscopie laser à balayage. La caisse écrivit ensuite la lettre suivante à l'assurée: «Dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins, les assureurs ne doivent prendre en charge que les coûts des prestations prévues dans la loi comme étant des prestations obligatoires. Les détails sont réglés dans l'ordonnance sur les prestations (OPAS). Selon l'OPAS, l'ophtalmoscopie laser à balayage ne constitue que dans des cas bien particuliers une prestation légale obligatoire. Selon l'appréciation de notre médecin-conseil, les conditions d'octroi des prestations pour l'ophtalmoscopie laser à balayage ne sont pas remplies, si bien que le droit à prestations n'est pas fondé.»

**Exemple 3.3:** La patiente souffrait depuis des années de problèmes dorsaux que les médecins traitants attribuaient à une poitrine surdimensionnée, raison pour laquelle ils estimèrent qu'une mammoplastie de réduction était médicalement indiquée. La réponse sommaire suivante fut donnée par le service des prestations à la demande de garantie de paiement, adressée par le médecin de famille de l'assurée et dûment motivée par écrit: «En date du 24 avril 2005, vous avez adressé une demande de garantie de paiement à notre service du médecin-conseil et nous vous en remercions. Notre médecin-conseil, Dr méd. H., ne peut recommander une prise en charge pour l'intervention prévue, car il ne s'agit pas d'une prestation obligatoire au sens de la Loi sur l'assurance-maladie (LAMal).»

Malheureusement, une grande partie des cas réglés avec le concours d'un médecin-conseil qui sont soumis à notre Office de médiation revêtent

un style télégraphique de ce type. Confrontée à des formules sans contenu, la personne assurée ne sait pas sur quels faits médicaux et sur quels détails se rapportant à sa personne le médecin-conseil s'est appuyé, à quelles réflexions d'ordre médical celui-ci s'est livré, s'il a apprécié le cas d'un point de vue juridique et, le cas échéant, quelles ont été ses considérations. La situation n'est pas meilleure du côté des services de prestations. Quand le service des prestations ne reçoit que les conclusions du médecin-conseil, il ne sait pas si la décision qu'il notifie repose sur tous les faits déterminants et si le médecin-conseil, quand celui-ci procède à une appréciation juridique, a appliqué correctement le droit. En résumé, le service des prestations décide les yeux fermés et les assurés doivent croire aveuglément à l'exactitude de la décision prise par la caisse-maladie.

Or, la justification d'un refus de prestation devrait, dès le départ être suffisamment précise de manière à ce que la personne assurée sache pourquoi une prestation a été refusée. Dans le cas 3.1, il aurait suffi que le médecin-conseil fasse savoir au service des prestations qu'il n'y avait pas d'atrophie verticale, mais uniquement une faible atrophie transversale du maxillaire supérieur, trop peu prononcée pour entraîner une obligation d'allouer les prestations au titre de l'assurance-maladie. Les patients et le médecin traitant auraient ainsi eu possibilité de faire opposition si les suppositions du médecin-conseil s'étaient avérées erronées. Dans le cas 3.2, il aurait suffi d'indiquer que l'ophtalmoscopie laser à balayage ne constitue une prestation obligatoire que dans le cadre d'un contrôle du traitement d'un glaucome difficile à traiter, pour l'évaluation avant une intervention chirurgicale ou pour l'évaluation avant une intervention sur la rétine (annexe 1 OPAS, chiffre 6). Dans le cas 3.3, la caisse-maladie a dû réviser son refus de prestation car sa première décision reposait sur des faits partiellement inexacts et incomplets. Si la décision avait été suffisamment motivée, il n'aurait pas fallu l'intervention de l'Ombudsman pour mettre à jour les lacunes.

Une pratique trop stricte de la fonction de filtrage du médecin-conseil entre en conflit avec le principe de l'obligation de motiver qui constitue un élément essentiel du droit constitutionnel d'être entendu. Que le médecin-conseil n'ait à transmettre que les indications nécessaires pour décider de la prise en charge, comme le prescrit l'art. 57, alinéa 7 LAMal, signifie aussi que celui-ci doit communiquer parfois des données personnelles ou médicales, même sensibles, si celles-ci sont nécessaires au service des prestations ou au service juridique pour une prise de décision en toute connaissance de cause.

## Y a-t-il ou non fraude à l'assurance?

L'assurance-maladie sociale ne fait pas partie des branches où l'assureur doit s'attendre à une proportion élevée de fraudes de la part des assurés. Ce qui ne veut pas dire que cela n'arrive pas. Il serait naïf de la part d'une caisse-maladie de croire que tous les objets inusuels évoqués par les assurés comme cause d'un dommage dentaire par accident survenu alors qu'ils mangeaient, se trouvaient réellement dans les mets consommés. Une caisse-maladie sait également que toutes les incapacités de travail alléguées ne correspondent pas à la réalité. Souvent, il s'agit de tricheries ou duperies qui s'inscrivent dans une zone d'ombre difficile à circonscrire. D'aucuns les considèrent comme des écarts véniels du fait que des primes ont été payées des années durant, que les montants usurpés sont souvent modestes ou qu'il y a peut-être aussi une revanche à prendre contre les assurances. La tricherie fait-elle partie de l'air du temps? Ou le sens civique n'est-il plus une valeur porteuse? A moins que les assureurs eux-mêmes qui y contribuent par leur publicité, en favorisant des attentes fallacieuses et en suggérant une sécurité qu'aucune assurance ne peut offrir.

Pour les caisses-maladie, les notes d'honoraires de traitement à l'étranger qui paraissent, si ce n'est falsifiées, du moins retouchées et qui éveillent de ce fait des soupçons non de simple tromperie, mais bien de véritable fraude à l'assurance, constituent un problème particulièrement épineux. L'affaire est compliquée du fait que dans ce domaine, il est rare de pouvoir apporter la preuve d'une malversation dans une procédure administrative et que les caisses-maladie ont des réticences compréhensibles à vouloir faire clarifier leurs soupçons dans le cadre d'une affaire pénale. Le problème lié à d'éventuelles prétentions frauduleuses exige des caisses-maladie un degré élevé de correction, notamment du fait qu'elles doivent parfois poser à des assurés intègres des questions embarrassantes. Toute attitude fébrile consistant à faire la chasse à d'éventuels escrocs par des moyens qui ne seraient pas irréprochables sur le plan juridique serait une erreur. Dans les trois cas suivants (4.1–4.3), la caisse-maladie a utilisé d'instruments en partie inappropriés et en partie fort discutables.

### Cas 4

**Cas 4.1:** Le citoyen pakistanais E., domicilié en Suisse, passait en avril 2004 des vacances dans son pays lorsqu'il dut, selon l'annonce de maladie, se rendre d'urgence à l'hôpital pour y être soigné, ce qui engendra des coûts de quelque Fr. 1500.–. Par lettre du 7.6.2004, la caisse lui fit savoir que les documents remis ne lui permettaient pas d'apprécier de manière fiable son obligation d'allouer des prestations, mais qu'elle était toutefois disposée à réexaminer l'affaire si l'assuré était en mesure de lui présenter un certificat médical avec un diagnostic précis et une copie du billet d'avion. L'assuré fournit les documents souhaités. Entre-temps, la caisse fit effectuer des recherches au Pakistan par l'entremise d'un organisme partenaire spécialisé dans les investigations à l'étranger. Par décision du 8.7.2004, elle annonça à l'assuré que l'enquête menée lui permettait d'affirmer que «les factures étaient

fausses», si bien qu'elle ne verserait pas de prestations pour les soins prodigués au Pakistan. En même temps, se prévalant de l'art. 92, lettre b LAMal, elle lui infligea une amende de Fr. 1000.– qu'elle entendait utiliser pour couvrir les frais engendrés par les recherches à l'étranger. Après intervention de l'Ombudsman, la caisse annula sa décision, ordonna des investigations complémentaires et effectua finalement un remboursement au tarif pakistanais local, indiqué comme usuel par l'organisme partenaire.

**Cas 4.2:** Madame A. et sa fille V. séjournaient du 5 mai au 25 juillet 2005 au Nicaragua, pour des vacances. La fille y développa une maladie gastrique et dut être hospitalisée le 7 juillet 2005 pour 6 jours à l'hôpital régional G. Madame A. présenta à la caisse-maladie de sa fille une note d'honoraires du Dr C. de 770 US \$ pour les soins médicaux et une facture de 1'100 US \$ pour les frais de séjour

hospitalier et de médicaments. La caisse remboursa au titre de l'assurance obligatoire des soins Fr. 3100.–. Deux mois plus tard, la caisse-maladie fit savoir à Madame A. que des recherches menées au Nicaragua avaient démontré que sa fille n'avait effectué qu'une seule visite chez le Dr C. et que ce dernier avait établi une facture d'un montant de 10 US \$. L'établissement hospitalier en question était un hôpital public gratuit. La caisse-maladie en déduisit qu'il s'agissait d'une fraude à l'assurance et réclama donc le remboursement des Fr. 3100.– versés. De plus, Madame A. devrait payer les frais de recherche d'un montant de 800.–. Si ces montants étaient réglés dans les dix jours à réception des décomptes, la caisse renoncerait à porter plainte pour tentative d'escroquerie à l'assurance.

**Cas 4.3:** Au printemps 2005, l'assuré se trouvait en villégiature en Inde. Durant son séjour, il tomba malade et dut être soigné du 24 au 28 février 2005. L'assuré présenta à sa caisse-maladie une facture de l'ordre de Fr. 7000.–. Soupçonnant que les tarifs facturés ne correspondaient pas aux tarifs usités locaux, la caisse fit savoir à l'assuré qu'elle était prête à faire clarifier les choses sur place par un agent, mais qu'il devait certifier par sa signature qu'il était disposé à prendre en charge les frais de recherche de Fr. 500.–. S'il s'avérait que la facture était excessive, voire fautive, il devrait prendre en charge les frais d'investigation de Fr. 500.–. L'assuré ne donna pas son accord pour la prise en charge des frais d'enquêtes. La caisse-maladie effectua néanmoins les recherches en Inde. Le 22 décembre 2005, la caisse communiqua à l'assuré qu'il ressortait des recherches que la facture présentée ne correspondait pas au tarif local usuel. Selon ce tarif, la facture ne s'élevait qu'à Fr. 522.70. La caisse-maladie limita donc sa prise en charge à Fr. 522.70 et factura en même temps à l'assuré les frais d'investigation de Fr. 523.45, en se prévalant de l'art. 45, alinéa 3 LPGa.

Dans les trois cas, un organisme partenaire de la caisse-maladie dans le pays de séjour des assurés avait confirmé que ceux-ci avaient dû effectivement recourir à des soins médicaux. Dans tous les cas, les factures des fournisseurs de prestations étaient inhabituellement élevées. Indéniablement, leurs prestations avaient été facturées à un tarif plus élevé que celui qui aurait été appliqué aux ressortissants du pays. Néanmoins, dans aucun des trois cas, une fraude à l'assurance de probabilité prépondérante n'était prouvée. D'une part, il n'était pas possible de vérifier l'intégrité des personnes mandatées par l'organisme partenaire et, d'autre part, il n'était pas expliqué sur quelles bases reposaient les tarifs considérés comme conformes aux usages locaux et par rapport à quelle catégorie de patients (patients privés ou autres) ce tarif avait été déterminé. En outre, il fallait prendre en considération le fait prouvé par l'expérience que dans lesdits pays, les prix demandés même à des concitoyens, dès lors qu'ils vivaient dans des nations industrialisées, étaient fonction de leur pouvoir

d'achat supérieur. Mais en même temps, aucun des cas ne permettait d'exclure l'éventualité d'une fraude à l'assurance.

L'Ombudsman peut approuver les caisses-maladie sur un point, à savoir que pour qu'une prise en charge par la caisse-maladie soit fondée, les traitements effectués à l'étranger et les frais facturés doivent être crédibles et compréhensibles. Les clarifications auxquelles procèdent sur place des organismes partenaires cités précédemment peuvent motiver des doutes justifiés sur l'exactitude des demandes de remboursement, ce qui autorise les assureurs-maladie à refuser la totalité ou une partie de leurs prestations. Des enquêtes sur place peuvent mettre à jour des faits qui donnent parfois clairement à penser qu'il y a simulation de soins ou de frais. Néanmoins, l'Ombudsman ne pouvait, dans aucun des cas, conclure comme le faisaient les caisses-maladie, que les organismes avaient prouvé la fraude à l'assurance par probabilité prépondérante.

En principe, tous les frais d'administration sont couverts par les primes ordinaires et ne peuvent être facturés aux assurés en sus des primes. Néanmoins, il est possible, dans certains cas, de faire supporter à un assuré des frais d'administration inutiles quand celui-ci les a causés par sa faute (ATF 125 V 276). Tant qu'une fraude à l'assurance n'a pas été prouvée selon un degré de vraisemblance prépondérant, une caisse-maladie ne peut supposer, en règle générale, que les frais d'enquête y relatifs ont été provoqués fautivement. C'est pourquoi l'Ombudsman est intervenu dans les trois cas auprès de caisses-maladie au sujet des frais d'investigation du fait que leur perception était non seulement insuffisamment motivée, mais qu'en plus le procédé s'avérait problématique.

Dans le cas 4.1, la caisse-maladie a tenté de compenser les frais d'investigation par une amende selon l'art. 92, lettre b LAMal. Selon cette disposition, sera puni de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende quiconque aura obtenu pour lui-même ou pour autrui une prestation qui ne lui revient pas, par des indications fausses ou incomplètes ou de toute autre manière. Or, l'assureur-maladie n'est pas habilité à prononcer des sanctions selon l'art. 92 LAMal. Cela relève de la compétence exclusive du juge pénal. La caisse-maladie a donc annulé à raison la décision d'amende correspondante.

Dans le cas 4.2, la caisse-maladie avait tenté, en menaçant d'une dénonciation pénale, d'obtenir la restitution des prestations et des frais d'investigation; dès lors, elle se mouvait dans la zone dangereuse d'une contrainte punissable selon l'art. 181 CP (ATF 120 IV 20). La caisse dut finalement renoncer à la demande en restitution du fait que, selon la jurisprudence, la restitution d'un paiement déjà effectué ne peut être exigée que dans le cas où la prestation a été allouée indubitablement à tort. Or,



la caisse-maladie n'était pas parvenue à apporter la preuve d'une fraude à l'assurance.

Dans le cas 4.3, la caisse-maladie s'est référée à tort à l'art. 45 LPGA. Aux termes de l'alinéa 1, 1<sup>e</sup> phrase, les frais de l'instruction sont pris en charge par l'assureur qui a ordonné les mesures. Les frais, selon l'art. 45, alinéa 3 LPGA, peuvent être mis à la charge de la partie qui empêche ou entrave l'instruction de manière inexcusable après sommation et indication des conséquences. Mais qu'un tel comportement ait pu être reproché à l'assuré dans le

cas 4.3 ne ressortait pas du dossier dont disposait l'Office de médiation. La tentative de demander à l'assuré l'accord préalable pour la prise en charge des frais d'investigation n'était pas légitime et donc critiquable. La caisse-maladie espérait par cette tactique systématique résoudre de façon simple un problème, en partant de l'hypothèse que les personnes n'ayant rien à se reprocher donneraient leur assentiment et que celles qui refuseraient seraient démasquées et pourraient tacitement être tenues pour des escrocs à l'assurance.

## Quand y a-t-il obligation de réduire le dommage?

L'obligation de réduire le dommage impose que la personne assurée, après la survenance d'un cas d'assurance, prenne toutes les mesures que l'on peut raisonnablement exiger d'elle pour diminuer ou éviter l'obligation de prise en charge existante par la caisse-maladie. De l'avis de tous les économistes de la santé, un comportement des assurés visant à réduire le dommage contribuerait considérablement à enrayer la spirale des coûts dans le secteur de la santé. Quiconque, par exemple, ne se fait pas soigner alors qu'il a besoin de soins, néglige des mesures exigibles raccourcissant la maladie, omet d'effectuer les thérapies ordonnées, voire adopte un comportement nuisible à la santé, transgresse le principe de l'obligation de réduire le dommage. Si une personne assurée interrompt de son propre chef un traitement objectivement indiqué avant même de pouvoir obtenir des résultats sur le plan médical ou si elle néglige les thérapies au point que celles-ci deviennent inutiles, elle n'a dès lors pas droit à dédommagement, selon la pratique des caisses-maladie.

Le cas 5 concerne un assuré qui, après une interruption compréhensible d'une mesure, n'avait pas fait le nécessaire pour réduire les coûts d'assurance. Le cas 6 traite d'un assuré qui n'était pas tenu de recourir à une hospitalisation moins coûteuse, sous le couvert d'obligation de réduire le dommage. Le cas 7 porte sur la question de l'interprétation de la notion d'économicité.

### Cas 5

L'assuré souffre d'un sévère syndrome obstructif de l'apnée du sommeil. Le médecin traitant lui recommanda un appareil nCPAP. Toutefois, le patient ne pouvait pas dormir avec cet appareil, car il ne parvenait pas à s'y habituer, si bien que le médecin dut interrompre le traitement et reprendre l'appareil. La caisse-maladie refusa de dédommager les frais de location de l'appareil en raison de l'absence d'observance thérapeutique de la part du patient. L'assuré n'était pas d'accord et contacta de ce fait l'Ombudsman.

L'Ombudsman s'adressa à la caisse-maladie et lui rappela que l'accoutumance aux appareils nCPAP constituait un problème connu et délicat. Il fit par ailleurs valoir qu'elle ne pouvait refuser des prestations au titre de l'obligation de réduire le domma-

ge que si le patient avait manifesté un comportement inadéquat fautif. La caisse devait donc être en mesure de prouver que l'assuré avait fait échouer par mauvaise volonté un traitement efficace ou qu'il s'était refusé à déployer les efforts de volonté raisonnablement exigibles pour s'habituer à l'appareil nCPAP.

En fait, la solution de l'énigme était beaucoup plus simple que ne le laissait supposer la justification sommaire initiale de la caisse-maladie. La caisse exposa les faits suivants à l'Ombudsman: du fait qu'un appareil nCPAP est loin de rencontrer un succès sans réserve chez les patients, un contrôle de la compliance durant 2 à 3 mois était indispensable. Le médecin traitant avait bien confirmé dans son ordonnance du 15 mars 2005 qu'un tel

contrôle aurait lieu. Dès le 8.4.2005, la caisse s'enquit auprès du médecin, par courrier, des résultats de ce contrôle, sans obtenir toutefois les renseignements souhaités. Le 12.7.2005, le médecin écrivit à la caisse que le patient ne s'était plus représenté depuis le 15.4.2005. Finalement, il ressortit des autres renseignements pris que l'assuré avait utilisé l'appareil au mieux pendant une semaine après sa remise. Malgré cela, il n'avait rendu l'appareil qu'après plusieurs mois, le 15 août 2005, alors qu'il savait qu'une location journalière était due.

L'Ombudsman ne put que donner raison à la caisse de faire supporter à l'assuré les frais de location

### Cas 6

L'assuré souffre de sclérose en plaques. Par lettre du 31.3.2005, le médecin traitant demanda à la caisse-maladie une garantie de paiement pour une rééducation médicale stationnaire à la clinique privée G. hors canton, figurant sur la liste des hôpitaux du canton de domicile de l'assuré. La caisse-maladie avait conclu avec cette clinique une convention tarifaire pour tous ses assurés. Par courrier du 8.4.2005 au médecin, elle refusa la garantie de paiement au motif que l'assuré avait la possibilité de se faire hospitaliser dans la clinique de réadaptation R., établissement public situé dans le canton qui facturait selon un tarif beaucoup moins élevé que la clinique privée G. En raison de l'obligation de l'assuré de réduire le dommage, elle était donc en droit de limiter sa garantie de paiement au tarif de l'hôpital R. L'Ombudsman ne pouvait se rallier à ce point de vue.

La caisse-maladie étayait son argumentation sur un jugement du Tribunal fédéral des assurances (TFA) publié aux ATF 127 V 398 dans le cas d'un assuré qui s'était fait hospitaliser pour des raisons personnelles dans un hôpital public hors canton figurant sur la liste des hôpitaux de son canton de résidence. Le TFA reconnaissait que l'assuré n'avait pas droit à la pleine couverture des frais facturés, même si l'hôpital hors canton figurait sur la liste (fermée) de son canton de domicile. Il ne pouvait dans ce cas que percevoir ce que la caisse-maladie aurait dû payer s'il avait séjourné en division commune d'un établissement conventionné de son canton de résidence. Mais dans le présent cas, cette justification s'avérait non pertinente. Dans le cas du patient atteint de sclérose en plaques, la principale différence était que la caisse-maladie avait conclu avec la clinique hors canton une convention tarifaire, ce qui n'était pas le cas pour l'hôpital hors canton mentionné dans l'ATF 127 V 398.

La clinique privée hors canton G. a été portée sur la liste des hôpitaux du canton de domicile de l'assuré parce que les capacités dans les cliniques de réadaptation à l'intérieur du canton ne suffisaient pas pour les soins à fournir à la population du canton de résidence. En pareil cas, les assurés de-

pour la durée où l'appareil nCPAP était resté inutilisé. Néanmoins, il s'avérait que le refus total de prise en charge était une mesure trop draconienne. En effet, au début du traitement, l'appareil nCPAP était indiqué médicalement et le resta jusqu'à l'interruption par le patient de la tentative de traitement. Jusqu'à cette date, il fallait répondre affirmativement à l'existence d'une obligation de prise en charge par la caisse-maladie. La caisse-maladie se déclara donc disposée à indemniser les frais de la première instruction, le matériel de consommation et la location pour 14 jours.

vaient avoir la possibilité, de par la loi, de recourir aux hôpitaux hors canton, sans devoir risquer d'avoir des frais non couverts. Voilà pourquoi la caisse-maladie, en toute logique, avait conclu dans le présent cas une convention tarifaire avec la clinique G. pour permettre à ses assurés d'obtenir la pleine couverture des frais garantie par la loi. Mais l'assureur voulait néanmoins se réserver le droit de pouvoir, de cas en cas, décider si une personne assurée pouvait ou non effectuer sa rééducation avec couverture intégrale des frais à la clinique G., et ce, selon que la clinique de réadaptation au sein du canton disposait ou non de lits encore disponibles dans un délai d'attente acceptable. Ainsi, elle pouvait faire l'économie des coûts de la clinique privée G., plus onéreuse.

Aussi compréhensible que soit le point de vue de la caisse, il renfermait toutefois, du point de vue de l'Ombudsman, une restriction inadmissible du libre choix de l'hôpital. Au sein d'un même canton, il y a aussi des hôpitaux qui présentent de nettes différences de tarif pour les mêmes tâches médicales. Lorsqu'il s'agit d'être traitée la personne assurée peut choisir librement dans son canton de résidence si elle préfère se faire soigner à l'hôpital universitaire plus coûteux ou à l'hôpital régional meilleur marché. Elle peut également se faire soigner dans son canton de résidence en division commune d'un hôpital privé admis ayant un mandat de prestations (ATF 131 V 133) sans que l'on puisse lui opposer que l'hôpital public engendrerait des coûts moindres pour les caisses-maladie. Il est généralement admis que les assurés ne sont pas tenus de choisir en pareil cas, au titre de l'obligation de réduire le dommage, l'hôpital au meilleur tarif pour la caisse-maladie. Le droit du libre choix de l'hôpital prévaut ici sur l'obligation de réduire le dommage. On ne voit pas pourquoi il devrait en être autrement s'agissant du rapport entre hôpitaux intra-cantonaux et extra-cantonaux qui figurent sur la liste fermée des hôpitaux du canton de résidence du patient, lorsque la caisse-maladie a conclu une convention tarifaire avec l'hôpital hors canton. Malheureusement, la caisse-maladie ne se laissa pas convaincre, si bien que le patient dut agir en justice.

### Cas 7

L'assuré devait se soumettre à une intervention de chirurgie nasale. Le cas fut annoncé à la caisse-maladie comme séjour hospitalier de 2 ou 3 nuits en cas de déroulement sans complications. La caisse-maladie accorda une garantie de paiement pour un séjour de trois jours avec un forfait journalier de Fr. 460.– en division commune d'un hôpital public du canton de résidence (Fr. 1380.– au total). Finalement, l'assuré fut opéré en semi-stationnaire dans une clinique privée qui appliqua le tarif pour les soins médicaux ambulatoires (TarMed). Le décompte selon TarMed s'éleva pour l'intervention à Fr. 6100.– environ. La caisse-maladie opposa à l'assuré qu'en raison de l'obligation de réduire le dommage, il aurait dû se faire traiter en stationnaire, car cela aurait été pour elle beaucoup plus avantageux que les soins semi-hospitaliers. Par conséquent, elle n'était prête qu'à payer les frais de Fr. 1380.– correspondant à un traitement stationnaire. L'assuré soumit l'affaire litigieuse pour examen à l'Ombudsman.

L'Ombudsman parvint à la conclusion qu'il n'y avait pas violation de l'obligation de réduire le dommage du fait que l'assuré ne pouvait pas savoir que les prestations à allouer par la caisse-maladie pour un traitement semi-hospitalier seraient tellement plus élevées que pour un traitement stationnaire. La caisse-maladie a pu accepter cet argument. Le litige porta sur la question de savoir si le médecin traitant aurait dû informer le patient de la différence de coûts. Le médecin, à qui l'on demanda des explications, objecta que la logique d'économie d'entreprise voulût qu'un traitement stationnaire engendrât normalement des frais plus élevés

qu'un traitement ambulatoire. Il n'avait donc pas eu de raison d'attirer l'attention de son client sur un traitement stationnaire éventuellement meilleur marché. Cela aussi dut être admis.

En fait, il faut être conscient du fait que les forfaits journaliers représentent une valeur moyenne de tous les coûts des cas de traitement d'un hôpital sur une période de calcul déterminée et que, par conséquent, ils ne correspondent jamais, ou tout au plus de manière fortuite, aux frais réels d'un cas de traitement concret. En outre, les forfaits journaliers des hôpitaux publics comprennent uniquement 50% des frais d'exploitation hospitaliers imputables selon la LAMal (art. 49, alinéa 1 LAMal). En revanche, les taxes selon TarMed reposent, pour chacune des positions tarifaires, sur des bases de calcul selon les règles de l'économie d'entreprise et reflètent donc les coûts réels du cas de traitement particulier. Par conséquent, s'agissant de la question de l'obligation de réduire le dommage ou de l'examen du caractère économique d'un traitement, il ne faut jamais pratiquer de simples comparaisons de tarif. La caisse-maladie a pu finalement se rallier – même si elle manifesta peu d'enthousiasme – au point de vue de l'Ombudsman selon lequel cela n'a pas beaucoup de sens de pousser les assurés vers un traitement stationnaire prétendument plus économique en raison du fait uniquement que la caisse doit payer moins dans des hôpitaux pratiquant des forfaits journaliers que pour un traitement ambulatoire. La solution économique peut être celle qui minimise globalement les coûts, en tenant compte des budgets de toutes les parties appelées à supporter les coûts selon la LAMal.

## Y a-t-il ou non constitution du domicile?

La notion de domicile joue un rôle central dans l'assurance obligatoire des soins. Le domicile n'étant pas une notion juridique simple, l'Ombudsman doit en débattre très fréquemment. Le rapport d'activité de l'année passée a déjà exposé des exemples de cas auxquels succèdent à présent deux autres cas pour l'année 2005. Ces deux cas concernent la constitution du domicile de citoyens helvétiques revenus en Suisse.

### Cas 8

L'assuré déménagea à l'automne 1993 avec sa femme en Espagne, ce qu'il communiqua à sa caisse-maladie. Celle-ci se déclara prête à le garder dans l'assurance de base. Par la suite, il reçut les certificats d'assurance et les autres communications de la caisse à son adresse en Espagne. Après l'introduction de l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et la Communauté européenne et ses États membres du 21 juin 1999 (RS 0.142.112.681; ALCP), la caisse-maladie lui annonça qu'il devrait désormais payer les primes plus élevées appliquées aux assurés domiciliés dans l'UE.

En 1997 et en 2003, l'assuré subit de petites interventions en Suisse dont les frais furent pris en charge par la caisse-maladie. En décembre 2004, il tomba gravement malade et dut être opéré, à nouveau en Suisse. Lors de l'examen de la question du remboursement des frais de cette hospitalisation, la caisse-maladie parvint à la conclusion que l'assuré, du fait de son domicile à l'étranger, ne pouvait être affilié à l'assurance obligatoire des soins. Elle lui annonça donc par lettre du 1.6.2005, libellée à son adresse en Espagne, que l'assurance prenait fin au 30 juin 2005.



Début juillet 2005, l'assuré voulut se faire opérer d'un cancer en Suisse. Le 28.6.2005, la secrétaire de l'hôpital lui annonça que la caisse-maladie refusait d'accorder une garantie de paiement en raison de la suppression d'assurance au 30.6.2005 qui lui avait été communiquée par lettre du 1.6.2005. L'assuré fut surpris, car ce courrier ne lui était pas parvenu en Espagne. L'assuré s'annonça ensuite immédiatement au contrôle des habitants de sa commune d'origine, fait qu'il communiqua à sa caisse-maladie le 30.6.2005. Celle-ci continua à refuser d'accorder une garantie de paiement pour l'opération prévue.

L'obligation de la caisse-maladie d'allouer des prestations n'était effectivement pas évidente. En fait, depuis le 1.1.1997 l'assuré ne pouvait plus être affilié à l'assurance obligatoire des soins en raison de la fin de sa domiciliation en Suisse (art. 132 al. 1 OAMal), ce qui avait échappé à la caisse-maladie. Par ailleurs, selon l'art. 2 al. 1, let. b OAMal, les personnes qui séjournent en Suisse dans le seul but de suivre un traitement médical ou une cure sont exceptées de l'obligation de s'assurer. Or, il ne faisait pas de doute que l'assuré séjournait en Suisse pour s'y faire soigner. Il était également évident qu'il s'était annoncé au contrôle des habitants dans l'intention de pouvoir subir l'opération prévue à la charge de l'assurance obligatoire des

soins. Il n'était toutefois pas exclu que l'assuré s'était aussi à nouveau annoncé dans l'intention de s'établir en Suisse, élément de volonté indispensable pour la constitution du domicile au sens du CC. Il découle de l'art. 2 al. 1 let. b OAMal, que l'intention d'une personne domiciliée à l'étranger de s'établir à nouveau en Suisse ne peut pas être donnée si cette personne projette de retourner immédiatement à son domicile étranger après avoir été traitée en Suisse. Les Suisses de l'étranger commettent régulièrement l'erreur de croire qu'un tel procédé est communément possible. Dans le cas présent, l'assuré parvint à convaincre la caisse-maladie – laquelle avait entrepris de réétudier le refus de prestation avant même l'intervention de l'Ombudsman – qu'il avait eu de toute façon l'intention de revenir sous peu définitivement en Suisse. Le projet n'avait été qu'avancé en raison de ses ennuis de santé et de ses problèmes avec la caisse-maladie.

Il faut ajouter que la caisse-maladie aurait dû accorder le maintien de l'assurance en vertu des règles de la bonne foi, car l'assuré au moment des faits n'aurait plus eu aucune possibilité d'être assuré ailleurs. Si la caisse-maladie avait supprimé l'assurance de base en Suisse dès 1997, comme la LA-Mal l'exigeait, l'assuré aurait pu encore obtenir une autre couverture.

### Cas 9

A., âgé de 22 ans, déclara son départ pour l'étranger à sa commune de domicile, résilia sa caisse-maladie et en informa préalablement tous les autres services administratifs pouvant être concernés. Au bout de trois semaines de séjour à l'étranger, il décompensa psychologiquement et dut par conséquent être rapatrié en urgence en Suisse où il fut hospitalisé dans une clinique psychiatrique. La caisse-maladie à laquelle A. était affilié pour l'assurance obligatoire des soins avant son départ refusa, d'une part, d'admettre l'existence d'une assurance sans interruption et, d'autre part, rejeta la possibilité d'une réadmission, estimant que l'intention de s'établir en Suisse, nécessaire à la constitution du domicile, n'était pas prouvée et qu'il fallait s'attendre à ce que A., une fois guéri, quitte immédiatement la Suisse. L'Ombudsman que l'on pria d'examiner la situation juridique, conseilla à la caisse-maladie de ne pas pratiquer d'interruption de la protection d'assurance pour les raisons exposées ci-après.

La résiliation de l'assurance obligatoire des soins suite à la suppression du domicile en Suisse ne peut déployer les effets escomptés que si la suppression du domicile a réellement eu lieu. Tel est le cas dès que la personne possède à l'étranger un domicile autonome selon l'art. 20 al. 1 let. a de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).

L'obligation de s'assurer n'est supprimée qu'à ce moment-là. Si un domicile en Suisse est levé, mais qu'il n'y a pas constitution d'un nouveau domicile à l'étranger, ni de résidence habituelle au sens de l'art. 20 al. 1 lett. b LDIP, il faut interpréter la situation de manière fonctionnelle et déterminer si le domicile suisse est supprimé ou au contraire maintenu comme domicile fictif ou bien s'il y a domicile au lieu du simple séjour à l'étranger.

On ne pouvait, certes, exclure que A., bien qu'il n'ait séjourné que trois semaines à l'étranger, se soit déjà installé dans un lieu précis dans l'intention de s'y établir durablement et qu'il ait donc ainsi constitué un domicile au sens de l'art. 20 al. 1 let. a LDIP. Cette supposition, d'après l'expérience générale de la vie, ne paraissait pas plausible. On ne pouvait pas non plus dire que A. avait déjà sa résidence habituelle à l'étranger, car il n'y vivait pas depuis une certaine durée, comme cela est nécessaire selon l'art. 20 al. 1 let. b LDIP pour la constitution d'une résidence habituelle. En application d'une interprétation fonctionnaliste qui tient compte ici du fait qu'il faut éviter autant que possible les lacunes d'assurance (voir aussi ATF 129 V 77, 78 consid. 4.2), l'Ombudsman défendit le point de vue que dans le cas de A., le domicile suisse avait continué d'exister en tant que domicile fictif, de sorte que la résiliation de l'assurance obligatoire des soins ne pouvait déployer ses effets.

## Obligation d'allouer des prestations durant l'exécution des peines et des mesures

Sous l'ancien régime de la LAMA, la pratique administrative et la jurisprudence autorisaient les caisses-maladie à exclure dans leurs statuts les prestations pour les assurés exécutant une peine ou des mesures. Ces dispositions statutaires avaient le caractère d'une règle de coordination. Les caisses-maladie n'étaient libérées de leur obligation d'allouer des prestations uniquement que si et dans la mesure où les cantons subvenaient aux coûts des soins médicaux durant l'exécution des peines et des mesures médicales concernant les délinquants selon le code pénal (CP). Cette réserve de subsidiarité n'est plus valable dans la LAMal. Mais même sous l'ancien droit, les caisses-maladie étaient tenues à prestations pour les mesures selon l'art. 43 ch. 3, al. 2 CP (RAMA 1986 K 680 229) et art. 44 CP (ATF 106 V 179), ce qui reste toujours valable pour la LAMal. Le cas 10 qui concerne une mesure stationnaire effectuée hors canton selon l'art. 43 ch. 1 al. 1 CP, soulève également la question d'une participation du canton de résidence selon l'art. 41 al. 3 LAMal.

### Cas 10

Par décision du 20.9.2004, la commission criminelle de la Cour suprême du canton de X. ordonna pour le délinquant D. une mesure stationnaire selon l'art. 43 ch. 1 al. 1 CP, qui devait être exécutée dans une clinique spéciale de psychiatrie judiciaire. Le département de la justice et de la sécurité chargé de l'exécution transféra D. le 19.10.2004 de la clinique B. à la clinique psychiatrique universitaire (CPU) extra-cantonale O., du fait que dans le canton de X., canton de résidence de D., il n'y avait pas de clinique spéciale appropriée au sens de l'expertise médicale judiciaire. Par courrier du 18.1.2005 à l'office des tutelles de la ville de N., la caisse-maladie auprès de laquelle D. était affilié pour la couverture obligatoire des soins refusa d'accorder une garantie de paiement parce que, d'après l'indication du médecin-conseil, il ne s'agissait pas d'une prestation légale obligatoire selon la LAMal, puisque l'assuré avait été envoyé au CPU par la Cour suprême du canton X. La municipalité de R., commune d'assistance de D., s'adressa à l'Ombudsman, car elle n'était pas sûre que la décision de la caisse-maladie était correcte. Ainsi que cela ressort des explications suivantes, l'Ombudsman estima que des investigations médicales complémentaires préalables étaient nécessaires.

L'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles (art. 25, alinéa 1 LAMal). Est réputée maladie toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical (art. 3, alinéa 1 LPGA). Il s'agissait de savoir, en premier lieu, si D. souffrait d'une maladie et si son état nécessitait le traitement stationnaire prescrit.

Lorsque l'état mental d'un délinquant, qui a commis en rapport avec cet état, un acte punissable de réclusion ou d'emprisonnement, exige un traitement médical ou des soins spéciaux et à l'effet

d'éliminer ou d'atténuer le danger de voir le délinquant commettre d'autres actes punissables, le juge peut ordonner le renvoi dans un hôpital ou un hospice. Il pourra ordonner un traitement ambulatoire si le délinquant n'est pas dangereux pour autrui (art. 43 ch. 1 al. 1 CP). Une mesure selon l'art. 43 ch. 1 al. 1 CP suppose une anomalie présentant un certain caractère de maladie ainsi que la nécessité de traitement médical ou de soins infirmiers.

Théoriquement, la notion d'anomalie nécessitant des soins selon le titre marginal de l'art. 43 CP ne doit pas coïncider avec la notion d'atteinte à la santé mentale exigeant un traitement médical selon l'art. 3 al. 1 LPGA que la jurisprudence définit également comme un état de santé s'écartant de la norme (ATF 129 V 32, 38 consid. 4.2.1). Toutefois, le traitement d'une anomalie mentale nécessitant d'être traitée représentera, en général, un traitement de maladie au sens de l'art. 25 al. 1 LAMal du fait que les critères de la notion de maladie selon l'art. 3 al. 1 LPGA sont remplis. De même, selon la pratique, il n'y a pas lieu de s'écarter sans besoin de l'appréciation relevant du droit pénal de la nécessité de traitement (RAMA 1986 K 680 229, 232 consid. 2b). À la demande de l'Ombudsman, la caisse-maladie fit réexaminer cette question par son médecin-conseil. Celui-ci confirma que l'hospitalisation à la CPU était nécessaire pour des raisons médicales et que, par conséquent, il y avait bien, dans le cas de D., un traitement de maladie stationnaire au sens de la LAMal.

Restait donc à examiner si l'obligation de verser des prestations pouvait être rejetée du fait que D. avait été adressé à la CPU par les autorités. Du point de vue du droit de l'assurance-maladie, cela ne fait toutefois en principe pas de différence, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA), qu'une personne assurée séjourne dans un établissement hospitalier sur ordre d'un médecin ou d'un juge (ATF 106 V 179, 182; RAMA 1986 K 680 229, 233). Il suffit que la nécessité

médicale de traitement soit l'un des motifs d'admission à l'hôpital (RAMA K 680 229, 233). Le droit à prestations à l'égard de l'assureur-maladie ne dépend pas non plus du fait que le traitement médical soit effectué volontairement ou non (ATF 106 V 179, 182).

Sous l'empire de la LAMal, les personnes exécutant une peine ou des mesures ont le même droit à prestations que les autres assurés. Ni la LPGA ni la LAMal ne connaissent de règle qui obligerait les cantons, plutôt que les caisses, à supporter prioritairement les coûts des soins médicaux aux délinquants durant l'exécution des peines et des mesures ou qui exclurait l'obligation de cette dernière de verser des prestations. Les caisses-maladie ne sont pas non plus autorisées à prévoir dans leurs condi-

tions d'assurance une réglementation qui dérogerait à la loi (en statuant par exemple une simple obligation subsidiaire de verser des prestations, comme cela était encore possible dans l'ancien droit).

Au vu de ces considérations, la caisse-maladie reconnu son obligation de prise en charge. Étant donné que D. était obligé, pour des raisons médicales, de recourir aux services d'un hôpital public extra-cantonal, l'Ombudsman conseilla à la commune de R. de soumettre le dossier au médecin cantonal du canton de X. afin que D., ou plutôt la commune d'assistance, puisse également bénéficier de la part du canton de résidence selon l'art. 41 al. 3 LAMal.

**Traitements dentaires** Les différends au sujet de l'obligation de prise en charge de traitements dentaires étaient monnaie courante dans les années qui ont directement suivi l'introduction de la LAMal. En 2000 et 2001 par exemple, 16% environ de tous les litiges de prestations concernaient le domaine dentaire (rapport d'activité 2000, page 16 et 2001, page 15). En 2003, leur taux a nettement diminué, car pour les cas les plus importants, il existait une jurisprudence de la plus haute instance judiciaire guidant les caisses-maladie dans leur pratique administrative. Le cas 11 traite d'une conception du droit se manifestant régulièrement, mais qui n'est pas ancrée dans l'assurance-maladie sociale.

#### Cas 11

L'assuré subit en 1978, à l'âge de 10 ans, un accident qui lui coûta les dents 21 et 22. Après les premiers soins dentaires, une solution prothétique provisoire fut mise en place qui fut remplacée en 1999 par une solution définitive à la charge de l'assurance obligatoire des soins (couronnement des dents 21 et 22). La caisse-maladie refusa la prise en charge des coûts d'un traitement nécessaire en 2005 (réparation de la perte du faux moignon de la dent 21) au motif que le dispositif de pont prothétique de 1999 avait rétabli l'état antérieur. Il n'y avait donc pas de droit légal à prestation étant donné que la perte du faux moignon ne constituait pas une rechute ou une séquelle tardive, mais était la conséquence d'une usure naturelle.

La décision de la caisse-maladie n'était pas convaincante. La LAMal ne contient pas de disposition limitant les prestations obligatoires à un rétablissement unique de l'atteinte à la santé. Si le point de vue de la caisse-maladie était correct, l'assurance obligatoire des soins ne devrait pas rembourser, par exemple, le remplacement d'un stimulateur cardiaque défectueux ou d'une prothèse de la hanche endommagée par un vieillissement naturel. Personne ne cautionne pareille thèse. Le traite-

ment d'atteintes à la santé dues à un accident est subordonné au même droit que celui en cas de maladie (art. 28 LAMal). Par conséquent, il va de soi que, dans un cas d'assurance régi par la LAMal, si un dispositif dentaire dû à un accident perd sa fonctionnalité suite à un vieillissement normal ou à une usure des matériaux ou pour d'autres causes, l'assainissement doit en être imputé à l'assureur-maladie compétent. L'obligation d'allouer des prestations pour des mesures efficaces, appropriées et économiques demeure si et aussi longtemps que la nécessité d'un traitement dentaire est objectivement prouvée et qu'elle a un lien de causalité avec l'accident.

La supposition que le premier dispositif prothétique avait rétabli l'état antérieur n'était pas non plus correcte. Le rétablissement était impossible puisqu'au moment de l'accident, les dents saines avaient été irrémédiablement perdues. L'état antérieur ne peut être entièrement ou partiellement rétabli uniquement qu'en ce qui concerne la capacité de mastication. Si un dispositif prothétique n'est plus en mesure de garantir la capacité de mastication en raison d'une usure naturelle ou pour d'autres raisons, l'état antérieur invoqué par la caisse-maladie n'existe justement plus.

## Participation aux coûts: prestations de maternité

Aux termes de l'art. 64 LAMal, les assurés participent aux coûts des prestations dont ils bénéficient (alinéa 1). La participation aux coûts comprend un montant fixe par année (franchise) et 10% des coûts qui dépassent la franchise (quote-part; alinéa 2). L'assureur ne peut exiger aucune participation s'il s'agit de prestations en cas de maternité (alinéa 7). Selon la jurisprudence, les prestations de maternité sont celles citées à l'art. 29 al. 2 LAMal. Ces prestations comprennent les examens de contrôle pendant et après la grossesse (lettre a), l'accouchement (lettre b), les conseils nécessaires en cas d'allaitement (lettre c) et les soins accordés au nouveau-né en bonne santé et son séjour, tant qu'il demeure à l'hôpital avec sa mère (lettre d). Dans l'arrêt ATF 127 V 268 le TFA a décidé que le traitement de troubles de la maternité ne doit pas être classifié comme examen de contrôle au sens de l'art. 29 al. 2 let. a LAMal, mais comme risque de maladie faisant donc partie du traitement en cas de maladie, raison pour laquelle la participation aux coûts était due. Beaucoup de femmes l'ignorent, ce qui est toutefois d'une importance considérable pour un choix de franchise judicieux. Le cas 12 porte sur la question de savoir si l'élément de risque d'une pathologie peut donner lieu à une participation aux coûts, même lors d'un accouchement.

### Cas 12

Madame S. entra le 12.3.2005 à l'hôpital pour provoquer l'accouchement. À ce moment-là, la date présumée d'accouchement était dépassée de 13 jours. Étant donné que pour son premier enfant, elle avait déjà dépassé de beaucoup le terme et que des complications avaient débouché sur une césarienne, Madame S. ne voulait pas trop attendre pour son deuxième accouchement. Les manœuvres obstétriques de provocation du deuxième accouchement entraînaient, certes, des contractions, mais pas la naissance, si bien qu'il fallut les renouveler durant les cinq jours suivants. Mais en vain, puisqu'une césarienne en urgence s'avéra à nouveau incontournable. La caisse-maladie préleva sur les coûts des journées d'hospitalisation avant l'accouchement la participation aux coûts légale au motif que l'entrée à l'hôpital quelques jours avant la naissance constituait toujours une complication de grossesse, raison pour laquelle la participation aux coûts était due pour la période d'hospitalisation préalable. L'Ombudsman ne pouvait se déclarer d'accord.

En vertu de l'art. 29 al. 2 let. b LAMal, l'accouchement à domicile, dans un hôpital ou dans une institution de soins semi-hospitaliers ainsi que l'assistance d'un médecin ou d'une sage-femme sont exemptés de la participation aux coûts. L'obstétrique en général comprend la préparation, l'exécution et le traitement subséquent des naissances normales et pathologiques, y compris les

opérations nécessaires. Cette définition est également déterminante pour l'art. 29 al. 2 let. b LAMal. Si les complications durant la grossesse ne font pas partie des examens de contrôle selon l'art. 29 al. 2 let. a LAMal et sont considérées comme un traitement de maladie, la situation juridique est autre à l'art. 29 al. 2 let. b LAMal. L'obstétrique au sens de cette disposition ne porte pas uniquement sur l'assistance en cas d'accouchement naturel sans complications, mais comprend aussi un accouchement pathologique.

En cas de naissance naturelle, un accouchement débute au moment où se manifestent toutes les 10 minutes des contractions régulières qui durent au total plus de deux heures et demie (d'après «Roche Lexikon Medizin»). Lors d'un accouchement provoqué, celui-ci commence par des mesures de déclenchement et lors d'une césarienne par une intervention chirurgicale. Dès le déclenchement d'un accouchement, tous les actes constituent des prestations particulières en cas de maternité au sens de l'art. 29 al. 2 let. b LAMal. En matière de participation aux coûts, la pratique des assureurs dont nous avons connaissance ne distingue pas, à raison, entre accouchements avec ou sans complications. En l'espèce, Madame S. était entrée à l'hôpital pour y accoucher et l'accouchement y fut au demeurant immédiatement provoqué. Dès ce moment-là, on était en présence de faits constitutifs de l'accouchement selon l'art. 29 al. 2 let. b LAMal.

## 6. Pratique des assurances complémentaires

L'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et la Communauté européenne et ses États membres du 21 juin 1999 (RS 0.142.112.681; ALCP) vise à garantir aux assurés, en cas de maladie durant un séjour à l'étranger dans un État contractant, les soins nécessaires sous forme de prestations en nature d'ordre médical. Cette sécurité repose sur le principe fondamental de l'entraide en matière de prestations. La personne assurée peut solliciter des prestations selon les dispositions et les formes de droit de l'assurance-maladie étrangère, comme si elle lui était affiliée. Elle doit, à cet effet, présenter simplement au fournisseur de prestations étranger une attestation officielle (pour les touristes le formulaire E111 ou la carte européenne d'assurance-maladie) prouvant qu'elle est bien affiliée en Suisse à l'assurance obligatoire des soins. Étant donné que le genre et l'étendue des prestations sont conformes à la réglementation légale et aux dispositions de l'assurance-maladie étrangère, la personne assurée peut se voir imposer une participation aux coûts si celle-ci est prévue par le système étranger. Dans le cas 13 exposé ci-après, la question, non encore clarifiée du point de vue juridique, se pose de savoir si pareille participation aux coûts peut être couverte par l'assurance de base, voire par une assurance complémentaire.

Il y a de nombreuses interactions entre l'assurance de base et les assurances complémentaires. Une question soulevée régulièrement concerne l'opportunité d'avoir les deux types d'assurance auprès de différentes caisses-maladie. L'un des inconvénients de la séparation peut être le risque qu'une réponse différente soit apportée par les deux assureurs à la même question de droit, dans un cas de traitement. Le cas 14 traite du problème venant du fait que la même notion ne recouvre pas forcément le même contenu dans la LAMal et dans une assurance complémentaire.

### Cas 13

L'assuré A. dut se faire hospitaliser d'urgence durant ses vacances en France. Le système d'assurance-maladie étatique français lui fournit, certes, l'entraide en matière de prestations conformément à l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), mais l'hôpital français lui factura une participation aux coûts de quelque 400 euros. A. s'adressa à sa caisse-maladie U., où il avait conclu l'assurance obligatoire des soins (assurance de base), et réclama le remboursement de ce montant. La caisse refusa la demande au motif que la couverture de participations aux coûts prélevés par des assureurs-maladie étrangers dans le cadre de l'entraide en matière de prestations n'était pas prévue dans les prestations obligatoires de la LAMal. A. soumit ensuite sa demande à la caisse-maladie R. où il avait conclu une assurance de voyage. R. refusa également la demande de prise en charge pour des motifs sur lesquels nous reviendrons. A. s'adressa alors à l'Ombudsman.

Aux termes de l'art. 36 al. 2 phrase 1 OAMal, l'assurance obligatoire des soins prend en charge le coût des traitements effectués en cas d'urgence à l'étranger. Toutefois, selon l'art. 36 al. 4 phrase 1 OAMal, ces coûts sont pris en charge jusqu'à concurrence du double du montant qui aurait été payé si le traitement avait eu lieu en Suisse. Enfin, l'art. 36 al. 5 OAMal stipule que les dispositions sur l'entraide internationale en matière de prestations demeurent réservées. L'Ombudsman examina donc en premier lieu la question de savoir si la personne assurée, parallèlement à son droit à des prestations dans le cadre de l'entraide internationale en matière de prestations, avait également droit à des prestations dans le cadre de l'art. 36 al. 2 OAMal. Il parvint à la conclusion que les assurés pouvaient, certes, choisir de bénéficier de l'entraide internationale en matière de prestations ou bénéficier de prestations selon l'art. 36 OAMal, mais que les deux possibilités n'étaient pas à disposition de ma-



nière cumulative pour une même prestation médicale. Il souleva par ailleurs la question de savoir si une obligation de prise en charge complémentaire découlant de l'art. 36 al. 2 et 4 OAMal pour une participation aux coûts étrangère ne pouvait pas se justifier, tout au moins dans le cas où celle-ci est plus élevée que celle qu'il aurait fallu payer en Suisse pour le cas de traitement en question. Que le risque qu'une participation aux coûts plus élevée dans un État contractant puisse représenter une circonstance faisant obstacle à la libre circulation des personnes parlait en faveur d'une telle solution. La caisse-maladie U refusa toutefois un tel procédé, car elle n'y voyait pas de base légale. Elle argumenta par ailleurs qu'elle n'aurait pas pu verser les 400 euros parce que la franchise de l'assuré était plus élevée que ce montant et qu'elle n'avait pas encore été atteinte.

Les espoirs de l'assuré reposaient donc sur son assureur complémentaire. L'assurance de voyage

qu'il avait contractée prenait en charge, selon les conditions d'assurance, «en complément à l'assurance obligatoire des soins les frais non couverts engendrés en cas de maladie et d'accident». Selon la teneur de ces dispositions, la participation aux coûts litigieuse devait être remboursée. L'assureur complémentaire se référa toutefois à l'art. 64 al. 8 LAMal qui stipule que «la participation aux coûts ne peut être assurée ni par une caisse-maladie, ni par une institution d'assurance privée». Il faut objecter à cela que l'art. 64 al. 8 LAMal interdit uniquement d'assurer la participation aux coûts de l'assurance obligatoire des soins suisse, seul élément exigé par le législateur. Or, la participation aux coûts perçue par un assureur étranger dans le cadre de l'entraide internationale en matière de prestations n'est pas une participation aux coûts de l'assurance obligatoire des soins suisse. La caisse-maladie R put accepter cette argumentation et prit en charge la participation aux coûts litigieuse au titre de l'assurance complémentaire.

#### Cas 14

L'assuré R., domicilié dans le canton de Zurich, est affilié à la caisse-maladie H. pour l'assurance obligatoire des soins et dispose d'une assurance complémentaire d'hospitalisation en division privée auprès de l'assureur-maladie B. Au printemps 2005, il se fit hospitaliser pour le traitement chirurgical d'une affection urologique. Tandis que l'assureur de base fournit une garantie de paiement pour un traitement stationnaire, l'assureur complémentaire refusa au motif que, selon l'appréciation du médecin-conseil, l'intervention pouvait s'effectuer en ambulatoire ou en semi-stationnaire. L'assureur complémentaire étaya son point de vue sur l'art. 56 al. 1 LAMal aux termes duquel le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement. Cette solution ne parvint pas à convaincre l'Ombudsman, même si un traitement ambulatoire ou semi-hospitalier de l'affection était peut-être défendable d'un point de vue médical.

Beaucoup de conditions d'assurance reprennent la teneur de l'art. 56 al. 1 LAMal, sans toutefois renvoyer expressément à cet article. La plupart des caisses-maladie partent tacitement du principe qu'une clause contractuelle ainsi formulée a exactement le même contenu que l'art. 56 al. 1 LAMal. Mais cela ne va aucunement de soi, car la teneur d'une disposition légale est définie selon d'autres règles interprétatives que les dispositions contractuelles. Par conséquent, les deux voies d'interprétation ne doivent pas nécessairement aboutir au même résultat. Selon l'entendement commun la notion de limitation à la mesure exigée signifie qu'il

ne faut pas recourir, d'un point de vue médical, à plus de mesures que nécessaire. Le médecin traitant s'en était tenu à ce principe dans le cas du patient R. La caisse-maladie défendit le point de vue que la mesure exigée par l'art. 56 al. 1 LAMal portait également sur l'étendue des coûts et que la mesure exigée était dépassée en matière de coûts quand une personne assurée préférerait un traitement stationnaire plus onéreux à un traitement ambulatoire meilleur marché, également possible. Le raisonnement est valable pour la LAMal, mais pas automatiquement pour une disposition contractuelle de même teneur.

Les échanges entre l'Ombudsman et l'assureur-maladie purent être abrégés car les conditions d'assurance de l'assureur complémentaire ne contenaient pas de clause correspondant à l'art. 56 al. 1 LAMal et ne stipulaient pas non plus que les traitements devaient être économiques. La référence à l'art. 56 al. 1 LAMal était donc vaine. Mais l'Ombudsman n'interpréta pas l'absence de clause sur le caractère économique comme obligeant l'assureur complémentaire à devoir payer toute prestation non économique. Mais celui-ci dut concéder que faute de disposition contractuelle pertinente, la question du caractère économique ne pouvait pas être appréciée de manière aussi rigoureuse que dans l'assurance obligatoire des soins. Il dut accepter que les prestations hospitalières contractuelles étaient dues, même si un traitement ambulatoire ou semi-hospitalier s'avérait possible, dès lors que le traitement stationnaire paraissait un tant soit peu raisonnable.

## **7. Rétrospective et perspectives**

L'année 2005 sous revue est également placée sous le signe des « 10 ans de la LAMal ». Chaque personne travaillant depuis 1996 dans le secteur de la santé pourrait, selon les fonctions qui lui incombent, écrire sa propre histoire sur les expériences faites. Pour tous, la nouvelle LAMal a constitué un défi. Et pour l'Ombudsman aussi. À partir de 1996, à tous les niveaux du secteur de la santé, une réflexion intense eut lieu à l'égard du nouveau droit de l'assurance-maladie qui fut également menée dans les cas individuels de prestations, de primes ou de conclusion d'assurance. Personne, pas même l'Ombudsman, ne pouvait plus, comme sous l'ancien droit, se retrancher derrière des positions juridiques infaillibles. Dans les premières années de la LAMal, il fallut mener avec les assureurs-maladie et les assurés d'innombrables discussions de principe sur les facettes de la nouvelle loi. Bien avant que les tribunaux n'aient à examiner les problèmes en question, l'Office de médiation a dû s'en préoccuper. L'époque de ces défis est révolue, car entre-temps de nombreuses questions cruciales ont été tranchées par les juges ou ne font plus l'objet de litiges.

Mais malgré tout, la tâche du futur Ombudsman n'en sera pas plus simple. La pression de la concurrence incite toujours plus de caisses-maladie à aller, à bien des égards, jusqu'aux limites de ce qui est encore tout juste permis légalement. Dans les rapports de droit avec les assurés, cela entraînera fatalement des conflits où des solutions de conciliation sont justement difficiles parce que les problèmes touchent des zones limites. Si la concurrence prévue par la LAMal passe par le contrôle des prestations et des factures, il y aura forcément des victimes du côté des assurés. Mais dans d'autres domaines aussi, les frontières sont de plus en plus repoussées. Cette caisse-maladie observée durant l'année sous revue, qui récompense tout nouveau membre procuré pour l'assurance de base par un bon d'achat de Fr. 100.– dans un grand magasin ou par la participation à un tirage au sort pour gagner un voyage outre-Atlantique, est proche de la limite admissible. C'est aussi le cas de cette autre caisse-maladie qui se profile en accordant gratuitement une assurance de protection juridique de la santé pour toutes les assurances de base, ce qui constitue pratiquement un élargissement du catalogue de prestations de l'assurance de base. Se meut également aux confins de l'admissible cette assurance complémentaire mise sur le marché durant l'exercice passé sous revue, et qui est ainsi conçue de sorte à pouvoir assurer dans le domaine stationnaire des franchises à option élevées, bien que l'assurance de participations aux coûts de la LAMal soit expressément interdite par la loi. Un tel climat concurrentiel voit s'accroître les conflits potentiels entre caisses-maladie et assurés qu'il appartiendra au successeur de l'actuel Ombudsman de traiter.

Mais ce qui préoccupera plus encore le nouvel Ombudsman, c'est qu'actuellement la LAMal est en immense chantier. Les travaux législatifs en cours ou imminents sur la suppression de l'obligation de contracter, sur l'étendue des prestations en EMS ou sur le financement hospitalier devraient concerner directement les assurés et conduiront inévitablement à des controverses avec les caisses-maladie. L'Ombudsman sortant se tiendra à l'avenir, en tant que retraité, en marge du grand chamboulement de la LAMal et continuera, pour sûr, à observer cette intense activité avec intérêt, mais peut-être avec un peu moins d'implication que cela n'a été le cas jusqu'à présent.

Lucerne, le 6 avril 2006  
G. Eugster, Ombudsman