

**BSV / /**  
**OFAS / /**  
**UFAS / /**

*Bundesamt für Sozialversicherung*  
*Office fédéral des assurances sociales*  
*Ufficio federale delle assicurazioni sociali*  
*Uffizi federal da las assicuranzas socialas*

*Kranken- und  
Unfallversicherung*

**Rechtsprechung und Verwaltungspraxis**

*Assurance-maladie  
et accidents*

**Jurisprudence et pratique administrative**

*Assicurazione malattia  
e infortuni*

**Giurisprudenza e prassi amministrativa**

**RKUV/RAMA/RAMI 2/3/1998**

# INHALT SOMMAIRE SOMMARIO

## Krankenversicherung Assurance-maladie / Assicurazione malattia

<b>Besetzung eines kantonalen Schiedsgerichts nach KVG mit ausserkantonalen Schiedsrichter/innen</b> KV 24 Urteil des EVG vom 27. Januar 1998	<b>141</b>
<b>Rechtsweg im Falle von Streitigkeiten über die Prämienverbilligung</b> KV 25 Urteil des EVG vom 23. Februar 1998	<b>144</b>
<b>Wertung der HIV-Infektion als Krankheit</b> K 989 Urteil des EVG vom 12. März 1998	<b>148</b>
<b>Zulässigkeit der Popularbeschwerde abgelehnt</b> KV 26 Entscheid des Bundesrates vom 15. Dezember 1997 in Sachen 4 Beschwerdeführer gegen Aargauischen Krankenkassen-Verband, Rheuma- und Rehabilitationsklinik S., Vereinigung Aargauischer Krankenhäuser und Regierungsrat des Kantons Aargau	<b>153</b>
<b>Fixation d'un tarif des établissements médico-sociaux dans un régime sans convention</b> KV 27 Décision du Conseil fédéral du 28 janvier 1998 dans la cause opposant la Fédération fribourgeoise des assureurs-maladie au gouvernement du canton de Fribourg	<b>161</b>
<b>Pflegeheimtarife im vertragslosen Zustand</b> KV 28 Entscheid des Bundesrates vom 9. März 1998 in Sachen Zürcher Krankenversicherer und Leistungserbringer gegen Regierungsrat des Kantons Zürich	<b>180</b>
<b>Einzelleistungstarif: Festsetzung des Taxpunktwertes auf kantonaler Ebene im vertragslosen Zustand nach der Genehmigung einer gesamtschweizerischen einheitlichen Tarifstruktur durch den Bundesrat</b> KV 29 Entscheid des Bundesrates vom 16. März 1998 in Sachen Schweizerischer Hebammenverband, Sektion beider Basel, und Kantonalverband Baselstädtischer Krankenversicherer gegen Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt	<b>192</b>
<b>Tarif à la prestation: fixation de la valeur du point au plan cantonal (dans un régime sans convention) après approbation par le Conseil fédéral d'une structure tarifaire uniforme sur le plan suisse</b> KV 30 Décision du Conseil fédéral du 16 mars 1998 dans la cause opposant la Fédération genevoise des assureurs-maladie et l'Association suisse des sages-femmes, section genevoise, au gouvernement du canton de Genève	<b>205</b>
<b>Mitteilungen – Communications – Comunicazioni</b> Rechtspflege – Jurisprudence – Giurisprudenza	<b>222</b>

*Fortsetzung auf der 3. Umschlagseite / Suite à la 3<sup>e</sup> page de couverture /  
Continua alla 3<sup>a</sup> pagina della copertina*

**Unfallversicherung**  
**Assurance-accidents / Assicurazione infortuni**

<b>Confronto dei redditi per la determinazione del grado d'invalidità</b>	
U 292 Sentenza del 27 novembre 1997 nella causa L. R.	<b>223</b>
<b>Beschwerderecht der «andern Sozialversicherung»</b>	
U 293 Urteil des EVG vom 28. November 1997 i. Sa. H. V. AG	<b>225</b>
<b>Prämien in der Nichtberufsunfallversicherung</b>	
U 294 Urteil des EVG vom 3. Dezember 1997 i. Sa. P. B.	<b>228</b>
<b>Eintretensvoraussetzungen im letztinstanzlichen Verfahren</b>	
U 295 Urteil des EVG vom 30. Dezember 1997 i. Sa. L. G.	<b>233</b>
<b>Integritätsschaden</b>	
U 296 Urteil des EVG vom 30. Dezember 1997 i. Sa. K. N.	<b>235</b>
<b>Adäquater Kausalzusammenhang bei einem als leicht zu qualifizierenden Unfall</b>	
U 297 Urteil des EVG vom 16. Januar 1998 i. Sa. G. St.	<b>243</b>
<b>Notification par voie postale d'une décision d'un assureur-accidents à un assuré domicilié en Turquie. Délai d'opposition dépassé</b>	
U 298 Arrêt du TFA du 22 janvier 1998 dans la cause H. D.	<b>246</b>

**M a i - M a i - M a g g i o 1 9 9 8**

**Herausgeber/Editeur/Editore**

Bundesamt für Sozialversicherung  
 Office fédéral des assurances sociales  
 Ufficio federale delle assicurazioni sociali  
 Effingerstrasse 31, 3003 Bern  
 Telefon 031 322 90 11  
 Telefax 031 322 78 80

**Administration/Amministrazione**

Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale, 3000 Bern  
 Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne  
 Ufficio centrale federale degli stampati e del materiale, Berna

**Redaktion/Rédaction/Redazione**

Thomas Schmutz, Marc Léderrey,  
 Nadia Dubuis + Bernard Schuler,  
 Helen Kaufmann

**Abonnementspreis Fr. 27.- + 2% MWSt**  
**Prix d'abonnement fr. 27.- + 2% TVA**  
**Prezzo d'abbonamento fr. 27.- + 2% IVA**

**Auflage/Tirage/Tiratura** 1900

Erscheint 5–6 mal jährlich  
 Paraît 5–6 fois par année  
 Pubblicato 5–6 volte l'anno

## **Besetzung eines kantonalen Schiedsgerichts nach KVG mit ausserkantonalen Schiedsrichter/innen**

KV 24 Urteil des EVG vom 27. Januar 1998

**Zusammenfassung der Eintretensvoraussetzungen bei Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Zwischenverfügungen über den Ausstand oder die Ablehnung von Mitgliedern eines kantonalen Schiedsgerichts nach KVG (Erw. 2).**

**Ob kantonale Schiedsgerichte nach Art. 89 KVG auch mit nicht im Kanton wohnhaften Schiedsrichtern besetzt werden können, bestimmt sich mangels einer bundesrechtlichen Regelung nach kantonalem Recht (Erw. 6; noch offengelassen in RKUV 1997 KV 14 S. 309).**

**Résumé des conditions d'entrée en matière en cas de recours de droit administratif contre des décisions incidentes concernant la récusation ou le refus d'admettre des membres d'un tribunal arbitral cantonal au sens de la LAMal (cons. 2).**

**En l'absence d'une réglementation fédérale, la question de savoir si les tribunaux arbitraux cantonaux selon l'article 89 LAMal peuvent également être composés de juges extra-cantonaux doit être résolue selon le droit cantonal (cons. 6; question laissée indécise dans RAMA 1997 KV 14 p. 309).**

**Riepilogo delle condizioni d'entrata nel merito di ricorsi di diritto amministrativo contro decisioni incidentali in materia di ricusa o di rifiuto di ammettere membri di un tribunale arbitrale cantonale ai sensi della LAMal (cons. 2).**

**In mancanza di un ordinamento federale, la questione di sapere se i tribunali arbitrali cantonali ai sensi dell'articolo 89 LAMal possano parimente essere composti di giudici extracantonali va risolta secondo il diritto cantonale (cons. 6; questione lasciata insoluta in RAMI 1997 KV 14 p. 309).**

Auszug aus den Erwägungen:

...

2. – a) Das Eidgenössische Versicherungsgericht beurteilt letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG auf dem Gebiete der Sozialversicherung (Art. 128 in Verbindung mit Art. 97, 98 lit. b–h und 98a OG). Zu diesen auf bundesrechtlicher Grundlage beruhenden Verfügungen gehören nach Art. 5 Abs. 2 und Art. 45 VwVG unter anderem die in Streitigkeiten nach Art. 89 Abs. 1 KVG erlassenen Zwischenentscheide über die Ablehnung eines Ausstandsbegeh-

K  
V  
/  
A  
M

rens (vgl. Art. 45 Abs. 2 lit. b VwVG; RKUV 1997 KV Nr. 14 S. 312 Erw. II/2a). Solche Verfügungen sind selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 45 Abs. 1 VwVG; BGE 120 Ib 97 Erw. 1c, 97 V 248) und gegen den Endentscheid Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Eidgenössischen Versicherungsgericht geführt werden kann (Art. 129 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 101 lit. a OG; BGE 119 V 487 Erw. 2a<sup>1</sup>, 117 V 187 Erw. 1a, 116 V 132 Erw. 1; *Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., S. 140 ff.).

b) In dem vor dem kantonalen Schiedsgericht gemäss Art. 89 KVG hängigen Klageverfahren geht es in der Hauptsache um die «Nachforderung für Leistungsvergütungen im Jahre 1996» im Rahmen des Tarifvertrages vom 1. April 1993 aufgrund eines höheren als des ursprünglich verrechneten Taxpunktwertes. Auch wenn das Begehren alle in jenem Jahr von der Beschwerdeführerin erbrachten und von der Beschwerdeführerin übernommenen Leistungen betrifft, es sich streng genommen nicht um die Anwendung eines Tarifes *im Einzelfall* handelt, liegt eine Streitigkeit zwischen Versicherern und Leistungserbringern im Sinne von Art. 89 Abs. 1 KVG vor, zu deren Beurteilung die kantonalen Schiedsgerichte zuständig sind (vgl. BGE 116 V 126 Erw. 2a<sup>2</sup>, 112 V 310 Erw. 3b<sup>3</sup>, 111 V 346 Erw. 1b<sup>4</sup>; vgl. auch BGE 119 V 326 Erw. 5<sup>5</sup> und zur Publikation in BGE 123 V bestimmtes Urteil Ärztegesellschaft B. vom 13. November 1997<sup>6</sup>). Da im weitern Zwischenverfügungen über den Ausstand oder die Ablehnung von Mitgliedern eines kantonalen Schiedsgerichts nach KVG einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 45 Abs. 1 VwVG bewirken können (RKUV 1997 KV Nr. 14 S. 312 Erw. II/2c mit Hinweisen), gegen den Endentscheid der Vorinstanz Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Eidgenössischen Versicherungsgericht geführt werden kann (Art. 91 KVG) und auch die übrigen formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist Eintreten gegeben.

...

6. – Dr. G., wie auch die von der Beschwerdeführerin als Beklagte in das Schiedsgericht vorgeschlagene Frau Dr. H., haben beide im Kanton C., somit ausserhalb des Kantons Thurgau, Wohnsitz. Es stellt sich die von Amtes wegen zu prüfende Frage, ob diese Tatsache einer Mitwirkung als Schiedsrichter im vorinstanzlich hängigen Verfahren entgegensteht.

<sup>1</sup> siehe Nr. U 181 (1994) dieser Sammlung

<sup>2</sup> siehe Nr. K 840 (1990) dieser Sammlung

<sup>3</sup> siehe Nr. K 719 (1987) dieser Sammlung

<sup>4</sup> siehe Nr. K 668 (1986) dieser Sammlung

<sup>5</sup> siehe Nr. K 930 (1994) dieser Sammlung

<sup>6</sup> siehe Nr. KV 19 (1998) dieser Sammlung

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat im schon mehrmals erwähnten Urteil Klinik A. vom 31. Juli 1997 (RKUV 1997 KV Nr. 14 S. 309) offengelassen, ob ein kantonales Schiedsgericht nach Art. 89 KVG auch mit ausserkantonalen Schiedsrichtern besetzt werden kann (S. 318 Erw. 9). Die Regelung dieser Frage, mit welcher sich das Gericht, soweit ersichtlich, auch unter altem Recht nie zu befassen hatte, ist mangels einer bundesrechtlichen Vorschrift Sache der Kantone. Dabei handelt es sich um selbständiges kantonales Verfahrensrecht, dessen Verletzung grundsätzlich nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde gerügt werden kann (BGE 123 II 361 Erw. 1a/aa, 122 II 243 Erw. 2a, 112 V 110 ff. Erw. 2c<sup>7</sup> mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts; *Gygi*, a.a.O., S. 93 f.). Soweit die Rüge der Verletzung von Bundesrecht zulässig ist, kommen als Beschwerdegrund praktisch nur der verfassungsmässige und gesetzliche Anspruch der Prozessparteien auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter sowie das Willkürverbot nach Art. 4 Abs. 1 BV in Betracht (vgl. BGE 114 V 205 Erw. 1a, 111 V 54 Erw. 4c, 110 V 136 Erw. 6).

Im Lichte der vorstehenden Ausführungen ist die Bestellung der nicht im Kanton wohnhaften Dr. G. und Dr. H. in das Schiedsgericht nach Art. 89 KVG des Kantons Thurgau von Bundesrechts wegen nicht zu beanstanden.

---

<sup>7</sup> siehe Nr. K 689 (1986) dieser Sammlung

## **Rechtsweg im Falle von Streitigkeiten über die Prämienverbilligung**

### **KV 25 Urteil des EVG vom 23. Februar 1998**

**Das kantonale Recht, welches in Ausführung von Artikel 65 KVG die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung regelt, ist autonomes kantonales Recht. Gegen letztinstanzliche kantonale Gerichtsentscheide ist daher grundsätzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Eidgenössische Versicherungsgericht nicht zulässig (Erw. 2).**

**Bei Prämienverbilligungen handelt es sich nicht um Versicherungsleistungen, weshalb das Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren kostenpflichtig ist (Erw. 3).**

**Le droit cantonal réglant la réduction des primes dans l'assurance-maladie en application de l'article 65 LAMal est un droit cantonal autonome. Le recours de droit administratif au Tribunal fédéral des assurances n'est donc en principe pas admissible contre les jugements cantonaux de dernière instance rendus en la matière (cons. 2).**

**Les réductions de primes n'étant pas des prestations d'assurance, la procédure de recours de droit administratif n'est pas gratuite (cons. 3).**

**Il diritto cantonale che regola la riduzione dei premi nell'assicurazione malattie in applicazione dell'articolo 65 LAMal è un diritto cantonale autonomo. Contro le sentenze cantonali di ultima istanza rese in materia non è quindi di massima ammissibile il ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale delle assicurazioni (cons. 2).**

**Le riduzioni di premio non essendo prestazioni assicurative, la procedura di ricorso di diritto amministrativo non è gratuita (cons. 3).**

I.

A. – R. reichte am 14. August 1996 einen Antrag auf Prämienverbilligung in der Krankenversicherung für das Jahr 1996 ein. Mit Verfügung vom 20. Dezember 1996 sprach ihm die Ausgleichskasse des Kantons Solothurn für das Jahr 1996 eine Prämienverbilligung in Höhe von Fr. 120.– zu.

B. – Auf Beschwerde hin verneinte das Versicherungsgericht des Kantons Solothurn nach Androhung der reformatio in peius mit Entscheid vom 28. Februar 1997 einen Anspruch auf Prämienverbilligung und wies die Sache in Aufhebung der angefochtenen Kassenverfügung an die Ausgleichskasse zurück, damit diese die Frage der Rückforderung im Sinne der Erwägungen prüfe.

C. – Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt R. eine Prämienverbilligung in Höhe von Fr. 402.05.

Die Ausgleichskasse des Kantons Solothurn schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung verzichtet.

D. – Das Eidgenössische Versicherungsgericht eröffnete am 25. Juni 1997 mit dem Schweizerischen Bundesgericht einen Meinungsaustausch über die Frage der Zuständigkeit.

## II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht ist aus den folgenden Erwägungen auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht eingetreten und hat diese dem Schweizerischen Bundesgericht überwiesen:

1. – Gemäss Art. 128 OG beurteilt das Eidgenössische Versicherungsgericht letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 97, 98 lit. b–h und 98a OG auf dem Gebiet der Sozialversicherung. Hinsichtlich des Begriffs der mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbaren Verfügungen verweist Art. 97 OG auf Art. 5 VwVG. Nach Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten als Verfügungen Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen (oder richtigerweise hätten stützen sollen; BGE 116 Ia 266 Erw. 2a) und zum Gegenstand haben: Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten, Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten, Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder Nicht-eintreten auf solche Begehren (BGE 122 V 193 Erw. 1, 120 V 349 Erw. 2b<sup>1</sup>, je mit Hinweisen).

2. – a) Mit dem angefochtenen Entscheid hat das kantonale Gericht in Anwendung der regierungsrätlichen Verordnung über die provisorische Regelung der Prämienverbilligung in der Krankenversicherung 1995 und 1996 vom 19. Dezember 1995 einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Prämienverbilligung für das Jahr 1996 verneint. Die regierungsrätliche Verordnung stützt sich ihrerseits auf Art. 65 KVG. Nach dessen Abs. 1 gewähren die Kantone den Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen Prämienverbilligungen. Diese sind so festzulegen, dass die jährlichen Beiträge des Bundes und der Kantone nach Art. 66 KVG grundsätzlich voll

<sup>1</sup> siehe Nr. K 954 (1995) dieser Sammlung

ausbezahlt werden (Abs. 2). Die Voraussetzungen, unter denen Prämienverbilligungen ausbezahlt werden, sind jedoch im Bundesrecht nicht geregelt. Insbesondere hat der Bundesgesetzgeber darauf verzichtet, den Begriff der «Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen» zu konkretisieren (*Nef*, Die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung, in: LAMal-KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, Lausanne 1997, S. 493; vgl. auch *Coullery/Kocher*, Der Rechtsbegriff der «bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnisse» nach Artikel 65 KVG, CHSS 1997 S. 24 ff.). Die Kantone geniessen damit eine erhebliche Freiheit in der Ausgestaltung der Prämienverbilligung, indem sie autonom festlegen können, was unter «bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen» zu verstehen ist (BGE 122 I 346 Erw. 3f)<sup>2</sup>. Die kantonalen Vorschriften zur Prämienverbilligung stellen daher nicht unselbständiges kantonales Ausführungsrecht zu Bundesrecht, sondern autonomes kantonales Recht dar, dessen Verletzung nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 97 ff. bzw. Art. 128 ff. OG gerügt werden kann. Demzufolge ist grundsätzlich die staatsrechtliche Beschwerde gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide im Bereich der Prämienverbilligungen gegeben (Art. 84 Abs. 2, Art. 86 Abs. 1 und Art. 87 OG). Dem Gesagten entspricht auch die bisherige Praxis des Bundesgerichts (nicht veröffentlichtes Urteil N. vom 26. Mai 1997) im Zusammenhang mit Prämienverbilligungen im Rahmen von Art. 4 des Bundesbeschlusses vom 13. Dezember 1991 über befristete Massnahmen gegen die Entsolidarisierung in der Krankenversicherung (AS 1991 2607, ausführlicher in der Fassung vom 7. Oktober 1994, AS 1995 515). Lediglich dort, wo sich die Prämienverbilligung auf die Verordnung über die Beiträge des Bundes zur Prämienverbilligung in der Krankenversicherung vom 12. April 1995 (SR 832.112.4) stützt oder richtigerweise hätte stützen sollen, wie etwa auf Art. 10 über die Zuständigkeit eines Kantons, beruht der vorinstanzliche Entscheid auf einer bundesrechtlichen Grundlage und kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Eidgenössischen Versicherungsgericht angefochten werden. Diese Auffassung teilt auch die II. Öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts im Rahmen des durchgeführten Meinungsaustausches.

b) Nichts anderes ergibt sich aus den Rechtspflegebestimmungen der Art. 85 bis 91 KVG, welche sich nicht auf die Prämienverbilligung nach Art. 65 KVG beziehen. Es handelt sich bei letzterer Bestimmung vielmehr um einen Regelungsbereich, hinsichtlich dessen die im Falle von Streitigkeiten erforderlichen Rechtswege nicht durch das KVG selber umschrieben sind

---

<sup>2</sup> siehe Nr. KV 3 (1997) dieser Sammlung

(*Spira*, Le contentieux en matière d'assurance-maladie selon le nouveau droit, *Revue jurassienne de Jurisprudence* [RJJ] 1996 S. 197 f.). Auf die Prämienvverbilligungsstreitigkeiten sind daher die spezialgesetzlichen Verfahrensnormen nach KVG nicht anwendbar. Die Frage der sachlichen Zuständigkeit beurteilt sich mithin allein nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege.

c) Nach dem Gesagten ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde mangels bundesrechtlicher Verfügungsgrundlage nicht einzutreten. Hingegen kommt die Behandlung der Eingabe vom 18. März 1997 als staatsrechtliche Beschwerde in Betracht, weshalb sie dem Bundesgericht überwiesen wird (Art. 96 Abs. 1 OG).

3. – Bei Streitigkeiten um Prämienverbilligungen handelt es sich nicht um Versicherungsleistungen, weshalb die betreffenden Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren an und für sich kostenpflichtig sind (Umkehrschluss aus Art. 134 OG). Dem Beschwerdeführer sind indessen keine Gerichtskosten aufzuerlegen, weil er, der unrichtigen vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung folgend, Verwaltungsgerichtsbeschwerde ergriffen hat.

## Wertung der HIV-Infektion als Krankheit K 989 Urteil des EVG vom 12. März 1998

**Bestätigung der Rechtsprechung (116 V 239 = RKUV K 850/1990), wonach der HIV-Infektion Krankheitswert im Rechtssinne zukommt (Erw. 5 und 6).**

**Confirmation de la jurisprudence (116 V 239 = RAMA K 850/1990) selon laquelle l'infection par le virus HIV représente une maladie au sens juridique du terme (cons. 5 et 6).**

**Conferma della giurisprudenza (116 V 239 = RAMI K 850/1990) secondo la quale l'infezione HIV assume valore di malattia in senso giuridico (cons. 5 e 6).**

Auszug aus den Erwägungen:

...

1. – b) Die Beurteilung der hier relevanten Rechtsfragen erfolgt nach den Bestimmungen des bis Ende 1995 gültig gewesenen KUVG.

...

5. – a) Das Eidgenössische Versicherungsgericht ist im Urteil vom 5. September 1990 (BGE 116 V 239<sup>1</sup>) – nach Beschreibung der verschiedenen Stadien von der HIV-Infektion bis zum Vollbild Aids und einer zusammenfassenden Darstellung der widerstreitenden Standpunkte – zum Schluss gelangt, dass der HIV-Infektion (positiver HIV-Befund) Krankheitswert im Rechtssinne zukommt. Ausschlaggebend waren zur Hauptsache folgende Gesichtspunkte:

«Der im AIDS-Konzept FMH vertretenen Auffassung ist insofern beizupflichten, als kein Anlass besteht, die HIV-Erkrankung rechtlich anders zu bewerten als andere Infektionskrankheiten, die unmittelbar nach erfolgter Infektion behandlungsbedürftig sind und zu Leistungen der Krankenkassen Anlass geben. Die Besonderheit der HIV-Erkrankung besteht darin, dass die Infektion in der überwiegenden Zahl der Fälle asymptomatisch verläuft und auch im Falle einer akuten Infektion die Erkrankung nach den heute zur Verfügung stehenden diagnostischen Methoden (Antikörper-Test) erst Wochen bis Monate nach erfolgter Infektion festgestellt werden kann (vgl. AIDS in der Schweiz, S. 48). Zudem folgt auf die akute Erkrankung in der Regel eine längerdauernde symptomlose Zeit. Dies ändert indessen nichts daran, dass unmittelbar nach erfolgter Infektion eine be-

<sup>1</sup> siehe Nr. K 850 (1990) dieser Sammlung

handlungsbedürftige Krankheit (und nicht eine blossе Krankheitsdisposition) besteht. Zwar gilt die Krankheit nach dem gegenwärtigen Stand der Medizin als unheilbar. Es bestehen indessen bereits heute therapeutische Möglichkeiten, wobei die Bestrebungen der Medizin dahin gehen, Therapien zu entwickeln, die unmittelbar nach festgestellter HIV-Infektion einsetzen (vgl. AIDS in der Schweiz, S. 53/54; AIDS-Konzept FMH, a.a.O. S. 1996). Auch im Hinblick auf bestehende bzw. künftige Behandlungsmöglichkeiten und entsprechende Leistungen der Krankenkassen rechtfertigt es sich daher, die HIV-Infektion sozialversicherungsrechtlich als Krankheit zu werten.» (Erw. 3c/bb)

Weiter hat das Gericht im gleichen Entscheid erkannt, dass ein Vorbehalt «HIV-Erkrankung mit Folgen» oder «Immunschwäche und Folgen» zulässig ist (Erw. 4).

b) Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum auf nachhaltige Kritik gestossen, und zwar einerseits hinsichtlich der hier interessierenden Frage, ob einer HIV-Infektion Krankheitswert zukommt, und andererseits in bezug auf die im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter zu verfolgende Vorbehaltsproblematik. Die wesentlichsten Kritikpunkte lassen sich wie folgt zusammenfassen:

*Max Keller* (Rechtliche Bedeutung des Status «HIV-positiv», Basel 1993) gelangte auf der Grundlage von Gutachten, welche die kausale Rolle von HIV für die Entstehung von Aids ablehnen, zum Ergebnis, dass der Status «HIV-positiv» noch nicht als Krankheit betrachtet werden dürfe (vgl. dazu die kritische Besprechung von Oberrichter Christian Huber in Zusammenarbeit mit Prof. Dr. med. Ruedi Lüthy als medizinischem Konsiliar, in SZS 90/1994 S. 331 f.). In einer Kurzfassung seines Standpunktes (Plädoyer 2/1994 S. 20) gab er zu bedenken, dass der fragliche Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zahlreiche, teils schwerwiegende negative Auswirkungen, etwa bei der Aufnahme in die Grund- und Zusatzversicherung sowie im Bereich des Arbeitsrechts, zur Folge habe; ferner bringe die rechtliche Qualifikation der HIV-Infektion als Krankheit psychische und soziale Belastungen mit sich. Diese Nachteile würden durch die einzige positive Auswirkung, nämlich die grundsätzliche Leistungspflicht der Sozialversicherung, nicht aufgewogen, zumal die Arbeitsfähigkeit eines HIV-positiven Menschen im Normalfall nicht beeinträchtigt und der Nutzen (präventiver) medizinischer Massnahmen nach heutigem Erkenntnisstand höchst fraglich sei. *Brigitte Pfiffner* (Plädoyer 6/1990 S. 30 f.) hielt fest, dass HIV-Infizierte in vielen Fällen während Jahren gesund blieben und somit von einer behandlungsbedürftigen Krankheit unmittelbar nach der An-

steckung nicht die Rede sein könne. Wie Max Keller (a.a.O.) ist die Autorin der Auffassung, der Vorteil einer Übernahme der Behandlungskosten durch die Krankenkassen vermöge die Nachteile (beim Eintritt in die Grundversicherung, beim Antrag auf Höherversicherung sowie bei der Suche und beim Antritt einer Arbeitsstelle) nicht auszugleichen. *Susanne Leuzinger-Naef* («HIV-Infektion und Folgen» als vorbehaltswürdige Krankheit, SZS 1992 S. 65 ff.) konstatierte eine Abkehr der Rechtsprechung von den bisher für den Krankheitsbegriff herangezogenen Kriterien. Bei der Beschreibung des Verlaufs der HIV-Infektion stelle das Eidgenössische Versicherungsgericht zwar fest, dass nach dem Abheilen der akuten Infektion eine Latenzphase ohne Krankheitssymptome von in der Regel zwei bis fünf Jahren folge. Aus der Tatsache, dass abgesehen vom Vorhandensein des HI-Virus und der damit verbundenen Ansteckungsgefahr der Körper in der Latenzphase nicht geschädigt und in seiner Funktion nicht gestört sei, ziehe das Gericht jedoch keine rechtlichen Schlüsse. Während die Rechtsprechung früher erst bei Störungen oder Schädigungen von einer Krankheit gesprochen habe, werde nun der Krankheitsbeginn unter Hinweis auf die Behandlungsbedürftigkeit auf den Zeitpunkt des Eintritts des Krankheitserregers in den Körper verlegt, auf einen Zeitpunkt also, in dem weder eine Störung vorliege noch – aufgrund des Standes der medizinischen Wissenschaft – die Krankheitsursache behandelbar sei. In ihrer Dissertation (Vorbestehender Gesundheitszustand und Versicherungsschutz in der Sozialversicherung, Zürich 1994) hielt die Autorin weiter fest, die Störungen im Stadium der Neuinfektion gingen ohne medizinische Behandlung vorüber, und eine solche werde in der Regel auch nicht in Anspruch genommen, weshalb das Stadium I nicht mit einem Krankheitsausbruch gleichgesetzt werden könne, ebensowenig die symptomlose Phase (II). Im Stadium III seien die Betroffenen noch voll leistungsfähig und bedürften regelmässig keiner medizinischen Behandlung, so dass auch in dieser Phase – wie zu Beginn des Stadiums IV – die Krankheit noch nicht ausgebrochen sei. Im übrigen werde durch die Charakterisierung der HIV-Infektion als Krankheit die soziale und psychische Situation der betroffenen Personen erschwert. Nach dem heutigen Wissensstand sei fraglich, ob der Ausbruch der Krankheit medikamentös hinausgezögert werden könne; die frühe Erkennung der Infektion sei deshalb kaum von therapeutischem Nutzen. *Olivier Guillod* (Tests génétiques et protection de la personnalité, Festschrift für Jacques-Michel Grossen, Basel 1992, S. 58 Fn 15), bezeichnete den Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ohne nähere Begründung als unrichtig und bedauerte ihn. Auch *Thomas Locher* erachtete das fragliche Urteil für den Bereich der Krankenversicherung als «wohl nicht richtig»; denn ein positives HIV-Testergebnis bedeute für sich allein während der Latenzzeit noch

keine aktuelle Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes, welche eine medizinische Behandlung erfordere oder zur Arbeitsunfähigkeit führe (Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 1. Aufl., Bern 1994, S. 110). *Thomas Meili* (Falscher Stempel für HIV-Positive, Schweizer Versicherung 1995, S. 11 ff.) hielt das Urteil aufgrund neuer medizinischer Erkenntnisse und gesetzlicher Regelungen (KVG) für überholt und wies auf die psychosozialen Auswirkungen der rechtlichen Bewertung der HIV-Positivität als Krankheit hin.

6. – a) Angesichts der beschwerdeweisen Vorbringen gegen die Qualifikation der HIV-Infektion als Krankheit und vor dem Hintergrund der an BGE 116 V 239<sup>2</sup> geübten Kritik stellt sich die Frage, ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist.

Gegenüber dem Postulat der Rechtssicherheit lässt sich eine Praxisänderung grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der *ratio legis*, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht (BGE 122 V 129 Erw. 4, 121 V 85 f. Erw. 6a, 92 Erw. 5b, 119 V 260 f. Erw. 4a).

b) Im Zentrum der Argumentation von BGE 116 V 239<sup>2</sup> stand die Feststellung, es rechtfertige sich im Hinblick auf bestehende und künftige Behandlungsmöglichkeiten, die HIV-Infektion sozialversicherungsrechtlich als Krankheit zu werten. Diese Auffassung wird durch die Ergebnisse der jüngeren Aids-Forschung keineswegs widerlegt, sondern vielmehr noch unterstrichen. Von wesentlicher Bedeutung ist zum einen die therapeutische Verfügbarkeit neuer antiretroviraler Kombinationstherapien. Zum anderen führte die Erkenntnis, dass während der klinisch stummen Phase eine rasche HIV-Replikation stattfindet und eine grosse Menge von Mutationen entsteht, welche für das spätere Auftreten von Resistenzen verantwortlich sind, sowie die Beobachtung, dass sich die HIV-Replikation unterdrücken lässt, zur breit akzeptierten Haltung, dass HIV möglichst früh und mit kombinierten Medikamenten angegangen werden muss. In diesem Zusammenhang sind die neuen Empfehlungen zur Behandlung der HIV-Infektion bei Erwachsenen der Subkommission Klinik der Eidgenössischen Kommission für Aids-Fragen zu erwähnen, wonach es das erklärte Ziel einer antiretroviralen Therapie ist, die HIV-Replikation in allen Kompartimenten des Organismus anhaltend und möglichst vollständig zu unterdrücken, und wonach die Indikation für eine entsprechende Behandlung grundsätzlich bereits beim Nachweis einer HIV-Infektion gegeben ist (Bulletin des Bundesamtes

---

<sup>2</sup> siehe Nr. K 850 (1990) dieser Sammlung

für Gesundheit Nr. 20/1997 S. 9 f.). Damit lassen sich die im Schrifttum verschiedentlich erhobenen Einwendungen, wonach eine (frühe) Behandlung der HIV-Infektion weder möglich noch geboten sei, nach dem heutigen Stand der Wissenschaft nicht halten, auch wenn noch unklar ist, ob die Wirkung der Kombinationsbehandlungen anhält und ob sie sich auch in grösseren Kollektiven bestätigen lässt.

Die Qualifikation der HIV-Infektion als Krankheit erscheint auch insoweit folgerichtig, als nach der Rechtsprechung nicht nur die bereits vorhandene Störung der Gesundheit als Krankheit gilt, sondern auch ein Zustand, der den Eintritt eines drohenden Gesundheitsschadens mit Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt (BGE 118 V 117 Erw. 7c<sup>3</sup> mit Hinweisen). Diese Betrachtungsweise findet im übrigen ihre Fortsetzung im neuen Krankenversicherungsrecht. Danach ist Krankheit jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Art. 2 Abs. 1 KVG; *Maurer*, Das neue Krankenversicherungsrecht, S. 29, *Locher*, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2. Aufl., Bern 1997, S. 67).

Schliesslich sei hervorgehoben, dass mit der hier in Frage stehenden Rechtspraxis den spezifischen Besonderheiten der HIV-Infektion durch die Wertung als Krankheit und die damit verknüpfte grundsätzliche Leistungspflicht der Krankenkassen Rechnung getragen werden sollte (zum funktionalen Charakter des Krankheitsbegriffs vgl. *Locher*, a.a.O., 2. Aufl., S. 67). Der Umstand, dass diese Rechtsprechung darüber hinaus in anderen Bereichen (negative) Reflexwirkungen entfalten kann, wie sie verschiedentlich beschrieben wurden, vermag eine Praxisänderung nicht zu begründen.

...

---

<sup>3</sup> siehe Nr. K 892 (1992) dieser Sammlung

## **Zulässigkeit der Popularbeschwerde abgelehnt**

**KV 26** Entscheid des Bundesrates vom  
15. Dezember 1997 in Sachen 4 Beschwerdeführer  
gegen Aargauischen Krankenkassen-Verband,  
Rheuma- und Rehabilitationsklinik S.,  
Vereinigung Aargauischer Krankenhäuser und  
Regierungsrat des Kantons Aargau

**Gemäss Artikel 53 Absatz 2 KVG richtet sich das Beschwerdeverfahren bei Beschwerden an den Bundesrat nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren. Dabei handelt es sich um einen gängigen Verweis, welcher ohne weiteres auch die verfahrensrechtliche Frage der Beschwerdelegitimation umfasst. Aus diesem Grunde ist die Beschwerdelegitimation nach Artikel 48 VwVG zu beurteilen (Erw. II. 2).**

**Zur Verwaltungsbeschwerde berechtigt ist nach Artikel 48 Buchstabe a VwVG, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Das Interesse kann sowohl rechtlicher als auch bloss tatsächlicher Art sein und braucht mit dem Interesse, das durch die vom Beschwerdeführer als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht übereinzustimmen. Der Beschwerdeführer muss jedoch durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streit Sache stehen; die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers muss durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden können (Erw. II. 2.1).**

**Mit Blick auf die Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz und im Bundesrechtspflegegesetz lehnen in konstanter Rechtsprechung und im Einklang mit der Doktrin sowohl der Bundesrat (gestützt auf Artikel 48 Buchstabe a VwVG) als auch das Bundesgericht (in Anwendung von Artikel 103 Buchstabe a OG) die Zulässigkeit der Popularbeschwerde, das heisst einer Beschwerde in Wahrnehmung allein öffentlicher Interessen, ab (Erw. II. 2.4 mit Hinweisen).**

**Allerdings macht die grosse Zahl möglicher Beschwerdeführer eine Beschwerde noch nicht zur Popularbeschwerde, wenn für alle die Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation vorliegen (Erw. II. 2.4).**

**Selon l'article 53, 2<sup>ème</sup> alinéa LAMal, la procédure de recours au Conseil fédéral est régie par la loi fédérale sur la procédure administrative. Il s'agit d'un renvoi usuel qui comprend également la question de la qualité pour recourir. Pour cette raison, il faut examiner la qualité pour recourir au sens de l'article 48 PA (cons. II. 2).**

**Selon l'article 48 lettre a PA a qualité pour recourir quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle**

**soit annulée ou modifiée. L'intérêt peut être soit de droit soit simplement de fait et point n'est besoin qu'il corresponde à l'intérêt protégé par la norme que le recourant estime avoir été violée. Néanmoins, le recourant doit avoir été touché plus que quiconque par la décision attaquée et démontrer l'existence d'un lien particulier et important avec l'objet litigieux; de plus, sa situation de fait ou de droit doit pouvoir être influencée par le sort de la cause (cons. II. 2.1).**

**Eu égard aux règles contenues dans la loi fédérale sur la procédure administrative et dans la loi fédérale d'organisation judiciaire, aussi bien le Conseil fédéral (sur la base de l'article 48 lettre a PA) que le Tribunal fédéral (en application de l'article 103 lettre a OJ) n'admettent pas, conformément à la jurisprudence constante et à la doctrine, le recours populaire, c.-à-d. un recours visant uniquement la sauvegarde d'intérêts publics (cons. II. 2.4 avec références).**

**On ne saurait cependant parler de recours populaire lorsque tous les nombreux recourants potentiels remplissent les conditions ayant trait à la qualité pour recourir (II. 2.4).**

**Secondo l'articolo 53 capoverso 2 LAMal, la procedura di ricorso al Consiglio federale è retta dalla legge federale sulla procedura amministrativa. Si tratta di un rinvio usuale che comprende parimente il tema inerente il diritto di ricorrere. Per questo motivo, occorre esaminare il diritto di ricorrere ai sensi dell'articolo 48 PA (cons. II. 2).**

**Secondo l'articolo 48 lettera a PA ha diritto di ricorrere chiunque è toccato dalla decisione impugnata e ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa. L'interesse può essere sia di diritto sia semplicemente di fatto; inoltre non occorre corrisponda all'interesse protetto dalla norma che il ricorrente reputa sia stata violata. Nondimeno il ricorrente dev'essere stato toccato più di chiunque dalla decisione impugnata e provare l'esistenza di un vincolo particolare e importante con l'oggetto della lite; la sua situazione di fatto o di diritto deve inoltre poter essere influenzata dall'esito della causa (cons. II. 2.1).**

**Considerate le regole formulate nella legge federale sulla procedura amministrativa e nella legge federale sull'organizzazione giudiziaria, sia il Consiglio federale (in base all'articolo 48 lettera a PA) sia il Tribunale federale (in applicazione dell'articolo 103 lettera a OG) non ammettono per costante giurisprudenza e dottrina il ricorso popolare, ossia un ricorso tendente essenzialmente alla salvaguardia d'interessi pubblici (cons. II. 2.4 e riferimenti).**

**Non si può tuttavia parlare di ricorso popolare se tutti i numerosi potenziali ricorrenti soddisfano i requisiti inerenti il diritto di ricorrere (cons. II.2.4).**

## I.

Übersicht – *Condensé*

Am 13. August 1997 genehmigte der Regierungsrat des Kantons Aargau eine Vereinbarung zwischen dem Aargauischen Krankenkassen-Verband, der Vereinigung Aargauischer Krankenhäuser und den vier aargauischen Rheuma- und Rehabilitationskliniken (R+R-Kliniken), darunter der R+R-Klinik S.. Letztere ist eine Konkurrentin der Klinik P., deren Exponenten die vier Beschwerdeführer sind.

*Le 13 août 1997, le gouvernement du canton d'Argovie a approuvé une convention entre la fédération argovienne des caisses-maladie, l'association des hôpitaux argoviens et les quatre cliniques R+R argoviennes (cliniques R+R/R+R-Kliniken), dont celle de S.. Celle-ci est une concurrente de la clinique P., dont les représentants sont les quatre recourants.*

## II.

Der Bundesrat ist auf die Beschwerde aus folgenden Erwägungen nicht eingetreten:

...

2. Gemäss Artikel 53 Absatz 2 KVG richtet sich das Beschwerdeverfahren bei Beschwerden an den Bundesrat nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren. Dabei handelt es sich um einen gängigen Verweis, welcher ohne weiteres auch die verfahrensrechtliche Frage der Beschwerdelegitimation umfasst.

Aus diesem Grunde ist die Beschwerdelegitimation – vorbehältlich einer allfälligen gegenteiligen Sondernorm des KVG (s. dazu hinten, Ziff. II. 4) – nach Artikel 48 VwVG zu beurteilen.

2.1 Zur Verwaltungsbeschwerde berechtigt ist nach Artikel 48 Buchstabe a VwVG, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Das Interesse kann sowohl rechtlicher als auch bloss tatsächlicher Art sein und braucht mit dem Interesse, das durch die vom Beschwerdeführer als verletzt bezeichnete Norm geschützt wird, nicht übereinzustimmen. Der Beschwerdeführer muss jedoch durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen; die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers muss durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden können (s. BGE 116 Ib 323 f.).

2.2 Vor dem Inkrafttreten des KVG beurteilte der Bundesrat die Beschwerdelegitimation im Bereich der Krankenversicherung in der Regel ohne nähere Begründung nach Artikel 48 Buchstabe a VwVG.

Hin und wieder wies der Bundesrat auf die Übereinstimmung dieser Bestimmung mit Artikel 103 Buchstabe a OG hin (z. B. in dem in der VPB [48.46] nicht vollständig publizierten Entscheid des Bundesrates vom 18. April 1984 in Sachen X. gegen den Regierungsrat des Kantons Zürich und den Verband der Krankenkassen des Kantons Zürich, in welchem der Bundesrat in Sachen Hebammentarif die Beschwerdelegitimation einer einzelnen Hebamme bejaht hatte).

Näher Stellung zur Frage der Beschwerdelegitimation nahm der Bundesrat in einem Entscheid vom 7. November 1990 (VPB 56.44), in welchem er sich – wenn auch ohne ausdrückliche Erwähnung – auf Artikel 48 Buchstabe a VwVG stützte. Er bejahte dabei unter Hinweis auf BGE 114 V 95 E. 2, VPB 48.45 und BBl 1962 II 1285 f. die Beschwerdelegitimation aller in einem Kanton wohnhafter Mitglieder von Krankenkassen. Er ging dabei allerdings davon aus, dass die substantielle Erhöhung des Ärztetarifs wesentliche wirtschaftliche Folgen für die Versicherten haben könne und diese daher stärker denn jedermann betroffen seien beziehungsweise in einer besonders beachtenswerten Beziehung zur Streitsache stünden.

2.3 Insoweit das Bundesgericht im Bereich der Krankenversicherung über Verwaltungsbeschwerden zu befinden hatte, äusserte es sich nur selten zur Frage der Beschwerdelegitimation, weil diese zumeist offenkundig war und daher nicht näher begründet werden musste (insbesondere Beschwerden durch Versicherte betreffend Versicherungsleistungen, Beschwerden von Vertragsparteien oder Beschwerden in Zuständigkeitsstreitigkeiten, bei welchen sich die Beschwerdelegitimation aus der Parteistellung im vorinstanzlichen Verfahren ergab). Ging das Bundesgericht auf die Frage der Beschwerdelegitimation näher ein, stützte es sich auf Artikel 103 Buchstabe a OG, welcher inhaltlich mit Artikel 48 Buchstabe a VwVG übereinstimmt (s. BGE 111 V 342 ff.<sup>1</sup>).

2.4 Mit Blick auf die Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz und im Bundesrechtspflegegesetz lehnen in konstanter Rechtsprechung und im Einklang mit der Doktrin sowohl der Bundesrat (gestützt auf Art. 48 Bst. a VwVG) als auch das Bundesgericht (in Anwendung von Art. 103 Bst. a OG) die Zulässigkeit der Popularbeschwerde, das heisst einer Beschwerde in Wahrnehmung allein öffentlicher Interessen, ab (BGE 116 Ib 323 f., 119 Ib

<sup>1</sup> siehe Nr. K 668 (1986) dieser Sammlung

60, 121 II 43 ff. u. 121 II 176 ff.; VPB 57.21 A, 57.42 u. 59.41; *Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 149; *Alfred Kölz/Isabelle Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, S. 147 f., Rz. 239 u. 241; *Pierre Moor*, Droit administratif, Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 1991; Ziff. 5.6.1, S. 411 f.; *René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss*, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt a. M., 1996, Rz. 1264; *P. Saladin*, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, S. 174 f., Ziff. 20.331).

Allerdings macht die grosse Zahl möglicher Beschwerdeführer eine Beschwerde noch nicht zur Popularbeschwerde, wenn für alle die Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation (schutzwürdiges Interesse bzw. Betroffenheit) vorliegen.

3.1 Die Beschwerdelegitimation gehört als Rechtsmittelvoraussetzung zu den besonderen Prozessvoraussetzungen, die von den Parteien nachzuweisen sind und deren Vorliegen von Amtes wegen zu prüfen ist (*F. Gygi*, a.a.O., S. 73 f.; *Kölz/Häner*, a.a.O., S. 111 f., Rz. 184 ff.; *Rhinow/Koller/Kiss*, a.a.O., Rz. 947 ff., insb. 950; *P. Saladin*, a.a.O., S. 169 f., Ziff. 20.1, S. 173, Ziff. 20.31, u. S. 186, Ziff. 20.35).

3.2 Die Beschwerdeführer machten aber in ihrer Beschwerde keine stärkere Betroffenheit als jedermann oder eine besonders beachtenswerte Beziehung zum Streitgegenstand geltend; sie argumentierten allein mit der Zulässigkeit der Popularbeschwerde.

Nun war allerdings aufgrund des Wohnsitzes der Beschwerdeführer und des Obligatoriums der Krankenpflegeversicherung auch ohne besondere Geltendmachung seitens der Beschwerdeführer bekannt, dass diese durch den angefochtenen Tarif zumindest formal in ihrer Stellung als Versicherte betroffen waren, was aber noch keine Beschwerdelegitimation begründet.

Dass sie durch den angefochtenen Genehmigungsbeschluss nicht in höherem Mass als andere Versicherte des Kantons Aargau betroffen sind, haben sie sogar ausdrücklich bestätigt. Ihre Beschwerde erfolgt daher zwecks Wahrung öffentlicher Interessen und stellt eine unzulässige Popularbeschwerde dar.

3.3 In sämtlichen vorne (s. Ziff. II.2.2) geschilderten Präzedenzfällen war den Beschwerdeführern eine stärkere Betroffenheit als jedermann oder eine besonders beachtenswerte Beziehung zum Streitgegenstand zuzubilligen. Am weitesten gespannt war die Beschwerdelegitimation in einem Fall, in welchem sie allen in einem Kanton wohnhaften Mitgliedern von Kran-

kenkassen zugebilligt wurde; dabei ist aber zu beachten, dass noch kein Versicherungsobligatorium bestand, die Zahl der Krankenkassenmitglieder sich mithin nicht mit der Wohnbevölkerung deckte, und es um eine substantielle Erhöhung eines Ärztetarifs ging, weshalb davon ausgegangen wurde, dass dieser Tarif wesentliche wirtschaftliche Folgen für die Versicherten haben könne.

Ein Fall, in welchem die Einwohner eines ganzen Kantons ohne Begründung ihrer Betroffenheit, bloss aufgrund ihrer Eigenschaft als Versicherte, als beschwerdelegitimiert betrachtet worden wären, ist nicht bekannt. Es erscheint auch nicht einsichtig, weshalb hier – ohne gesetzliche Grundlage – vom allgemeinen Grundsatz abgewichen werden sollte, dass die Betroffenheit beziehungsweise das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung zu begründen ist. Der Bundesrat geht jedenfalls davon aus, dass die Eigenschaft als Versicherte mit Wohnsitz in einem bestimmten Kanton noch nicht genügt, um jeden für diesen Kanton erlassenen oder vereinbarten Spitaltarif anfechten zu können.

In der Botschaft des Bundesrates vom 6. November 1991 über die Revision des Krankenversicherungsgesetzes wird klar festgehalten, dass sich das Beschwerdeverfahren nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richten soll (BBl 1992 188).

Im übrigen erweist sich die Bedeutung der vorliegenden Beschwerde für die Beschwerdeführer – abgesehen von ihren in diesem Kontext nicht schutzwürdigen Interessen als Konkurrenten der R+R-Klinik S. – ohnehin als gering und im Sinne von Artikel 48 Buchstabe a VwVG wohl kaum schutzwürdig. Die Beschwerdeführer bestätigen nämlich, dass für die R+R-Klinik S. von anrechenbaren Kosten von rund 254 Franken (Fr. 253.72) ausgegangen werden kann, was aufgrund der vom Aargauischen Krankenkassen-Verband gelieferten Zahl von Pfl egetagen in der allgemeinen Abteilung der R+R-Klinik S. im Jahre 1996 (20784) für sie als Versicherte im Falle einer Gutheissung der Beschwerde nur minimale finanzielle Auswirkungen von rund 2 Rappen pro Monat hätte (20784 Pfl egetage x Fr. 5.28 [Differenz zum angefochtenen Tarif von Fr. 259.-] = Mehrkosten pro Jahr von Fr. 109739.52, was sich in den Monatsprämien mit rund 2 Rappen auswirkt).

4. Die Beschwerdeführer berufen sich darauf, Artikel 53 KVG statuiere die Zulässigkeit der Popularbeschwerde, weshalb es gar nicht nötig sei, im Sinne von Artikel 48 Buchstabe a VwVG ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung darzutun.

Zur Begründung verweisen sie auf die Botschaft des Bundesrates und das Ergebnis der parlamentarischen Beratungen der entsprechenden Be-

stimmung des bundesrätlichen Entwurfs (Art. 45; a.a.O., S. 188). Sie schildern dabei ausführlich den Verlauf der Beratungen insbesondere im Ständerat, welcher vorerst beschlossen hatte, die Beschwerdelegitimation einschränkender zu regeln als gemäss früherem Recht und insoweit hinter den Entwurf des Bundesrates zurückging. In der Differenzbereinigung liess dann aber der Ständerat seinen Vorschlag wieder fallen und schloss sich dem Nationalrat an, welcher am bundesrätlichen Entwurf festhielt (zusammenfassendes Votum des Berichterstatters im Ständerat, *Huber*, Amtl. Bull. S 1994 94).

Da kein abweichender Beschluss zustande kam, ergibt sich ohne weiteres, dass gemäss KVG – wie in der Botschaft des Bundesrates erwähnt – in Sachen Beschwerdelegitimation entsprechend der früheren Regelung unter der Herrschaft des KUVG weiterhin das Verwaltungsverfahrensgesetz Anwendung findet.

Auch unter dem neuen KVG ist daher der Bundesrat für die Frage der Beschwerdelegitimation ohne weiteres von der Anwendbarkeit des VwVG ausgegangen (z. B. im Entscheid v. 26.3.1997 i. S. X. gegen den Regierungsrat des Kantons Glarus).

Nichts an dieser Sachlage ändert auch das von den Beschwerdeführern zitierte Votum des früheren Vorstehers des EDI im Ständerat, in welchem dieser erklärte, dass gemäss früherem Recht auch die Versicherten beschwerdelegitimiert gewesen seien. Aus dem ganzen Kontext ist nämlich davon auszugehen, dass als selbstverständliche Voraussetzung galt, dass die Versicherten nach den Regeln des anwendbaren Verfahrensrechts, nämlich des VwVG, über eine besonders beachtenswerte Beziehung zum Streitgegenstand verfügten oder stärker betroffen sein mussten als jedermann, damit sie zur Beschwerde legitimiert waren.

5. Da sich die Beschwerdeführer ausschliesslich darauf berufen, Artikel 53 KVG statuiere die Zulässigkeit der Popularbeschwerde, beziehungsweise ihre Stellung als im Kanton Aargau Versicherte begründe ihre Beschwerdelegitimation, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Da der vorliegende Entscheid allein die Legitimation der Beschwerdeführer und damit eine Eintretensfrage betrifft, beschränkte sich auch der Anspruch der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör auf jenen Bereich, der Grundlage der Entscheidung bildet (s. *Georg Müller* in Kommentar BV, Art. 4, Rz. 108).

Darüber hinaus bestand im vorliegenden Verfahren, das sich – auch wenn aus verfahrensökonomischen Gründen bereits Stellungnahmen zur

Sache eingingen – vorerst auf die Frage der Beschwerdelegitimation beschränkt, kein Anspruch auf Akteneinsicht (s. *F. Gygi*, a.a.O., S. 155). Die Instruktionsbehörde des Bundesrates, die den Beschwerdeführern nur bezogen auf die strittige Legitimationsfrage Akteneinsicht gewährte, hat daher den Anspruch der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör nicht verletzt.

## **Fixation d'un tarif des établissements médico-sociaux dans un régime sans convention**

**KV 27** Décision du Conseil fédéral du 28 janvier 1998  
dans la cause opposant la Fédération fribourgeoise  
des assureurs-maladie au gouvernement du canton  
de Fribourg

**La disposition transitoire de l'article 101, 2<sup>ème</sup> alinéa, LAMal est applicable jusqu'à ce qu'une liste des établissements médico-sociaux (EMS) soit établie conformément à l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre e, LAMal (cons. II. 2).**

**En l'absence de comptabilité analytique uniforme (art. 49, 6<sup>ème</sup> al., LAMal), encore à l'état de projet, plus les tarifs se rapprochent d'une couverture maximale des coûts à prendre en considération, plus les exigences portant sur la preuve de l'effectivité de ces coûts doivent être grandes. L'article 9a OPAS non encore en vigueur en 1997, sert à cet égard d'indicateur pour former le cadre de la solution transitoire à trouver (cons. II. 7.2).**

**Les actes qui touchent principalement à l'accompagnement, à l'aspect pédagogique, au développement des capacités personnelles ou aux relations sociales ne sont pas considérés comme des soins au sens de l'article 7 OPAS (cons. II. 8.2).**

**Lorsqu'il existe des différences importantes entre les forfaits de chaque EMS, il y a lieu de faire procéder à une comparaison des frais d'exploitation (art. 49, 7<sup>ème</sup> al., LAMal). En fonction du résultat de la comparaison, les tarifs peuvent se voir réduits dans une juste mesure en application du principe d'économie fixé à l'article 46, 4<sup>ème</sup> alinéa, LAMal (cons. II. 8.4).**

**Une distinction entre courts et longs séjours est sans pertinence dès lors que la prise en charge des soins doit être identique quelle que soit la longueur du séjour (cons. II. 11).**

**Die Übergangsbestimmung von Artikel 101 Absatz 2 KVG ist anzuwenden, bis eine Liste der Pflegeheime nach Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe e KVG erstellt ist (Erw. II. 2).**

**Ohne die noch nicht erlassene einheitliche Kostenstellenrechnung (Art. 49 Abs. 6 KVG) sind die Anforderungen an den Nachweis der Kosten umso höher, je mehr die Tarife sich einer maximalen Deckung der anrechenbaren Kosten annähern. Der 1997 noch nicht in Kraft gewesene Artikel 9a KLV dient dazu, den Rahmen zu bestimmen, in dessen Bereich die Übergangslösung zu liegen hat (Erw. II. 7.2).**

**Bei Verrichtungen, welche hauptsächlich darin bestehen, dass Patient/innen begleitet oder angeleitet werden, handelt es sich nicht um Leistungen im Sinne von Artikel 7 KLV; dasselbe gilt, wenn es hauptsächlich darum geht, ihre persönlichen Fähigkeiten zu entwickeln oder zu ihnen soziale Kontakte zu pflegen (Erw. II. 8.2).**

**Bestehen zwischen den Pflegeheimen grosse Tarifunterschiede, müssen Betriebsvergleiche durchgeführt werden (Art. 49 Abs. 7 KVG). Die Tarife können je nach dem Ergebnis der Vergleiche auf das Mass reduziert werden, das bei Beachtung des in Artikel 46 Absatz 4 KVG verankerten Gebots der Wirtschaftlichkeit angebracht ist (Erw. II. 8.4).**

**Eine Unterscheidung zwischen kurzen und langen Aufenthalten ist nicht zulässig, weil der Umfang der Kostenübernahme ungeachtet der Dauer des Aufenthaltes gleich sein muss (Erw. II. 11).**

**La disposizione transitoria dell'articolo 101 capoverso 2 LAMal è applicabile finché non è compilato l'elenco delle case di cura di cui all'articolo 39 capoverso 1 lettera e LAMal (cons. II. 2).**

**In mancanza della contabilità analitica uniforme (art. 49 cpv. 6 LAMal) – ancora allo stadio di disegno – quanto più le tariffe si avvicinano alla copertura massimale dei costi conteggiabili tanto più grandi devono essere le esigenze in esito alla comprova di detti costi. L'articolo 9a OPre, non ancora in vigore nel 1997, serve in proposito a determinare l'ambito della soluzione transitoria (cons. II. 7.2).**

**Gli atti inerenti principalmente all'accompagnamento, all'aspetto pedagogico, allo sviluppo delle capacità personali o alle relazioni umane non sono considerati cure ai sensi dell'articolo 7 OPre (cons. II. 8.2).**

**Se esistono sensibili differenze tra i forfait di singole case di cura, va effettuato un paragone delle corrispettive gestioni (art. 49 cpv. 7 LAMal). A seconda del risultato di questo paragone, le tariffe possono venire congruamente ridotte tenuto conto del principio di economicità di cui all'articolo 46 capoverso 4 LAMal (cons. II. 8.4).**

**Una distinzione tra corti e lunghi soggiorni non è pertinente in quanto la remunerazione delle cure dev'essere identica, indipendentemente dalla durata del soggiorno (cons. II. 11).**

I.

*Condensé – Übersicht*

Dans la perspective de conclure une convention pour 1997, la Fédération fribourgeoise des assureurs-maladie (FFAM) et un groupe d'étude des

homes médicalisés nommé par le Conseil d'Etat se sont mis d'accord sur une prise en charge échelonnée des coûts des soins au sens de la LAMal par les caisses-maladie, à savoir 60% en 1997, 80% en 1998 et 100% en 1999. Un tarif n'a toutefois pas pu être fixé par convention, le groupe d'étude demandant un échelonnement portant sur l'ensemble des coûts des soins spéciaux au sens du droit cantonal et la FFAM sur l'ensemble des coûts des soins au sens de l'article 7, 2<sup>e</sup> al. OPAS.

Par arrêté du 25 novembre 1996, le Conseil d'Etat a fixé la participation des caisses-maladie aux frais de soins prodigués dans les homes médicalisés pour 1997 à 54% du coût des soins spéciaux approuvé par la Direction de la santé publique et des affaires sociales.

La FFAM a recouru contre cet arrêté au motif pris que, compte tenu de l'échelonnement négocié, le pourcentage fixé par le Conseil d'Etat équivaldrait, pour les caisses-maladie, à une prise en charge de certaines prestations de soins non prévues à l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS. La méthode de calcul des prix des soins instaurée par le droit cantonal ne serait pas non plus conforme aux exigences de la LAMal.

*Im Hinblick auf den Abschluss einer Vereinbarung für das Jahr 1997 hat sich die Freiburger Vereinigung der Krankenversicherer (FFAM) und eine Studiengruppe für die Pflegeheime auf eine stufenweise Übernahme der Pflegekosten durch die Krankenkassen im Sinne des KVG geeinigt, d. h. 60% für 1997, 80% für 1998 und 100% für 1999. Eine Vereinbarung über den Tarif kam nicht zustande; die Studiengruppe verlangte eine Abstufung aller speziellen Pflegekosten im Sinne des kantonalen Rechts, die FFAM die Abstufung aller Pflegekosten im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 KLV.*

*Mit Beschluss vom 25. November 1996 legte der Regierungsrat die Beteiligung der Krankenkassen an den Pflegekosten in den Pflegeheimen für 1997 auf 54% der speziellen Pflegekosten, die von der Direktion für öffentliche Gesundheit und Soziales genehmigt wurden, fest.*

*Dagegen erhob die FFAM Beschwerde beim Bundesrat mit der Begründung, dass unter Berücksichtigung der vereinbarten Abstufung die Krankenversicherer gewisse Pflegeleistungen bezahlen müssten, die in Artikel 7 Absatz 2 KLV nicht vorgesehen seien. Die Berechnungsmethode der Pflegeheimpreise, die vom kantonalen Recht vorgesehen sei, entspreche den Anforderungen des KVG nicht.*

## II.

Par les considérants suivants, le Conseil fédéral a partiellement admis le recours:

### 1. Questions d'entrée en matière

Selon l'article 128 de la loi fédérale du 16 décembre 1943 sur l'organisation judiciaire (ci-après: OJ; RS 173.110), le Tribunal fédéral des assurances connaît en dernière instance des recours de droit administratif contre des décisions au sens des articles 97, 98, lettres b à h, et de l'article 98a OJ en matière d'assurances sociales. Toutefois, l'article 129 OJ prévoit que le recours de droit administratif n'est pas recevable contre des décisions concernant l'approbation d'actes législatifs (lettre a) et des tarifs (lettre b).

Aux termes de l'article 53, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal, en relation avec le susmentionné article 129 lettres a et b OJ, ainsi qu'avec l'article 73, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre c PA, les décisions des gouvernements cantonaux au sens des articles 39, 45, 46, 4<sup>e</sup> alinéa, 47, 48 1<sup>er</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas, 51, 54 et 55 LAMal peuvent faire l'objet d'un recours au Conseil fédéral.

1.1 Le recours de droit administratif n'est toutefois exclu que si la décision a pour objet la fixation ou l'approbation d'un tarif dans son ensemble ou lorsque le recours est dirigé contre certaines clauses tarifaires en tant que telles (ATF 116 V 133). Il est par contre recevable contre les décisions rendues dans un cas concret en application d'un tarif. En l'occurrence, le litige porte bien sur un tarif dans son ensemble et non pas sur l'application de celui-ci dans un cas particulier. Le recours de droit administratif est donc exclu.

1.2 L'arrêté du Conseil d'Etat fixant la participation des caisses-maladie aux frais de soins dans les homes médicalisés pour l'année 1997 ressortit au droit cantonal. Toutefois, ce dernier n'a pas de valeur propre, puisqu'il ne fait qu'exécuter le droit fédéral (*Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1983, p. 91; *Peter Saladin*, Das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes, Bâle 1979, p. 77 ss.; JAAC 48.45; ZBJV 1992, p. 640 ss.; ATF 118 Ib 130, 112 Ib 44 et 166, 112 V 108 ss.<sup>1</sup> ainsi que 105 Ib 107 cons. 1).

1.3 Les membres de la recourante sont touchés par les décisions attaquées et ont un intérêt actuel et digne de protection à ce qu'elles soient annulées ou modifiées (art. 48, lettre a PA). La FFAM est habilitée à recourir, la jurisprudence prévoyant ce droit pour sauvegarder les droits des membres d'une association (JAAC 48.46, 48.45, 45.64, 44.22, 43.46, 42.96, 41.28; *F. Gygi*, op. cit., p. 159 ss.; *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 2<sup>e</sup> éd.; Zurich 1993, marg. 1383; *P. Saladin*, op. cit., p. 178, num. 20.333).

<sup>1</sup> voir n° K 689 (1986) de ce recueil

1.4 Les dispositions des articles 50 et 52 PA concernant le délai de recours, ainsi que la forme et le contenu du mémoire de recours sont observées.

Le recours est donc formellement recevable.

## 2. *Objet du litige*

La LAMal, contrairement à l'ancien droit, prévoit une procédure d'admission pour les hôpitaux et les EMS pouvant exercer aux frais de l'assurance-maladie sociale. Selon la nouvelle loi, les EMS constituent une nouvelle catégorie de fournisseurs de prestations. En vertu de l'article 39, 3<sup>e</sup> alinéa en relation avec le 1<sup>er</sup> alinéa LAMal, il appartient aux cantons d'admettre comme EMS des institutions qui prodiguent des soins, une assistance médicale ainsi que des mesures de réadaptation à des patients pour une longue durée. Conformément à l'article 2, 2<sup>e</sup> alinéa de l'ordonnance du 12 avril 1995 concernant l'entrée en vigueur et l'introduction de la LAMal (ordonnance sur l'entrée en vigueur, RS 832.101), les cantons ont jusqu'au 31 décembre 1997 pour le faire. Lorsqu'un canton n'a pas établi une telle liste (art. 39, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre e LAMal), la disposition transitoire de l'article 101, 2<sup>e</sup> alinéa LAMal s'applique. Elle prévoit que les établissements ou leurs divisions qui étaient réputées établissements hospitaliers d'après l'ancien droit sont également admis comme fournisseurs de prestations conformément au nouveau droit. L'obligation des assureurs d'allouer des prestations et le montant de la rémunération découlent jusqu'au 31 décembre 1997 des conventions ou tarifs en vigueur jusqu'alors (art. 8, 2<sup>e</sup> alinéa de l'ordonnance sur l'entrée en vigueur). Dans ce cas, l'obligation de la prise en charge se fonde sur les anciens tarifs et contrats relevant de l'ancien droit.

2.1 En l'espèce, la FFAM fait valoir qu'une liste reconnue par le canton est bien établie. Toutefois, celle-ci reposerait sur un projet de planification (MEDIPLAN 89) qui a été refusé en votation populaire. Elle ne pourrait donc pas être considérée comme une liste au sens de l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre e LAMal. En revanche, le Conseil d'Etat et l'Association fribourgeoise des institutions pour personnes âgées (ci-après AFIPA) font valoir que les homes médicalisés du canton de Fribourg sont précisément des établissements médico-sociaux qui répondent aux exigences de la LAMal. Partant cette liste remplirait les conditions de l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre e LAMal.

2.2 Conformément à la jurisprudence, seuls sont à examiner les rapports de droit pour lesquels l'autorité administrative compétente a pris une décision formelle (ATF 122 V 36 et 119 Ib 36 ainsi que les références citées). Or in casu, l'arrêté querellé fixe la contribution des assureurs aux frais des soins

prodigués dans les homes médicalisés du canton ainsi que leur participation pour les médicaments et le petit matériel. Partant la question de la planification au sens de l'article 39, 3<sup>e</sup> alinéa LAMal exorbita à l'objet du présent litige.

### *3. Fixation des tarifs*

Les tarifs et les prix sont fixés par convention entre les assureurs et les fournisseurs de prestations (convention tarifaire) ou, dans les cas prévus par la loi, par l'autorité compétente. Ceux-ci veillent à ce que les conventions tarifaires soient fixées d'après les règles applicables en économie d'entreprise et structurées de manière appropriée (art. 43, 4<sup>e</sup> al. LAMal). Selon l'article 43, 6<sup>e</sup> alinéa LAMal, les parties à la convention et les autorités compétentes veillent à ce que les soins soient appropriés et leur qualité de haut niveau, tout en étant le plus avantageux possible.

Si aucune convention tarifaire ne peut être conclue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs, le gouvernement cantonal fixe le tarif, après avoir consulté les intéressés (art. 47, 1<sup>er</sup> al. LAMal).

En l'occurrence, la FFAM a résilié la convention qui la liait aux homes médicalisés avec effet au 31 décembre 1996. Si dans le cadre de leurs négociations, les partenaires sont tombés d'accord sur le principe d'un échelonnement dans le temps de la participation des assureurs-maladie aux frais de soins ainsi que sur le pourcentage de cette participation pour les années à venir (60% du coût des soins pour 1997, 80% pour 1998 et 100% pour 1999), ils n'ont toutefois pas réussi à fixer le tarif pour 1997, le groupe d'étude des homes médicalisés revendiquant un échelonnement portant sur l'ensemble des coûts des soins spéciaux au sens du droit cantonal et la FFAM ne voulant prendre en charge que les soins au sens de la LAMal. Les conditions pour que l'autorité cantonale compétente fixe un tarif en absence de convention au sens de l'article 47 LAMal étaient dès lors réunies. Conformément à la règle de l'article 46, 4<sup>e</sup> alinéa LAMal, également applicable en pareil cas (JAAC 48.47, 58.49), ce tarif doit être conforme à la loi et à l'équité et satisfaire au principe d'économie.

### *4. Consultation du Surveillant des prix*

Selon l'article 14 de la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (ci-après: LSPr; RS 942.20), si une autorité législative ou exécutive de la Confédération, d'un canton ou d'une commune est compétente pour décider ou approuver une augmentation de prix proposée par les parties à un accord en matière de concurrence ou par une entreprise puis-

sante sur le marché, elle prend au préalable l'avis du Surveillant des prix. Celui-ci peut proposer de renoncer en tout ou partie à l'augmentation de prix ou d'abaisser le prix maintenu abusivement. Selon le 2<sup>e</sup> alinéa du même article, l'autorité mentionne l'avis du Surveillant des prix dans sa décision. Si elle s'en écarte, elle s'en explique.

L'applicabilité de la LSPr aux prix fixés sur la base de la LAMal est citée de manière explicite dans le message du Conseil fédéral du 6 novembre 1991 (FF 1991 I 162 et 164), qui confirme la jurisprudence (JAAC 56.45 et 56.44). Par circulaire du 6 février 1996, le Surveillant des prix a par ailleurs demandé aux cantons de lui faire parvenir leurs tarifs pour pouvoir exercer son droit de recommandation.

En l'occurrence, l'autorité cantonale a satisfait à son obligation en lui soumettant, le 18 octobre 1996, le projet d'arrêté dont est recours. Vu sa capacité en personnel limitée, la Surveillance des prix, contrainte de fixer des priorités à son activité, a renoncé à exercer son droit de recommandation. Ainsi que le Conseil fédéral l'a déjà confirmé à répétitions reprises, la loi ne lui fait d'ailleurs pas obligation de se prononcer sur chaque tarif qui lui est soumis. La conclusion de la recourante visant à ce qu'il soit consulté doit donc être rejetée.

##### *5. Définition des prestations selon la LAMal et principes de tarification*

L'assurance obligatoire des soins est la partie principale de l'assurance-maladie sociale (art. 1, 1<sup>er</sup> al. LAMal; assurance de base) et l'article 24 LAMal prévoit que l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations définies aux articles 25 à 31 en tenant compte des conditions des articles 32 à 34. Selon l'article 25, 2<sup>e</sup> alinéa lettres a et b LAMal, ces prestations comprennent les examens, traitements et soins dispensés sous forme ambulatoire au domicile du patient, en milieu hospitalier ou semi-hospitalier ou dans un établissement médico-social par des médecins, des chiropraticiens et des personnes fournissant des prestations sur prescription ou sur mandat médical, ainsi que les analyses, médicaments, moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques prescrits par un médecin ou, dans les limites fixées par le Conseil fédéral, par un chiropraticien.

Aux termes de l'article 50 LAMal, en cas de séjour dans un établissement médico-social (art. 39, 3<sup>e</sup> al. LAMal), l'assureur prend en charge les mêmes prestations que pour un traitement ambulatoire et pour les soins à domicile. Il peut toutefois convenir avec l'établissement médico-social d'un mode de rémunération forfaitaire. Les 6<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> alinéas de l'article 49 sont applicables par analogie.

Si donc les établissements médico-sociaux figurent parmi les fournisseurs du secteur dit stationnaire, les prestations qui y sont fournies ressortissent, telles que définies à l'article 7 OPAS, au domaine ambulatoire. Elles n'incluent par conséquent pas les frais dits d'hôtellerie (séjour et nourriture) qui ne peuvent dès lors être mis à la charge de l'assurance de base (cf. Message du Conseil fédéral, p. 131 et 151). Le législateur a donc exclu un financement des établissements médico-sociaux en tant qu'institutions. Il les a dans une certaine mesure assimilés aux hôpitaux en tant que, comme ceux-ci, les établissements médico-sociaux sont soumis aux dispositions sur le contrôle des coûts, savoir à l'obligation de tenir une comptabilité analytique et une statistique de leurs prestations. Tout comme pour les hôpitaux, il peut également être procédé à la comparaison des frais d'exploitation entre établissements médico-sociaux, comparaison qui peut aboutir à une réduction du tarif de l'établissement dont les coûts se situent nettement au dessus des coûts d'autres institutions du même genre. On reviendra ci-après sur les conséquences de l'application de ces dispositions. Il convient toutefois d'emblée de préciser qu'on ne saurait en déduire qu'un établissement médico-social doit être traité de la même manière qu'un établissement hospitalier en ce qui concerne la tarification de ces prestations. Elles sont et restent du domaine ambulatoire, qu'elles fassent l'objet d'un mode de rémunération forfaitaire ou non. Ceci signifie en particulier qu'à la différence des hôpitaux, où l'ensemble des coûts est répertorié pour ensuite faire l'objet de corrections (surcapacités, investissements, formation et recherche), seuls doivent être recensés et répercutés sur un éventuel forfait les coûts des établissements médico-sociaux directement liés à la dispensation des soins énumérés à l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS.

#### *6. Griefs invoqués par la recourante*

La recourante reproche au Conseil d'Etat de n'avoir pas précisé quelles sont les prestations fournies par les établissements médico-sociaux qui ne ressortissent pas aux prestations de soins au sens de la loi. Ainsi, les coûts y afférents n'auraient pas été calculés conformément aux exigences de la LAMal. De plus, selon elle, la méthode de calcul utilisée par le Conseil d'Etat pour obtenir les coûts contreviendrait à ces exigences. La recourante conteste également l'augmentation des coûts engendrés par l'arrêté du 25 novembre 1996 (ci-après: ACE) en tant qu'elle violerait les principes d'économie et d'équité définis aux articles 43, 4<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> alinéas et 46, 4<sup>e</sup> alinéa LAMal. Enfin, elle reproche au Conseil d'Etat d'avoir maintenu le forfait pour les médicaments et petits matériels au tarif 1996 sans vérifier s'ils étaient conformes à la nouvelle loi et d'avoir arrêté une participation identique pour les courts séjours sans la motiver.

## 7. Bases d'appréciation

7.1 De même que les hôpitaux, les établissements médico-sociaux ne sont pour l'heure pas encore tenus de calculer leurs coûts et de classer leurs prestations selon une méthode uniforme telle que prévue à l'article 49, 6<sup>e</sup> alinéa LAMal. Conformément à l'article 9 de l'ordonnance du 12 avril 1995 concernant l'entrée en vigueur et l'introduction de la LAMal (ordonnance sur l'entrée en vigueur, RS 832.101), l'Association suisse des hôpitaux H+ a soumis à fin 1996 à l'OFAS sa proposition commune pour les hôpitaux et les établissements médico-sociaux au sujet de la comptabilité analytique et de la statistique. Cette proposition est actuellement à l'étude et les dispositions d'exécution y afférentes ne sont pas encore arrêtées par le Conseil fédéral.

Le litige porte donc sur la manière dont doivent être fixés les tarifs durant cette période transitoire. Les uns sont d'avis qu'il y a lieu de renoncer à toute augmentation jusqu'à ce que la transparence des coûts visée par la LAMal soit atteinte. Une telle mesure risquerait toutefois de paraître disproportionnée au regard des efforts déjà entrepris dans certains cantons en vue d'améliorer cette transparence. Pour ce qui est des tarifs hospitaliers, le Conseil fédéral en a conclu qu'on ne pouvait actuellement exiger une preuve stricte des coûts au sens de l'article 49, 6<sup>e</sup> alinéa LAMal, mais que cela ne signifiait pas que, jusqu'à la mise en place des instruments prévus par la loi, des augmentations de tarifs pouvaient être autorisées sans que les coûts qui les fondent soient définis et démontrés. Une solution transitoire permettant de tenir compte des intérêts opposés en présence devait donc procéder d'une analyse matériellement différenciée des tarifs et se fonder sur le principe du degré de transparence des coûts pris en considération (cf. décisions du 13.8.1997 concernant les cantons de Zurich<sup>2</sup> et de Genève<sup>3</sup>).

7.2 Ces considérations valent en principe également pour les établissements médico-sociaux. Il s'agit ici aussi de trouver une solution transitoire qui s'oriente selon le principe que plus les tarifs se rapprochent de la couverture maximale des coûts à prendre en considération, plus les exigences quant à la preuve de ces coûts doivent être grandes. Comme pour les tarifs hospitaliers, cette solution doit reposer sur une analyse matériellement différenciée et prendre en compte une marge de sécurité d'autant plus grande que la transparence des coûts sera faible. A ce titre, les nouvelles dispositions introduites dans l'ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMal, RS 832.102) et dans l'OPAS donnent un éclairage sur la voie à suivre. L'article 59a OAMal, entré en vigueur le 18 septembre 1997, dispose

<sup>2</sup> voir n° KV 16 (1997) de ce recueil

<sup>3</sup> voir n° KV 17 (1997) de ce recueil

que lorsque les bases de calcul des coûts des prestations définies à l'article 7 OPAS, dispensées par des infirmiers ou des infirmières (art. 49 OAMal), des organisations de soins à domicile (art. 51 OAMal) ou des établissements médico-sociaux (art. 39, 3<sup>e</sup> al. LAMal), sont insuffisantes, le Département fédéral de l'intérieur (DFI) est compétent pour édicter des tarifs-cadre applicables à ces prestations. Le DFI a fait usage de cette compétence par un article 9a OPAS entrant en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998 et dont les alinéas 2 et 3 ont la teneur suivante:

*«2. Tant que les fournisseurs de prestations, définis à l'article 7, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre c, ne disposent pas d'une comptabilité analytique uniforme (art. 49, 6<sup>e</sup> al. et 50 LAMal), les tarifs-cadre par jour suivants ne peuvent être dépassés:*

- |                                                     |                        |
|-----------------------------------------------------|------------------------|
| <i>a. pour le premier niveau de soins requis:</i>   | <i>10 à 20 francs;</i> |
| <i>b. pour le deuxième niveau de soins requis:</i>  | <i>15 à 40 francs;</i> |
| <i>c. pour le troisième niveau de soins requis:</i> | <i>30 à 60 francs;</i> |
| <i>d. pour le quatrième niveau de soins requis:</i> | <i>40 à 70 francs.</i> |

*3. L'article 44 LAMal est applicable.»*

Cette modification fait suite à celle de l'article 7 OPAS, dont le nouvel alinéa 3 précise que les frais généraux d'infrastructure et d'exploitation ne doivent pas être pris en compte lors de l'établissement des coûts des prestations et ne peuvent être mis à la charge ni de l'assurance ni de l'assuré. Cette dernière disposition confirme la nécessité déjà exposée sous chiffre 5 ci-avant, de déterminer en premier lieu les prestations qui, parmi celles fournies par les établissements médico-sociaux, doivent être considérées comme obligatoires, ce afin d'en répertorier les coûts qui y sont directement liés et d'établir le tarif en conséquence.

Certes, les dispositions susmentionnées n'entreront en vigueur que le 1<sup>er</sup> janvier 1998. Elles fournissent néanmoins les lignes directrices à observer pour l'analyse des tarifs aujourd'hui litigieux et qui, demain, devront s'y conformer. En ce sens, elles définissent aussi le cadre de la solution transitoire à trouver ici. Cela est d'autant plus vrai que les différents partenaires sociaux, à savoir les fournisseurs de prestations, les assureurs-maladie et les pouvoirs publics, ont été associés à l'élaboration de ces articles et ont soutenu, en tout cas dans leur principe, les articles 59a OAMal et 9a OPAS.

Cette solution ne repose donc pas sur un modèle comptable, mais constitue un moyen d'évaluation destiné à préserver une marge de sécurité suffisante jusqu'à ce que les nouveaux instruments prévus par la loi soient mis en place et la transparence des coûts réalisée. Ce faisant, le Conseil fédéral est conscient que, compte tenu des limites tarifaires dans lesquelles elle

s'inscrit, elle ne couvrira pas forcément les coûts effectifs des prestations en cause et qu'elle fait par conséquent notamment appel aux contributions des pouvoirs publics en vertu du principe de la protection tarifaire.

### 8. *Méthode de calcul*

En l'espèce, il n'est pas contesté que seule la partie des coûts qui sert à rétribuer les activités énumérées à l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS doivent être mises à la charge des caisses-maladie. En revanche, la recourante reproche au Conseil d'Etat de n'avoir pas précisé qu'elles étaient les prestations fournies par les EMS qui doivent être considérées comme obligatoires au sens de la LAMal et ainsi de n'avoir pas déterminé quels en étaient leurs coûts. Selon elle, seul le 60% des prestations de soins spéciaux tels que définies au plan cantonal seraient des prestations au sens de l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS. Le Conseil d'Etat aurait donc considéré à tort que le 90% des prestations de soins spéciaux étaient des prestations au sens de l'article précité. Il convient donc d'analyser dans un premier temps cette question et de voir dans quelle mesure le personnel défini comme personnel soignant fournit des prestations obligatoires et dans quelle mesure il fournit d'autres prestations.

8.1 Selon la législation cantonale du 21 février 1980 sur le subventionnement des soins spéciaux dans les établissements pour personnes âgées et son règlement d'exécution du 13 janvier 1981, les coûts sur la base desquels le tarif est fixé comprennent la masse salariale du personnel médical auxiliaire et du personnel auxiliaire et une part équitable de l'amortissement des installations servant directement à la dispensation des soins spéciaux. La dotation en personnel est fixée chaque année par le médecin cantonal pour chaque établissement en fonction de l'évaluation du degré de dépendance de chaque pensionnaire.

Pour évaluer le degré de dépendance des patients, tous les homes médicalisés utilisent un système d'évaluation au moyen d'une grille qui comporte 14 critères, savoir la mobilité, la toilette et l'habillement, l'alimentation, la continence, le sommeil et le repos, l'orientation, l'état psychique de la personne, la communication, la médication, les soins préventifs et prélèvements, les soins thérapeutiques, les soins de maintenance de l'autonomie et les soins relationnels. Il n'existe pas une liste plus détaillée des soins fournis par le personnel et comparable à l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS. Néanmoins, le Service du médecin cantonal a été chargé de comparer le système fribourgeois à la méthode PLAISIR, méthode dont les actions de soins ont fait l'objet d'une comparaison avec l'article 7 OPAS. Ledit service en arrive à la conclusion que tous les éléments de la grille d'évaluation fribourgeoise sont

pris en compte par l'une ou l'autre des actions de soins décrites par la méthode PLAISIR et comprises dans les prestations OPAS pour les personnes dépendantes. Ainsi, les prestations fournies par le personnel soignant seraient à 100% des prestations au sens de l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS.

8.2 A première vue, il n'y a pas de raison de mettre en doute l'évaluation comparative du Service du médecin cantonal. Toutefois, il faut relever qu'au vu du dossier, il n'est pas possible de se rendre compte quels sont les éléments qui lui ont permis de déterminer l'équivalence entre les critères d'évaluation de la grille fribourgeoise et les actions de soins de la méthode PLAISIR. De plus, malgré le souci de cadrer au mieux les prestations à fournir par le personnel soignant, on doit admettre que les critères de la grille d'évaluation sont relativement vagues pour pouvoir les comparer aux prestations de soins telles que définies à l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS. Enfin, ces critères ne permettent pas de voir si certaines prestations fournies par le personnel soignant couvrent à la fois des prestations de soins et d'autres prestations et dans ce cas, quelle est la proportion relative aux soins de base au sens de l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS. Or, comme le relève l'OFAS, l'assurance-maladie est destinée à couvrir des actes que l'on doit pouvoir qualifier de «soins» à l'exclusion de tout ce qui touche principalement à l'accompagnement, à l'aspect pédagogique, au développement des capacités personnelles ou aux relations sociales. Partant on ne peut conclure à ce stade que les prestations de soins telles que définies dans la grille d'évaluation correspondent en tous points aux prestations de soins à charge de l'assurance-maladie.

De plus, le Conseil fédéral n'a pas suffisamment d'éléments pour évaluer exactement le temps consacré aux soins au sens de la LAMal par le personnel soignant et fixer les tarifs forfaitaires en fonction de ce temps. En effet, bien que la méthode de travail utilisée dans le canton de Fribourg a fait l'objet d'une étude sur le temps consacré aux patients et que pour ce faire 5 homes médicalisés ont calculé le temps passé pour un pensionnaire de chaque catégorie pendant 24 heures et que 2 institutions ont fait le même calcul sur 7 jours, cette étude ne fournit pas suffisamment d'éléments sur le temps consacré aux prestations de soins: de fait, le résultat de cette évaluation – reporté dans le document de l'AFIPA «Nous, personnel soignant pourquoi sommes-nous là?», édité en 1991 et revu en 1994 – révèle que le personnel soignant consacre en moyenne 156 minutes par 24 heures pour un cas moyen et 300 minutes par 24 heures pour un cas lourd. En revanche ce document ne montre pas de manière claire dans quelle mesure les soins effectués par ce personnel sont des prestations de soins au sens de 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS. Cela est d'autant plus vrai que cette étude a été effectuée seulement par 7 homes médicalisés sur un laps de temps relativement court

et bien avant l'entrée en vigueur de la LAMal. Elle n'avait donc pas pour but de cerner le temps consacré aux soins pris en charge au sens de la LAMal mais «de vérifier si les temps des soins donnés par la grille fribourgeoise reflétait la réalité», cette réalité se référant au complet bien-être psychique et social du patient. A cela s'ajoute que les prestations prises en considération comme actions de soins, mais qui ne sont pas des prestations obligatoires (courses en ville par exemple) demandent généralement beaucoup de temps de travail et ce, quand bien même une partie de celles-ci sont assumées par le service d'animation, par les familles des résidants voire par des bénévoles. A ce titre, les auteurs de l'étude font eux-mêmes remarquer dans leurs conclusions que: «De la vérification des temps de soins, il ressort que les chiffres donnés il y a quelques années restent d'actualité. Nous ajouterons même que la dotation qui en découle nous permet de répondre à d'autres activités que celles uniquement de substitut de la vie quotidienne. Et si nous parlons de qualité de vie plutôt que de quantité d'années, nous dirons que nous assistons de plus en plus à un développement des activités annexes aux soins. Il s'agit de l'animation sous toutes ses formes, individuelles ou collectives (loto, soirées, vacance, etc.), les courses en ville pour un ou plusieurs pensionnaires, le transport de résidant chez un spécialiste, les entretiens avec la famille, les visites, l'aumônerie, etc., la gestion du linge personnel des résidants, l'entretien des fleurs, des objets utilisés par le pensionnaire, ses meubles, ordre dans l'armoire, s'occuper des animaux (poissons, chats, oiseaux...), gestion de l'argent du résidant, préparation de l'accueil, visite à domicile, accueil de nouveaux pensionnaires, téléphones divers, visite médicale, lendemain de décès, accompagnement d'un résidant à l'enterrement d'un autre résidant, visite d'un pensionnaire à l'hôpital ainsi que nettoyage et désinfection du matériel (chaise roulante, chaise percée, moyens auxiliaires toujours plus nombreux vu l'handicap du résidant.»

En conclusion, il y a lieu de constater qu'il n'est pas possible d'établir avec précision comment le Conseil d'Etat a pu retenir le 90% de la masse salariale et des charges sociales du personnel pour fixer la part des soins spéciaux n'étant pas à la charge des assureurs et que ce pourcentage pourrait être plus élevé. Ainsi, bien que la grille d'évaluation fribourgeoise est déjà bien étayée, elle ne constitue pas une énumération des prestations de soins au sens de l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS. Elle ne permet pas non plus en l'état de fixer un tarif horaire ou forfaitaire prenant en compte uniquement le remboursement des prestations de soins au sens de l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS.

8.3 Il y a lieu de constater également que les bases sur lesquelles le Service du médecin cantonal fixe la dotation en personnel ne sont pas claire-

ment établies. Il n'est pas non plus indiqué de manière précise d'après quels critères sont effectués les correctifs sur le coût des soins selon les derniers comptes connus.

Par ailleurs, le coût des amortissements pris en compte dans la méthode de calcul du coût des soins spéciaux paraissent être en lien étroit avec les prestations desdits soins et pourraient donc être pris en charge dans le calcul du coût des soins. Cependant, à défaut d'explications plus détaillées sur ce point et ne sachant pas exactement ce qu'ils représentent, on ne peut considérer qu'il existe une totale transparence à ce niveau.

8.4 Il est à relever également qu'en analysant les différents forfaits entre établissements, on note de grandes différences dans le tarif journalier par résidant au sein d'une même catégorie soit:

- forfait (minimum) pour les cas légers: home St-Wolfgang = fr. 38.50
- forfait (maximum) pour les cas légers: home Humilimont = fr. 52.50
- forfait (minimum) pour les cas moyens: home St-Wolfgang = fr. 77.–
- forfait (maximum) pour les cas moyens: home Humilimont = fr.

105.50

- forfait (minimum) pour les cas lourds: home St-Wolfgang = fr. 154.–
- forfait (maximum) pour les cas lourds: home Humilimont = fr. 210.–

Bien que le Conseil d'Etat qualifie ces différences de «légères» et qu'il les justifie en ce sens que des collaborateurs faisant partie de l'équipe soignante comptent plus d'années de service et bénéficient d'un nombre plus élevé d'annuités ou se trouvent dans les classes salariales supérieures, elles ne devraient pas être entièrement supportées par les assureurs. De l'avis du Conseil fédéral, il n'appartient pas aux caisses-maladie de supporter ces différences à tout le moins pas dans leur intégralité.

Par ailleurs on peut se demander si ces différences ne seraient pas plutôt fonction des amortissements comptabilisés dans le calcul du coût des soins spéciaux ou fonction d'autres éléments.

Toujours est-il qu'en raison de ces différences, il y a lieu de tenir compte ici de l'article 49, 7<sup>e</sup> alinéa LAMal. En effet, selon cette disposition, les gouvernements cantonaux et, au besoin, le Conseil fédéral font procéder à la comparaison de frais d'exploitations. Les cantons et les hôpitaux doivent fournir les pièces nécessaires à cet effet. Si la comparaison montre que les coûts d'un hôpital se situent nettement au-dessus des coûts d'hôpitaux comparables ou si les pièces présentées par un hôpital sont insuffisantes, les assureurs peuvent dénoncer la convention prévue au 5<sup>e</sup> alinéa de l'article 46 et demander à l'autorité qui approuve (art. 46, 4<sup>e</sup> al.) de réduire les tarifs

dans une juste mesure. Cette disposition est également applicable en l'absence de régime conventionnel. Ainsi, vu les écarts relatés ci-dessus le Conseil fédéral est d'avis qu'il doit tenir compte de cet article dans la fixation du tarif, à tout le moins en ce qui concerne les cas lourds (voir pt. 9, n° 3 ci-après).

### 9. Résultats

Il résulte des insuffisances constatées ci-avant que la tarification des prestations des établissements médico-sociaux telle qu'arrêtée par le Conseil d'Etat ne peut être maintenue. Il y a donc lieu de déterminer le cadre dans lequel elle doit être fixée.

La recourante, contrairement au Conseil d'Etat et à l'AFIPA, conteste le système des coûts instauré dans le canton de Fribourg. Toutefois, elle fait valoir que faute de moyens et tant que la loi cantonale sur le subventionnement des soins – dits spéciaux – dans les établissements pour personnes âgées ne sera pas adaptée à la LAMal, ni que des critères précis seront édictés au niveau fédéral, le seul critère pour essayer de fixer un prix et un tarif reste la masse salariale. Le Conseil fédéral est également d'avis qu'à défaut de système conforme à la LAMal, ce critère doit être retenu, toutefois uniquement en tant que référence pour fixer les tarifs-cadre pour 1997.

Dans le canton de Fribourg, la tarification querellée est fonction du niveau des soins en ce sens que les forfaits ont été fixés selon trois catégories, savoir les cas légers, moyens et lourds. Or, dans le cadre de la mise en œuvre de la LAMal et tant que les fournisseurs de prestations ne disposent pas d'une comptabilité analytique (voir pt. 7.2), le DFI a justement prévu une tarification en fonction du niveau des soins requis et a fixé les tarifs-cadre selon 4 niveaux. Ce faisant, il a admis le principe de la tarification par niveau en l'absence de comptabilité analytique. Partant il y a lieu de maintenir la structure tarifaire fribourgeoise qui, tout en s'inscrivant dans l'esprit de la loi, permet au personnel soignant et au Service du médecin cantonal de continuer à travailler avec les instruments mis en place dans le canton. Ainsi les tarifs-cadre ramenés aux trois catégories existant dans le canton de Fribourg se présentent ainsi:

- pour les cas légers : fr. 10 à 40.– (art. 9a OPAS, 2° al., lettre a et b),
- pour les cas moyens : fr. 30 à 60.– (art. 9a OPAS, 2° al., lettre c),
- pour les cas lourds : fr. 40 à 70.– (art. 9a OPAS, 2° al., lettre d).

Compte tenu des gros efforts de transparence déjà consentis en l'espèce, il y a lieu d'admettre que les tarifs journaliers par résidant les plus hauts de

chaque catégorie peuvent avoisiner les limites maximales fixées par l'article 9a OPAS. Rapportés aux trois niveaux de soins en vigueur dans le canton de Fribourg et calculés sur la base des forfaits tarifaires 1997 des prix des soins spéciaux arrêtés par la Direction de la santé publique pour chaque home médicalisé, les forfaits journaliers applicables aux résidents des établissements concernés s'articulent pour l'année 1997 comme suit.

1) *Pour les cas légers:*

La contribution des assureurs aux frais des soins prodigués dans les homes médicalisés du canton est fixée au 70% du forfait journalier du coût des soins par résident approuvé par la Direction de la santé publique et des affaires sociales.

Ainsi, pour le home St-Wolfgang dont le forfait journalier par résident fixé par la Direction de la santé publique et des affaires sociales est de fr. 38.50, savoir le plus bas de la catégorie, la contribution journalière des caisses-maladie s'élève au 70% de ce montant, soit à fr. 26.95. Pour le home Humilimont dont le forfait journalier par résident est de fr. 52.50, soit le plus élevé de la catégorie, la participation des caisses-maladie représente le 70% de ce montant, soit fr. 36.75.

2) *Pour les cas moyens:*

La contribution des assureurs aux frais des soins prodigués dans les homes médicalisés du canton est fixée à 55% du forfait journalier du coût des soins approuvé par la Direction de la Santé publique et des affaires sociales.

Ainsi, pour le home St-Wolfgang dont le forfait journalier par résident fixé par la Direction de la santé publique et des affaires sociales est de fr. 77.-, savoir à nouveau le plus bas de la catégorie, la contribution journalière des caisses-maladie s'élève au 55% de ce montant, soit à fr. 42.35. Pour le home Humilimont dont le forfait journalier par résident est de fr. 105.50, soit à nouveau le plus élevé de la catégorie, la participation des caisses-maladie représente le 55% de ce montant, soit fr. 57.75.

3) *Pour les cas lourds:*

Comme mentionné au point 8.4 ci-dessus, le Conseil fédéral entend faire application ici de l'article 49, 7<sup>e</sup> alinéa LAMal en ce qui concerne les tarifs arrêtés par la Direction de la santé publique et des affaires sociales pour les coûts des soins au sens du droit cantonal. En effet, alors que la différence entre le forfait du home St-Wolfgang et celui du home Humilimont est encore tolérable en ce qui concerne les cas légers (fr. 14.- par jour et par rési-

dant), voire les cas moyens (fr. 28.50 par jour et par résidant), elle ne saurait être acceptée pour les cas lourds (fr. 56.– par jour et par résidant) sans autre justification que celle donnée par le gouvernement cantonal (voir pt. 8.4 ci-dessus). Partant, il y a lieu de réduire la différence existant entre ces tarifs et de limiter environ la moitié des forfaits arrêtés dans cette catégorie par la Direction de la santé publique et des affaires sociales pour l'ensemble du coût des soins au sens du droit cantonal en retenant comme forfait maximal celui de fr. 174.– (différence par jour et par résidant ramenée à fr. 20.–).

A noter que le Conseil fédéral a conscience, en fixant ce forfait maximal à fr. 174.–, d'accepter pour les cas lourds une différence entre forfaits inférieure à celle admise pour les cas moyens. Néanmoins, il n'a pas souhaité réduire également les forfaits de cette catégorie afin de maintenir autant que faire se peut le système adopté dans le canton de Fribourg.

Dès lors, la contribution des assureurs aux frais des soins prodigués aux cas lourds dans les homes médicalisés du canton est fixée:

- à 40% du forfait journalier du coût des soins approuvé par la Direction de la Santé publique et des affaires sociales pour les homes médicalisés dont le forfait journalier par résidant est inférieur ou égal à fr. 174.–.

Ainsi, pour le home St-Wolfgang, dont le forfait journalier par résidant fixé par la Direction de la santé publique et des affaires sociales est le plus bas de sa catégorie, savoir fr. 154.–, la contribution journalière des caisses-maladie s'élève au 40% de ce montant, soit à *fr. 61.60*. Pour les homes Les Epinettes et Le Châtelet dont le forfait journalier par résidant est de fr. 174.–, la participation des caisses-maladie s'élève à *fr. 69.60*.

- à *fr. 70.–* pour tous les homes dont le forfait journalier par résidant arrêté par la Direction de la santé publique et des affaires sociales est supérieur à fr. 174.–, soit pour environ la moitié des homes concernés. Ce montant correspond au forfait maximum prévu par l'article 9a OPAS pour les cas les plus lourds à prendre en charge dans un établissement médico-social.

#### *10. Autres griefs*

Vu les considérants susmentionnés 8 et 9 ainsi que la fixation de tarifs-cadre par le Conseil fédéral, la question de savoir si, comme la pose le Conseil d'Etat, le fait de procéder par étapes pour arriver à moyen terme à la prise en charge de tous les frais de soins repose sur une base légale suffisante, peut être laissée ouverte. Il en va de même de la question de savoir si l'on peut comparer les tarifs «fribourgeois» avec ceux d'autres cantons.

## 11. Courts séjours

Dans son arrêté du 25 novembre 1996, le Conseil d'Etat a fixé un tarif pour les courts séjours identiques aux longs séjours. Aux dires de la recourante il y aurait ainsi une violation de l'article 35 PA en tant que cette décision ne serait pas motivée. De plus, cela instaurerait une nouvelle prestation à charge des assureurs-maladie sans que cela ait fait l'objet d'une telle planification.

Comme le relève l'OFAS et comme le reconnaît le Conseil d'Etat dans sa détermination du 17 février 1997, il n'y avait pas lieu de fixer un tarif propre aux courts séjours dans l'ACE du 25 novembre 1997. En effet en tant que les personnes admises en courts séjours reçoivent des soins sur mandat ou prescription médicale (art. 7, 1<sup>er</sup> alinéa OPAS) et que ces prestations entrent dans le cadre de l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS, leur prise en charge doit être identique à celles fournies lors d'un long séjour. La disposition du Conseil d'Etat sur le tarif des courts séjours est donc annulée.

## 12. Médicaments et petit matériel

Le montant du forfait fixé par le Conseil d'Etat pour la délivrance des médicaments et l'utilisation du petit matériel est identique à celui qui avait été négocié entre les parties pour 1996. La recourante prétend que ce forfait aurait dû être recalculé du moment que les coûts de certaines prestations non obligatoires selon la nouvelle législation aurait été pris en considération lors des négociations tarifaires. Ce faisant, elle conclut à la fixation d'un tarif forfaitaire par le Conseil fédéral en conformité avec la loi. L'AFIPA reconnaît que le forfait moyen d'environ fr. 8.– par jour couvre quelques prestations non obligatoires, comme par exemple le matériel d'incontinence. Toutefois, elle relève qu'il serait plus onéreux pour les assureurs-maladie de financer les médicaments facturés au prix de vente publique fixé par l'autorité compétente. Le forfait actuel serait donc un bon compromis, avantageux autant pour les assureurs que pour les institutions qui économisent de longs temps de facturation.

Les pièces au dossier ne permettent pas de se faire une idée à ce sujet et de voir si le forfait fixé par le Conseil d'Etat prend en charge uniquement les médicaments et le petit matériel qui sont considérés comme des prestations obligatoires (cf. art. 52 LAMal). Dès lors, le Conseil fédéral ne peut, comme demandé par la recourante, fixer, selon le degré de dépendance du résident, le forfait des médicaments et petit matériel, pour l'exercice 1997, calculé en fonction de la liste des spécialités (LS) et de la liste des moyens et appareils (Lima; Annexe 2 de l'OPAS).

Reste à savoir si le forfait fixé par le Conseil d'Etat doit être maintenu ou pas. Il est vrai qu'au regard de la loi, seuls les médicaments à charge de l'assurance-maladie doivent être supportés par les caisses. Toutefois, on ne saurait ignorer d'une part que pratiquement tous les médicaments et la majeure partie du petit matériel pris en charge par l'assurance obligatoire avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ont été reportés soit sur la liste des spécialités, soit sur la Lima: les quelques correctifs apportés par la nouvelle législation ne devraient ainsi pas grandement diminuer le prix du forfait querellé et pourraient peut-être même justifier une augmentation desdits forfaits par la prise en charge de nouveaux médicaments ou petits matériels. D'autre part, il est possible qu'une facturation détaillée des médicaments et du petit matériel contenu dans la LS ou la Lima soit plus onéreuse que les forfaits querellés. En effet, outre le fait que les frais administratifs sont réduits avec le système des forfaits, il n'est pas à exclure, comme le relèvent l'OFAS, l'AFIPA ainsi que la recourante, que cette solution se révèle plus avantageuse qu'une facturation de ces médicaments et petit matériel au prix de vente fixé par l'autorité compétente au sens de l'article 52 LAMal. A cela s'ajoute qu'une telle facturation à l'acte imposée à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1997 engendrerait un travail administratif énorme tant pour les homes médicalisés que pour les caisses ainsi que des coûts administratifs importants que l'on ne peut exiger en l'espèce. En effet un telle charge supplémentaire administrative et financière ne saurait être imposée aux différents partenaires sociaux vu notamment leurs efforts pour tendre à une prise en charge aussi transparente que possible des prestations de soins au sens de la LAMal.

Partant, il convient de maintenir le forfait fixé par le Conseil d'Etat pour 1997.

### *13. Frais de procédure*

...

### *14. Destinataires de la décision et publication*

Le Conseil fédéral adresse la présente décision aux destinataires du règlement attaqué, en présupant qu'ils en informeront leurs membres (art. 11, 3<sup>e</sup> al. PA). En tant qu'il modifie l'arrêté du Conseil d'Etat du 25 novembre 1996 dont il remplace les forfaits journaliers applicables aux résidents, respectivement supprime la disposition en relation avec les courts séjours, le Conseil d'Etat est par ailleurs invité à publier le dispositif de la présente décision dans la Feuille d'avis officielle cantonale.

## **Pflegeheimtarife im vertragslosen Zustand**

### **KV 28 Entscheid des Bundesrates vom 9. März 1998 in Sachen Zürcher Krankenversicherer und Leistungserbringer gegen Regierungsrat des Kantons Zürich**

**Solange der Bundesrat die nötigen Bestimmungen zur Einführung der Kostenstellenrechnung und der Leistungsstatistik nicht erlassen hat, sind die Pflegeheime noch nicht verpflichtet, nach einheitlicher Methode ihre Kosten zu ermitteln und ihre Leistungen zu erfassen. Derweil bedarf es einer Übergangslösung. Erläuterung dieser Übergangslösung (Erw. II. 5.2–5.4).**

**Auch in der Übergangszeit müssen die Kosten der Pflegeheime ausgewiesen werden, soweit sie auf die Pflegepauschalen angerechnet werden. Dieser Nachweis obliegt den Pflegeheimen. Darum müssen sie bereits heute eine transparente Rechnung vorlegen, aus der die Kosten der von den Kassen zu vergütenden Pflichtleistungen ersichtlich sind. Der Tarifberechnung müssen Unterlagen zugrunde gelegt werden, welche eine transparente Ausscheidung dieser Kosten von den übrigen Kosten («Zuwendung» und Hotelkosten) ermöglichen (Erw. II. 5.5).**

**Gemäss Artikel 50 KVG können Versicherer mit Pflegeheimen pauschale Vergütungen vereinbaren. Wie bei den Spitälern sind dabei aber grundsätzlich die anrechenbaren Kosten des Pflegeheims gemeint, für welches konkret ein Tarif festgesetzt wird. Gegen einen einheitlichen Tarif für verschiedene Pflegeheime spricht, dass auch bei Pflegeheimen Betriebsvergleiche durchgeführt werden können und der Tarif eines deutlich über den Kosten vergleichbarer Pflegeheime liegenden Heims reduziert werden kann (Art. 50 KVG in Verbindung mit Art. 49 Abs. 7 KVG). Die Pflicht, dem tatsächlichen Pflegeaufwand Rechnung zu tragen, schliesst eine gewisse Pauschalierung nicht aus; Ausnahmen sind allerdings nur dort zulässig, wo Pflegeheime bei entsprechender Struktur vergleichbare Kosten aufweisen. Soweit dies der Fall ist, dürfen daher gemeinsame Pauschalen festgesetzt werden und sogenannte Gruppentaxen verstossen nicht gegen Artikel 50 KVG (Erw. II. 6.1).**

**Les établissements médico-sociaux (EMS) ne sont pas tenus de calculer leurs coûts et de classer leurs prestations selon une méthode uniforme tant que le Conseil fédéral n'aura pas édicté les dispositions d'exécution concernant la comptabilité analytique et la statistique des prestations. Nécessité d'une solution transitoire. Explication de cette solution (cons. II. 5.2–5.4).**

**Les coûts des EMS doivent se justifier également pendant la période transitoire dans la mesure où ils sont imputés sur les forfaits pour soins. Cette preuve incombe aux EMS. Ceux-ci doivent partant présenter déjà maintenant des comptes transparents d'où ressortent les coûts des prestations obligatoires à la charge des assureurs. Le calcul du tarif doit se fonder sur des pièces permettant de séparer clairement ces coûts des autres coûts (relations sociales et frais hôteliers) (cons. II. 5.5).**

**Selon l'article 50 LAMal, les assureurs peuvent convenir avec les EMS de rémunération forfaitaire. Néanmoins, comme pour les hôpitaux, il doit s'agir en principe de coûts imputables de l'EMS pour lequel un tarif a été concrètement établi. Contre l'établissement d'un tarif uniforme pour différents EMS plaide le fait que des comparaisons des frais d'exploitation peuvent aussi être effectuées entre EMS et que le tarif d'un EMS peut être réduit s'il se situe nettement en dessus des coûts d'EMS comparables (art. 50 LAMal en relation avec l'art. 49 al. 7 LAMal). L'obligation de tenir compte des dépenses effectives liées aux soins n'exclut pas une certaine uniformisation des tarifs; des exceptions sont admises seulement pour les EMS ayant des coûts comparables en raison d'une structure correspondante. Si c'est le cas, on peut fixer des forfaits communs et ces taxes dites de groupe ne sont pas contraires à l'article 50 LAMal (cons. II. 6.1).**

**Le case di cura non sono tenute a calcolare i propri costi e a registrare le proprie prestazioni secondo un metodo uniforme finché il Consiglio federale non avrà emanato le disposizioni esecutive concernenti la contabilità analitica e la statistica delle prestazioni. Necessità di una soluzione transitoria. Spiegazione di questa soluzione (cons. II. 5.2-5.4).**

**I costi delle case di cura devono pure essere giustificati durante il periodo transitorio in quanto computati nei forfait per le cure. Questa prova compete alle case di cura. Queste ultime devono quindi già attualmente presentare dei conti trasparenti dai quali risultino i costi delle prestazioni obbligatorie a carico degli assicuratori. Il calcolo della tariffa deve basarsi su una documentazione che permetta di separare chiaramente questi costi dagli altri costi (relazioni sociali e spese di pensione) (cons. II. 5.5).**

**Secondo l'articolo 50 LAMal gli assicuratori possono convenire con le case di cura remunerazioni forfettarie. Nondimeno, come per gli ospedali, deve trattarsi per principio dei costi fatturabili della casa di cura per la quale una tariffa è effettivamente stabilita. Contro l'approntamento di una tariffa uniforme per diverse case di cura va rilevato il fatto che paragoni delle gestioni possono parimenti essere effettuate tra case di cura e che la tariffa di una casa di cura può essere ridotta se risulta sensibilmente superiore ai costi delle case di cura comparabili (art. 50 LAMal in relazione con l'art. 49 cpv. 7 LAMal).**

**L'obbligo di considerare le spese effettive relative alle cure non escluse di una certa uniformazione delle tariffe; eccezioni sono ammesse solo per le case di cura con costi comparabili in ragione di una struttura corrispondente. In questi casi si possono quindi stabilire forfait comuni e queste tasse, dette di gruppo, non sono contrarie all'articolo 50 LAMal (cons. II. 6.1).**

I.

#### Übersicht – *Condensé*

Die Pflegeheimtarife im Kanton Zürich waren im Jahre 1996 vertraglich geregelt. Die verschiedenen Verträge liefen aus oder wurden aufgekündigt, ohne dass für das Jahr 1997 eine neue Vereinbarung zustande kam. Daraufhin erliess der Regierungsrat am 2. Oktober 1996 einen Tarif für die Dauer des vertragslosen Zustands. Für die Alters- und Pflegeheime legte er Teilpauschalen für vier verschiedene Pflegekategorien nach BESA-Stufen<sup>1</sup> fest: Stufe 1/Fr. 10.–, Stufe 2/Fr. 20.–, Stufe 3/Fr. 50.– und Stufe 4/Fr. 70.– pro Pfl egetag, exklusive Kosten für Arzt, Therapie und Medikamente. Für die Krankenhäuser und Krankenheimabteilungen von Spitälern legte er eine Vollpauschale von Fr. 85.– pro Pfl egetag fest, Kosten für Arzt, Therapie und Medikamente mit eingeschlossen.

Der Verband Zürcher Krankenhäuser, die Stadt Zürich und Winterthur sowie der Heimverband Schweiz verlangen mit ihren Beschwerden eine massive Erhöhung dieser Pauschalen, weil sie nicht kostendeckend seien. Die Krankenversicherer fordern hingegen tiefere Pauschalen, weil diejenigen des Regierungsrates auch Leistungen berücksichtigen würden, die nicht kassenpflichtig seien.

*Les tarifs des établissements médico-sociaux dans le canton de Zurich étaient réglés par convention en 1996. Les diverses conventions vinrent à expiration ou furent dénoncées sans qu'un accord fût conclu pour l'année 1997. Le 2 octobre 1996, le gouvernement a édicté un tarif pour la durée de l'absence de convention tarifaire. S'agissant des homes pour personnes âgées et des établissements médico-sociaux, il a fixé des forfaits partiels relatifs à 4 catégories différentes de soins selon le système dit BESA<sup>1</sup>: 1<sup>er</sup> niveau/10 fr. par jour de soin, 2<sup>e</sup> niveau/20 fr., 3<sup>e</sup> niveau/50 fr. et 4<sup>e</sup> niveau/70 fr., frais de médecin, de thérapie et de médicaments non compris. Pour ce qui est des autres institutions et des divisions hospitalières fournissant des soins de ce genre, il a fixé un forfait*

<sup>1</sup> Pflegestufen gemäss BESA-Punkten (Bewohnerinnen-Einstufungs- und -Abrechnungssystem; Ausgabe 1995)

*complet de 85 fr. par jour de soins, y compris les frais de médecin, de thérapie et des médicaments.*

*L'Association des hôpitaux zurichois, la ville de Zurich, celle de Winterthur et l'Association des homes suisses réclament dans leur recours une augmentation importante de ces forfaits, au motif qu'ils ne couvriraient pas les frais. Les assureurs-maladie par contre exigent des forfaits plus bas: en effet, ceux-ci, tels que fixés par le Conseil d'Etat, comprendraient des prestations qui ne devraient pas être couvertes.*

## II.

Der Bundesrat hat aus folgenden Erwägungen die Beschwerde des Verbandes Zürcher Krankenversicherer teilweise gutgeheissen und die Beschwerden des Verbandes Zürcher Krankenhäuser, der Städte Zürich und Winterthur sowie des Heimverbandes Schweiz abgewiesen:

...

3. Die obligatorische Krankenpflegeversicherung als Hauptbestandteil der sozialen Krankenversicherung (Art. 1 Abs. 1 KVG; Grundversicherung) übernimmt nach Artikel 24 KVG die Kosten für die Leistungen gemäss den Artikeln 25–31 nach Massgabe der in den Artikeln 32–34 festgelegten Voraussetzungen.

Die Grundversicherung übernimmt die Kosten für Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen. Diese umfassen die von Ärzten oder Ärztinnen, Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen sowie von Personen, die auf Anordnung der ersteren Leistungen erbringen, durchgeführten Untersuchungen, Behandlungen und Pflegemassnahmen, welche ambulant, bei Hausbesuchen, stationär, teilstationär oder in einem Pflegeheim erbracht werden können (Art. 25 Abs. 1 u. Abs. 2 Bst. a KVG). Dazu kommen noch die ärztlich oder unter den vom Bundesrat bestimmten Voraussetzungen von Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen verordneten Analysen, Arzneimittel und der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände (Art. 25 Abs. 2 Bst. b KVG) sowie die Leistungen gemäss Artikel 25 Absatz 2 Buchstaben c–g KVG.

Beim Aufenthalt in einem Pflegeheim (Art. 39 Abs. 3 KVG) haben die Versicherer nach Artikel 50 KVG die gleichen Leistungen zu vergüten wie bei ambulanter Krankenpflege und bei Krankenpflege zu Hause (Spitex). Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass die sogenannten Pensionskosten (Kosten für Aufenthalt und Verpflegung, wozu auch das Servieren des Essens gehört) keine Pflichtleistungen darstellen und somit nicht zu Lasten

der Krankenpflegeversicherung gehen (s. Botschaft des Bundesrates v. 6.11.1991 über die Revision der Krankenversicherung, S. 127 u. 187).

Die Umschreibung der von den Versicherern zu übernehmenden Leistungen (Leistungsbereich) findet sich in Artikel 7 KLV und ist abschliessend; nur diese direkt den Patienten und Patientinnen erbrachten Leistungen stellen Pflichtleistungen der Kassen dar.

Der Bundesrat hat ferner am 17. September 1997 mit Inkrafttreten am 18. September 1997 eine Änderung der KVV verabschiedet, wonach das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) die Kompetenz erhält, bei ungenügenden Kostenberechnungen Rahmentarife für Pflegeleistungen festzulegen (Art. 59a KVV). Gestützt auf diese Kompetenznorm hat das EDI gleichentags Artikel 9a KLV erlassen, mit welchem für die Zeit, solange die Leistungserbringer nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c KLV nicht über eine einheitliche Kostenstellenrechnung (Art. 49 Abs. 6 und Art. 50 KVG) verfügen, Rahmentarife pro Tag festgesetzt werden. Für die Pflegeheime gelten demnach ab 1. Januar 1998 folgende Rahmentarife: 1. Pflegebedarfsstufe: 10–20 Fr. pro Tag; 2. Stufe: 15–40 Fr. pro Tag; 3. Stufe: 30–60 Fr. pro Tag; 4. Stufe: 40–70 Fr. pro Tag. Diese Pauschalen decken nur die Leistungen nach Artikel 7 Absatz 2 KLV, während die übrigen Pflichtleistungen separat verrechnet werden können.

Die Aussage, in Pflegeheimen einerseits sowie bei ambulanter Pflege und Spitex andererseits seien von den Versicherern – inhaltlich – die gleichen Leistungen zu vergüten, bedeutet aber nicht Kostenidentität; solche Preisvergleiche erlauben für sich allein noch keine schlüssige Aussage über die Höhe der Pflegeheimpauschalen.

3.1 Tarife und Preise – mithin auch jene betreffend die Pflegeheime – werden in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Art. 46 KVG; Tarifverträge) vereinbart oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt (Art. 47 KVG); dabei ist auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife zu achten (Art. 43 Abs. 4 KVG).

Die Vertragspartner und die zuständigen Behörden haben darauf zu achten, dass eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten erreicht wird (Art. 43 Abs. 6 KVG).

3.2 Kommt zwischen den Parteien kein Vertrag zustande oder wird ein bestehender Vertrag gekündigt (vertragsloser Zustand), so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 1

KVG). Dabei besteht die Möglichkeit, den bestehenden Vertrag um ein Jahr zu verlängern (Art. 47 Abs. 3 KVG). Beim Entscheid, selbst einen Tarif festzusetzen oder den bestehenden Vertrag um ein Jahr zu verlängern, verfügen die Kantonsregierungen gemäss Artikel 47 KVG über ein Auswahlermessen; ihr Ermessensspielraum ist nach herrschender Praxis weit. Dass der Regierungsrat in Anbetracht der zeitlichen Befristung bzw. der Kündigung der früheren Verträge von einer Vertragsverlängerung absah und einen Tarif im vertragslosen Zustand erliess, verletzt daher kein Bundesrecht und erscheint auch nicht als unangemessen.

Die Bestimmung, wonach die Kantonsregierung bei der Genehmigung von Tarifverträgen zu prüfen hat, ob diese mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang stehen (Art. 46 Abs. 4 KVG), gilt ohne weiteres auch bei der Tariffestsetzung im vertragslosen Zustand nach Artikel 47 KVG (*Alfred Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel und Frankfurt am Main 1996, S. 79*). Die Behörde darf und soll dabei durchaus einen strengen Massstab anlegen, geht es doch darum, dem in Artikel 43 Absatz 6 KVG genannten Ziel nachzukommen (BBl 1992 I 180).

4. Gemäss Artikel 43 Absatz 1 KVG erstellen die Leistungserbringer ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen. Gemäss Absatz 2 ist der Tarif eine Grundlage für die Berechnung der Vergütung. Er kann namentlich:

- a. auf den benötigten Zeitaufwand abstellen (Zeittarif);
- b. für die einzelnen Leistungen Taxpunkte festlegen und den Taxpunktwert bestimmen (Einzelleistungstarif);
- c. pauschale Vergütungen vorsehen (Pauschaltarif);
- d. zur Sicherung der Qualität die Vergütung bestimmter Leistungen ausnahmsweise von Bedingungen abhängig machen, welche über die Voraussetzungen nach den Artikeln 36–40 hinausgehen, wie namentlich vom Vorliegen der notwendigen Infrastruktur und der notwendigen Aus-, Weiter- oder Fortbildung eines Leistungserbringers (Tarifausschluss).

Einzelleistungstarife müssen auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen (Art. 43 Abs. 5 KVG).

Im vorliegenden Fall gelten für die Betriebe mit Leistungserfassungssystemen Teilpauschalen, die nach den vier BESA-Stufen<sup>2</sup> gestaffelt sind;

---

<sup>2</sup> Pflegestufen gemäss BESA-Punkten (Bewohnerinnen-Einstufungs- und -Abrechnungssystem; Ausgabe 1995)

zusätzlich verrechenbar sind Arztleistungen, Therapieleistungen und Medikamente. Für die anderen Betriebe gilt eine Vollpauschale.

5.1 Nach Artikel 49 Absatz 6 KVG ermitteln die Spitäler ihre Kosten und erfassen ihre Leistungen nach einheitlicher Methode; sie führen hierzu eine Kostenstellenrechnung und eine Leistungsstatistik. Nach Artikel 49 Absatz 7 KVG ordnen die Kantonsregierung und, wenn nötig, der Bundesrat Betriebsvergleiche zwischen Spitälern an. Ergibt der Betriebsvergleich, dass die Kosten eines Spitals deutlich über den Kosten vergleichbarer Spitäler liegen, oder sind die Unterlagen eines Spitals ungenügend, so können die Versicherer den Vertrag nach Artikel 46 Absatz 4 KVG kündigen oder der Genehmigungsbehörde beantragen, den Tarif auf das richtige Mass zurückzuführen. Eine transparente und objektiv nachvollziehbare Tarifgestaltung setzt indes aussagekräftige Unterlagen voraus; nur so lässt sich die vom KVG angestrebte Kostendämpfung verwirklichen. Diese beiden Bestimmungen finden gemäss Artikel 50 KVG sinngemäss auch auf die Pflegeheime Anwendung.

5.2 Gemäss Artikel 9 der Verordnung vom 12. April 1995 über die Inkraftsetzung und Einführung des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.101) hat die Vereinigung Schweizerischer Krankenhäuser H+ dem BSV im Dezember 1996 ihren gemeinsamen Vorschlag über die Kostenstellenrechnung der Spitäler und Pflegeheime und die Leistungsstatistik eingereicht. In der Folge wurde eine Arbeitsgruppe mit Vertretern der Spitäler, der Kantone, der Versicherer sowie anderer interessierter Organisationen damit beauftragt, ein Modell für die Kostenstellenrechnung und die Leistungsstatistik zu erarbeiten. Der Erlass der nötigen Bestimmungen durch den Bundesrat steht noch aus.

5.3 Es trifft daher zu, dass die Pflegeheime von Bundesrechts wegen zur Zeit noch nicht verpflichtet sind, ihre Kosten und Leistungen nach einheitlicher Methode zu ermitteln beziehungsweise zu erfassen.

Wie die Tarife in der Übergangszeit festzusetzen sind, ist strittig. Auf der einen Seite wird die Ansicht vertreten, es sei von jeder Erhöhung der Pauschalen abzusehen, bis die Transparenz im Sinne des KVG und des PüG erreicht sei. Dies liefe indes auf einen Tarifstopp hinaus, was in jenen Fällen unverhältnismässig wäre, in denen die Pflegeheime Kostentransparenz bieten, auch wenn diese noch nicht den vom KVG geforderten Grad erreicht. In diesem Sinne hat der Bundesrat hinsichtlich der Spitaltarife entschieden, dass von den Spitälern zur Zeit kein strikter Nachweis der Kosten im Sinne von Artikel 49 Absatz 6 KVG verlangt werden kann, was sinngemäss auch auf die Pflegeheime zutrifft (Entscheid des Bundesrates vom 15. Dezember 1997).

Umgekehrt heisst dies aber nicht, dass Tariferhöhungen bewilligt werden können, bis die einheitlichen Instrumente vorliegen, ohne dass die anrechenbaren Kosten ausgewiesen werden müssen.

5.4 Solange von den Pflegeheimen die Kostenstellenrechnung und die Leistungsstatistik im Sinne von Artikel 49 Absatz 6 KVG nicht verlangt werden können, bedarf es daher einer Übergangslösung, die zwischen den gegenläufigen Interessen vermittelt. Eine solche Lösung orientiert sich zweckmässigerweise am Grundsatz, dass die Annäherung der Tarife an die maximale Kostendeckung von 100% der anrechenbaren Kosten von Pflichtleistungen einerseits und die Anforderungen an den Nachweis der Kosten andererseits im Gleichschritt steigen müssen. Eine volle Kostendeckung von 100% der Pflichtleistungen lässt sich demgemäss nur und erst dann rechtfertigen, wenn praktisch volle Kostentransparenz besteht. Was volle Kostentransparenz bedeutet, ist durch Auslegung von Artikel 50 KVG zu gewinnen. Diese Lösung berücksichtigt sowohl die Interessen der Pflegeheime und ihrer Träger als auch die Interessen der Krankenversicherer und der Versicherten, weil sie die Tarife nur insoweit begrenzt, als Kostentransparenz nicht besteht.

Bei dieser Übergangslösung handelt es sich nicht um ein Rechnungsmodell, aufgrund dessen mathematisch genau ein Tarif berechnet werden könnte. Vielmehr geht es darum, die verfügbaren Unterlagen zu bewerten und dabei abzuschätzen, wo sie Kostentransparenz bieten und wo noch Lücken bestehen.

5.5 Daraus folgt, dass auch in der Übergangszeit die Kosten der Pflegeheime ausgewiesen werden müssen, soweit sie auf die Pflegepauschalen angerechnet werden. Dass dieser Nachweis den Pflegeheimen obliegt, folgt aus der allgemeinen Beweislastregel, wonach die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat, wer aus den behaupteten und unbewiesen gebliebenen Tatsachen hätte Rechte ableiten können (*Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 280 ff.).

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass im jetzigen Zeitpunkt, das heisst solange dieses Modell für die Kostenstellenrechnung und die Leistungsstatistik noch nicht vorliegt, bei der Beurteilung von Tarifen noch kein den Bestimmungen des neuen KVG vollumfänglich entsprechender Nachweis verlangt werden kann. Dennoch müssen die Pflegeheime bereits heute eine transparente Rechnung vorlegen, aus der die Kosten der von den Kassen zu vergütenden Pflichtleistungen ersichtlich sind. Der Tarifberechnung müssen daher Unterlagen zugrunde gelegt werden, welche eine transparente Ausscheidung dieser Kosten von den übrigen Kosten («Zuwendung» und Hotelkosten) ermöglichen.

6. Aus dem Grundsatz, dass die Pflegeheimtarife dem tatsächlichen Pflegeaufwand Rechnung tragen müssen, ergibt sich, dass bei der Tarifgestaltung dem Aufwand der einzelnen Heime Rechnung zu tragen ist.

6.1 Gemäss Artikel 50 KVG können Versicherer mit Pflegeheimen pauschale Vergütungen vereinbaren; wie bei den Spitälern (Art. 49 Abs. 1 KVG) sind dabei aber grundsätzlich die anrechenbaren Kosten des Pflegeheims gemeint, für welches konkret ein Tarif festgesetzt wird. Gegen einen einheitlichen Tarif spricht, dass auch bei Pflegeheimen Betriebsvergleiche durchgeführt werden können und der Tarif eines deutlich über den Kosten vergleichbarer Pflegeheime liegenden Heims reduziert werden kann (Art. 50 KVG in Verbindung mit Art. 49 Abs. 7 KVG).

Wie der Bundesrat in seiner Entscheid vom 15. Dezember 1997 festgehalten hat, schliesst die Pflicht, dem tatsächlichen Pflegeaufwand Rechnung zu tragen, eine gewisse Pauschalierung nicht aus; Ausnahmen sind allerdings nur dort zulässig, wo Pflegeheime bei entsprechender Struktur vergleichbare Kosten aufweisen. Soweit dies der Fall ist, dürfen daher gemeinsame Pauschalen festgesetzt werden und verstossen sogenannte Gruppentaxen nicht gegen Artikel 50 KVG.

6.2 Der Regierungsrat hat für die Leistungen in Alters- und Pflegeheimen Teilpauschalen und für diejenigen in Krankenheimen und Krankenheimabteilungen Vollpauschalen erlassen. Pauschalierungen haben den Nachteil einer gewissen Unschärfe, weil für Patientinnen und Patienten mit unterschiedlichem Pflegebedarf innerhalb der einzelnen Pflegestufen schematisiert dieselben Beiträge zu entrichten sind. Vorteilhaft ist andererseits, dass sie den administrativen Aufwand ganz erheblich vereinfachen, was gerade für eine nur beschränkte Zeitspanne geltende Regelung besonders ins Gewicht fällt.

Der Bundesrat verzichtet daher auf eine Rückweisung zwecks Erlasses differenzierter Taxen und akzeptiert im Sinne einer zeitlich begrenzten Übergangslösung einen für alle Heime einheitlichen Tarif.

7. Dabei hat der Bundesrat als erstes die Transparenz der vorgelegten Berechnungsgrundlagen zu prüfen.

7.1 Einerseits hat der Regierungsrat für die Beiträge der Krankenversicherer Teilpauschalen für verschiedene Pflegekategorien, abgestuft nach vier BESA-Stufen, festgelegt. Diese kommen in den Alters- und Pflegeheimen zur Anwendung. Die Daten und Erhebungen, welche er diesen Beiträgen zugrunde gelegt hat, entsprechen nach Auffassung aller am Verfahren Beteiligten – insbesondere auch derjenigen der Fachstelle des Bundes –

nicht der vom KVG verlangten einheitlichen Berechnungsmethode. Diese Auffassung teilt auch der Bundesrat. Tatsächlich lässt sich der effektive Pflegeaufwand noch nicht präzise bemessen.

Immerhin konnte sich der Regierungsrat auf verschiedene Erhebungen stützen, welche auf genügend transparenten Berechnungsmodellen beruhen. Das Taxmodell stellt nicht ausschliesslich auf die durchschnittlichen Kosten der Pflegeheime ab, sondern trägt auch dem unterschiedlichen Pflegeaufwand Rechnung. Die Kosten für den tatsächlichen Pflegeaufwand sind ausgewiesen und liegen viel höher als die festgelegten Pauschalen. Damit steht einerseits fest, dass den Krankenversicherern mit Bestimmtheit insofern keine Nachteile erwachsen, als dass sie mehr Kosten zu tragen hätten als bei einer KVG-konformen Ermittlung. Andererseits wird mit den tieferen Pauschalen dem Einwand Rechnung getragen, dass nicht alle Leistungen kassenpflichtig seien.

Weiter liegen die Teilpauschalen nicht nur im Rahmen der Beiträge, welche – zum Teil aufgrund von Beschwerdeentscheiden des Bundesrates (BRB vom 15.12.1997 i. S. SO; BRB vom 28.1.1998 i. S. FR<sup>3</sup>) – in anderen Kantonen von den Krankenversicherern auszurichten sind, sondern finden auch eine Bestätigung in den vom EDI im vorne zitierten Artikel 9a KLV festgelegten Rahmen (Pflegebedarfsstufe 1: 10–20 Franken; Pflegebedarfsstufe 2: 15–40 Franken; Pflegebedarfsstufe 3: 30–60 Franken; Pflegebedarfsstufe 4: 40–70 Franken). Die vom Regierungsrat festgelegten Tagesansätze bewegen sich in den angegebenen Bereichen. Zwar ist die erwähnte Verordnungsbestimmung erst am 1. Januar 1998 in Kraft getreten und kann deshalb formell nicht rückwirkend für das Jahr 1997 zur Anwendung gelangen. Immerhin bestimmt Artikel 9a KLV einen Rahmen, welchen es inskünftig zu beachten gilt. Dieser wurde unter Mitwirkung aller beteiligten Interessengruppen in der Annahme festgesetzt, dass damit die Kosten der Leistungen nach Artikel 7 Absatz 2 KLV infolge der noch mangelhaften Kostentransparenz nicht voll abgegolten werden sollen. Der Bundesrat geht deshalb davon aus, dass Tarife, welche sich innerhalb der vom EDI in Artikel 9a KLV festgelegten Grenzen bewegen, eine gewisse Sicherheitsmarge enthalten, welche es in bestimmtem Umfang erlaubt, allfällige Fehler wegen der noch nicht genügend transparenten Berechnungsgrundlagen aufzufangen.

In diesem Sinne wird den Einwänden des Verbandes Zürcher Krankenversicherer hinreichend Rechnung getragen. Es besteht kein Grund, die Teilpauschalen herabzusetzen. Auf der anderen Seite führen aber auch die

---

<sup>3</sup> siehe Nr. KV 27 (1998) dieser Sammlung

vom Verband Zürcher Krankenhäuser, den Städten Zürich und Winterthur und dem Heimverband Schweiz gerügten, zum Teil begründeten Mängel nicht zu einer Heraufsetzung der Rahmentarife. Aus all diesen Gründen erachtet der Bundesrat die vom Regierungsrat festgelegten Teilpauschalen als mit dem Bundesrecht vereinbar.

7.2 Andererseits hat der Regierungsrat für die Beiträge der Krankenversicherer dort eine Vollpauschale von 85 Franken festgelegt, wo nicht nach Pflegekategorien abgestuft wird. Die Vollpauschale kommt in den Krankenheimen und Krankenheimabteilungen der Spitäler zur Anwendung. Gegen die Berechnungsgrundlagen der Vollpauschale werden weitgehend dieselben Einwände vorgebracht wie gegenüber den Teilpauschalen. Mit der «Taxberechnung Krankenhäuser 1997» liegt auch der Vollpauschale ein hinreichend transparentes Berechnungsmodell vor. Zudem hat der Regierungsrat Leistungserbringer mit extremen Kostenwerten, sogenannte «Ausreisser», bei der Berechnung ebenso weggelassen wie diejenigen, welche mehr als 15% vom Durchschnitt – nach oben oder nach unten – abweichen.

Der Verband Zürcher Krankenversicherer macht aber geltend, die Vollpauschalen seien auch im Vergleich zu den Teilpauschalen viel zu hoch. Der Betrag von 85 Franken entspricht in der Tat der BESA-Stufe 4 (70 Fr. Pflege und 15 Fr. Arzt-, Therapie- und Medikamentenkosten). Zwar lässt sich der Kanton darauf behaften, dass Institutionen, welche die Vollpauschale verrechneten, nur Patienten und Patientinnen der BESA-Stufen 3 und 4 aufnehmen dürften. Der Bundesrat erachtet den Betrag von 85 Franken aber dennoch als zu hoch. Er legt diesen bei 75 Franken fest, mithin dem Mittel der BESA-Stufe 3 (50 Fr.) und der BESA-Stufe 4 (70 Fr.), also 60 Franken plus 15 Franken für Arzt-, Therapie- und Medikamentenkosten. Dieser Mittelwert trägt dem Umstand Rechnung, dass nicht ausschliesslich Patientinnen und Patienten der BESA-Stufe 4 behandelt werden, und erlaubt dennoch eine einheitliche Abrechnung. Diese Reduktion lässt einstweilen auch die Anwendung der Taxen auf Ferienpatienten und auf die Tagesheime als angemessen erscheinen.

7.3 Der Verband Zürcher Krankenversicherer macht weiter geltend, die Tarife seien nicht mit den Tarifordnungen der anderen Sozialversicherungen (Art. 43 Abs. 7 KVG) koordiniert. Der Bundesrat hat mit dem Erlass von Artikel 122 KVV die Frage einer möglichen Übererschädigung geregelt. Die Verordnungsbestimmung geht davon aus, dass Übererschädigungen im Einzelfall, also individuell, Rechnung zu tragen ist. Wird einer allfälligen Übererschädigung beim Erlass von Tarifen Rechnung getragen,

würden diese verfälscht, weil Überentschädigungen nicht im voraus erkennbar sind.

7.4 Bereits in der Zwischenverfügung des EJPD (Ziff. 8) wurde festgestellt, dass hinsichtlich der weiteren Modalitäten (Kostengutsprache, Rechnungsstellung usw.) Einigkeit besteht und sich auch eine Festsetzung der Pflegestufen nach dem BAK-Punkte-System<sup>4</sup> erübrigt. Der Bundesrat bestimmt deshalb, dass sich diese Modalitäten nach den Bestimmungen der gekündigten oder ausgelaufenen Verträge richtet.

8. Die Beschwerde des Verbandes Zürcher Krankenversicherer wird daher im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und die Vollpauschale auf 75 Franken festgesetzt. Zudem wird festgelegt, dass diese Vollpauschale nur für Patientinnen und Patienten der BESA-Stufen 3 und 4 zur Anwendung gelangen darf. Im übrigen wird der angefochtene Tarif bestätigt.

Mit dem vorliegenden Entscheid fällt die Zwischenverfügung des EJPD vom 18. Dezember 1996 rückwirkend dahin. Die Berechtigten können ab dem 1. Januar 1997 die Tariffdifferenz soweit nachfordern, als die neuen Pauschalen von den in der Zwischenverfügung festgesetzten Pauschalen abweichen (RKUV 6/1997, S. 371 ff.).

9. Der Regierungsrat wird ersucht, die neue Vollpauschale im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen, weil diese die von ihm publizierte höhere regierungsrätliche Vollpauschale ersetzt.

---

<sup>4</sup> BAK-Punkte-System (Bewohner-Arbeit-Kosten; Ausgabe 1986)

## **Einzelleistungstarif: Festsetzung des Taxpunkt- wertes auf kantonaler Ebene im vertragslosen Zustand nach der Genehmigung einer gesamt- schweizerischen einheitlichen Tarifstruktur durch den Bundesrat**

KV 29 Entscheid des Bundesrates vom 16. März 1998  
in Sachen Schweizerischer Hebammenverband,  
Sektion beider Basel, und Kantonalverband  
Baselstädtischer Krankenversicherer  
gegen Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

**Der Taxpunktwert ist ein Bestandteil des Tarifgefüges. Der Streit darüber betrifft damit nicht die Anwendung des Tarifs im Einzelfall, sondern den Tarif als Ganzes. Infolgedessen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig (Erw. II. 1.1).**

**Begriff des Einzelleistungstarifs (Erw. II. 5.1).**

**Das Rechnungsmodell des gesamtschweizerischen Tarifvertrages und seine Funktion bei der Festsetzung kantonaler Taxpunktwerte (Erw. II. 5.2 und II. 6).**

**Die Ermittlung des kantonalen Referenzeinkommens für freipraktizierende Hebammen bei der Festsetzung des kantonalen Taxpunkt-  
werts (Erw. II. 7 und II. 8).**

**La valeur du point est l'une des composantes du tarif. Le litige y afférent ne porte donc pas sur l'application du tarif dans un cas concret mais sur le tarif lui-même. Le recours de droit administratif est par conséquent exclu (cons. II. 1.1).**

**Définition du tarif à la prestation (cons. II. 5.1).**

**Modèle de calcul de la convention tarifaire nationale et son rôle lors de la fixation des valeurs du point cantonales (cons. II. 5.2 et II. 6).**

**Détermination du revenu cantonal de référence pour les sages-femmes indépendantes lors de la fixation de la valeur du point cantonale (cons. II. 7 e II. 8).**

**Il valore del punto è una delle componenti della tariffa. La lite ivi affe-  
rente non verte quindi sull'applicazione della tariffa in un caso con-  
creto ma sulla tariffa come tale. Il ricorso di diritto amministrativo è  
conseguentemente inammissibile (cons. II. 1.1).**

**Definizione della tariffa per singola prestazione (cons. II. 5.1).**

**Modello di calcolo della convenzione tariffale nazionale e sua funzione in esito alla determinazione dei valori del punto cantonali (cons. II. 5.2 e II. 6).**

**Delineazione del reddito cantonale di riferimento per le levatrici indipendenti in esito alla determinazione del valore del punto cantonale (cons. II. 7 e II. 8).**

I.

Übersicht – *Condensé*

Am 28. Dezember 1995 schlossen der Schweizerische Hebammenverband (SHV) und das Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer (KSK) einen gesamtschweizerischen Vertrag ab, in welchem die Tarife für die Leistungen selbständig tätiger Hebammen einheitlich festgelegt wurden. Über die Höhe des Taxpunktwertes konnte jedoch gesamtschweizerisch keine Einigung erzielt werden. Da sich die Vertragspartner auch auf kantonaler Ebene nicht einigen konnten, setzte der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt den Taxpunktwert auf 1 Franken fest.

In ihren Beschwerden an den Bundesrat verlangte die Sektion beider Basel des Schweizerischen Hebammenverbandes, der Taxpunktwert sei auf Fr. 1.25 festzusetzen, währenddem der Verband der Krankenversicherer eine Reduktion dieses Wertes auf 90 Rappen beantragte.

*Le 28 décembre 1995, l'Association suisse des sages-femmes (ASSF/SHV) et le Concordat des assureurs-maladie (CAMS/KSK) ont conclu une convention au plan fédéral établissant une nouvelle structure tarifaire uniforme pour les prestations des sages-femmes indépendantes. Les partenaires n'ont toutefois pas pu s'entendre sur une valeur du point au plan suisse. En l'absence d'accord au plan cantonal également, le gouvernement du canton de Bâle-Ville a donc fixé cette valeur à fr. 1.–.*

*Dans leurs recours respectifs au Conseil fédéral, la section des deux Bâle de l'Association suisse des sages-femmes demande à ce que la valeur du point soit fixée à fr. 1.25 alors que les assureurs-maladie concluent à une réduction de cette valeur à 90 centimes.*

II.

Der Bundesrat hat aus folgenden Erwägungen die Beschwerde des Schweizerischen Hebammenverbandes, Sektion beider Basel, teilweise gutgeheissen und die Beschwerde des Kantonalverbandes Baselstädtischer Krankenversicherer abgewiesen:

1.1 Gemäss Artikel 128 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Bundesrechtspflegegesetz (OG), SR 173.110) beurteilt das Eidgenössische Versicherungsgericht letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Artikel 97, 98 Buchstaben b–h und 98a OG auf dem Gebiete der Sozialversicherung, sofern nicht eine der in Artikel 129 OG vorgesehenen Ausnahmen vorliegt (Generalklausel mit abschliessender Enumeration der Ausnahmen).

Nach Artikel 53 Absatz 1 KVG in Verbindung mit Artikel 129 Buchstaben a und b OG und Artikel 73 Absatz 1 Buchstabe c VwVG kann gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen und gegen kantonale Erlasse, welche in Anwendung der Artikel 39, 45, 46 Absatz 4, 47, 48 Absätze 1–3, 49 Absatz 7, 51, 54 und 55 KVG getroffen wurden, beim Bundesrat Beschwerde erhoben werden. In die Zuständigkeit des Bundesrates fallen namentlich Verfügungen über Tarife (Art. 129 Abs. 1 Bst. b OG).

Im vorliegenden Fall ist der vom Regierungsrat festgesetzte Taxpunktwert strittig. Der Taxpunktwert ist ein Faktor zur Bestimmung des Tarifs für die Leistungen der Hebammen im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und damit Bestandteil des Tarifgefüges. Insoweit liegt eine Tarifstreitigkeit vor, die von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angenommen ist. Dies gilt allerdings nur soweit, als die Verfügung den Erlass oder die Genehmigung eines Tarifs als Ganzes zum Gegenstand hat oder unmittelbar einzelne Tarifbestimmungen als solche angefochten werden; die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist demgegenüber zulässig gegen Verfügungen, welche in Anwendung eines Tarifs im Einzelfall ergehen (BGE 116 V 133 E. 1 und 2). Ein solcher Anwendungsfall ist vorliegend offensichtlich nicht gegeben, ist doch der Taxpunktwert als solcher angefochten (VPB 56.44 und 45).

1.2 Im Beschluss vom 26. Juni 1996 über die Genehmigung des Hebammenvertrages hat der Bundesrat festgestellt, dass der jeweils gültige Taxpunktwert von den Vertragsparteien auf kantonaler Ebene zu vereinbaren und von den betroffenen Kantonsregierungen zu genehmigen ist. Eine solche Vereinbarung ist im Kanton Basel-Stadt unbestrittenermassen nicht zustande gekommen. Insoweit besteht in diesem Kanton ein vertragsloser Zustand, weshalb der Regierungsrat den Taxpunktwert hoheitlich festlegen durfte und sein Entscheid der Beschwerde an den Bundesrat unterliegt (Art. 47 Abs. 1 und Art. 53 Abs. 1 KVG).

1.3 Der vom Regierungsrat festgesetzte Taxpunktwert stellt zwar kantonales Recht dar, doch kommt diesem Beschluss keine selbständige Bedeutung zu, da er bloss Bundesrecht vollzieht (*Fritz Gygi*, Bundesverwaltungs-

rechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 91; *Peter Saladin*, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Basel 1979, S. 77 ff.; VPB 48.45; ZBJV 1992, 640 ff.; BGE 105 Ib 107 E. 1, 112 Ib 44 und 166; 112 V 108 ff.<sup>1</sup> sowie 118 Ib 130).

1.4 Beide Beschwerdeführer sind durch den angefochtenen Beschluss berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Anfechtung (Art. 48 Bst. a VwVG). Sie sind im übrigen beide nach ständiger Rechtsprechung in Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder zur «Verbandsbeschwerde» berechtigt (VPB 41.28, 42.96, 43.46, 44.22, 45.64, 48.45, 48.46; *Gygi*, a. a. O., S. 159 ff.; *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Zürich 1993, Rz. 1383; *Saladin*, a. a. O., S. 178, Nr. 20.333).

1.5 Auf die im übrigen form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden ist daher einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

2. ...

3. Die obligatorische Krankenpflegeversicherung als Hauptbestandteil der sozialen Krankenversicherung (Art. 1 Abs. 1 KVG; Grundversicherung) übernimmt nach Artikel 24 KVG die Kosten für die Leistungen gemäss den Artikeln 25–31 nach Massgabe der in den Artikeln 32–34 festgelegten Voraussetzungen.

Die Grundversicherung übernimmt neben den Kosten für die gleichen Leistungen wie bei Krankheit die Kosten der besonderen Leistungen bei Mutterschaft (Art. 29 Abs. 1). Diese Leistungen umfassen die von Ärzten und Ärztinnen oder von Hebammen durchgeführten oder ärztlich angeordneten Kontrolluntersuchungen während und nach der Schwangerschaft (Art. 29 Abs. 2 lit. a KVG), die Entbindung zu Hause, in einem Spital oder einer Einrichtung der teilstationären Krankenpflege sowie die Geburtshilfe durch Ärzte und Ärztinnen oder Hebammen (Art. 29 Abs. 2 lit. b KVG) und die notwendige Stillberatung (Art. 29 Abs. 2 lit. c KVG).

Die Leistungen nach den Artikeln 25–31 müssen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein (Art. 32 Abs. 1 KVG).

4. Tarife und Preise sind in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifverträge) zu vereinbaren oder werden in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt; dabei ist auf eine betriebswirtschaftliche Bemessung und eine sachgerechte Struktur der Tarife zu achten (Art. 43 Abs. 4 KVG).

<sup>1</sup> siehe Nr. K 689 (1986) dieser Sammlung

Einzelleistungstarife müssen auf einer gesamtschweizerisch vereinbarten einheitlichen Tarifstruktur beruhen (Art. 43 Abs. 5 KVG).

Die Vertragspartner und die zuständigen Behörden haben darauf zu achten, dass eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten erreicht wird (Art. 43 Abs. 6 KVG, BBl 1992 I 174).

Kommt zwischen den Parteien kein Vertrag zustande oder wird ein Vertrag gekündigt, herrscht mithin ein vertragsloser Zustand, so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 1 KVG).

Die Bestimmung, wonach die Kantonsregierung bei der Genehmigung von Tarifverträgen zu prüfen hat, ob diese mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang stehen (Art. 46 Abs. 4 KVG), gilt ohne weiteres auch bei der Tariffestsetzung im vertragslosen Zustand nach Artikel 47 KVG (*Alfred Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel und Frankfurt am Main 1996, S. 79*). Die Behörde darf und soll dabei durchaus einen strengen Massstab anlegen, geht es doch darum, den in Artikel 43 Absatz 6 KVG genannten Zielen nachzukommen (BBl 1992 I 180).

5.1 Bei Einzelleistungstarifen wird jeder tarifierten Leistung eine bestimmte Anzahl Taxpunkte zugewiesen, woraus sich der abstrakte Wert jeder Leistung und die Wertrelation der Leistungen untereinander ergeben (sog. Tarifstruktur). Multipliziert man den (in Franken und Rappen definierten) Taxpunktwert mit der Anzahl Taxpunkte einer Leistung, so erhält man ihren konkreten Wert, den Preis (BBl 1992 I 173).

Der Bundesrat führte bereits in der KVG-Botschaft aus, dass die Tarifstruktur auf gesamtschweizerischer Ebene durch Vereinbarung zwischen den Tarifpartnern einheitlich festzulegen sei, die Taxpunktwerte hingegen mit Rücksicht auf die regionalen Kostenunterschiede (Lohn- und Preisgefälle) weiterhin durch dezentrale Vereinbarung festgelegt werden sollen (BBl 1992 I 173).

5.2 Beim Abschluss des gesamtschweizerischen Tarifvertrages über die Leistungen der Hebammen einigten sich der Schweizerische Hebammenverband (SHV) und das Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer (KSK) dementsprechend auf eine einheitliche Tarifstruktur und pauschale Vergütungen für bestimmte Leistungen. Die Höhe des Taxpunktwerthes liessen sie offen.

Der Tarifvertrag basiert auf einer sogenannten Hebammenmodellpraxis. Gestützt auf eine Leistungserhebung wurde ermittelt, wieviel die einzelnen Leistungen einer freipraktizierenden Hebamme pro Zeiteinheit kosten. Diese Leistungen wurden dann in einem komplexen Rechnungsverfahren unterschiedlich gewichtet, wobei die geburtshilflichen gegenüber den rein pflegerischen Leistungen ein höheres Gewicht erhielten. Als Grundlage für die Taxierung der einzelnen Leistungen wurde der gewichtete Durchschnitt der Hebammenlöhne in der Schweiz von Fr. 65 153.– gemäss den Erhebungen der Vereinigung der Spitäler in der Schweiz (H+) im Jahre 1993 (bzw. Fr. 66 871.– im Jahre 1995) herangezogen. Diese Durchschnittslöhne wurden in 20 grösseren kantonalen Spitälern der Schweiz erhoben und anhand der Anzahl Akutbetten pro Kanton proportional gewichtet. Aus dem Rechnungsmodell ergab sich, dass bei einer Vergütung der im Tarifvertrag bewerteten Leistungen zum Taxpunktwert von Fr. 1.– eine freipraktizierende Hebamme bei voller Auslastung in der Lage sein sollte, das erwähnte Durchschnittseinkommen einer Spitalhebamme in der Schweiz bzw. den dafür nötigen Umsatz von Fr. 95 394.– (bzw. Fr. 97 502.– im Jahre 1995) zu erzielen.

6. Es fragt sich nun, welche Bedeutung diesem in das Rechnungsmodell des Tarifvertrages eingesetzten, gewichteten gesamtschweizerischen Durchschnittslohn einer Spitalhebamme von Fr. 65 153.– gemäss Statistik von H+ für die konkrete Bestimmung des Taxpunktwertes für freipraktizierende Hebammen in einem Kanton zukommt. Ginge man von diesem Referenzeinkommen aus, ergäbe sich ein Taxpunktwert von Fr. 1.–.

Der Regierungsrat ging bei seiner Festsetzung des Taxpunktwertes für den Kanton Basel-Stadt offenbar davon aus, dass sich die nationalen Vertragsparteien (SHV und KSK) bei der Aushandlung des Hebammenvertrages – wenn auch nicht ausdrücklich, so doch immerhin konkludent – auf einen gesamtschweizerischen Taxpunktwert von Fr. 1.– zumindest als Ausgangspunkt für die Berücksichtigung kantonalen Verhältnisses geeinigt hätten, indem sie als Grundlage ihrer Berechnungen ein Referenzeinkommen von Fr. 65 153.– wählten. Dementsprechend nahm der Regierungsrat das dem Rechnungsmodell der Vertragsparteien zugrunde liegende Referenzeinkommen von Fr. 65 153.– bzw. den daraus resultierenden Taxpunktwert von Fr. 1.– als Ausgangswert und berücksichtigte den Umstand, dass das Lohnniveau gemäss neuester Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik in Basel-Stadt um 6,5% höher liegt als im Landesdurchschnitt, woraus sich ein Taxpunktwert von Fr. 1.05 für Basel-Stadt ableiten liess.

Indessen wird die Annahme des Regierungsrates, die nationalen Vertragsparteien hätten sich zumindest konkludent auf einen gesamtschweizeri-

schen Taxpunktwert von Fr. 1.– im Sinne eines Ausgangspunktes für die Bestimmung des jeweiligen kantonalen Taxpunktwertes geeinigt, von beiden Beschwerdeführern nachdrücklich bestritten. Gemäss dem Schweizerischen Hebammenverband, Sektion beider Basel (im folgenden: Hebammenverband) hätten sich die Vertragsparteien nicht nur nicht auf einen in der gesamten Schweiz geltenden einheitlichen Taxpunktwert einigen können, sondern auch nicht darüber, dass bei der Berechnung des jeweiligen kantonalen Taxpunktwertes von einem gesamtschweizerischen Wert von Fr. 1.– auszugehen sei und dann allenfalls kantonale Besonderheiten zu einem höheren oder tieferen Taxpunktwert als Fr. 1.– führen könnten. Vielmehr sei die Höhe des Taxpunktwertes aus den Verhandlungen auf nationaler Ebene ganz ausgeklammert und deren Festlegung jeweils den Vertragspartnern auf kantonaler Stufe überlassen worden. Der gewichtete gesamtschweizerische Durchschnittslohn einer Spitalhebamme in der Höhe von Fr. 65 153.– gemäss H+ - Statistik 1993 sei zwar für die Hebammen als Rechnungszahl für die Ausarbeitung einer Tarifstruktur mittels eines Rechnungsmodelles akzeptabel gewesen, könne aber nicht Grundlage für die konkrete Taxpunktsetzung in einem Kanton sein. Auch nach Ansicht des Kantonalverbandes Baselstädtischer Krankenversicherer (im folgenden: Kantonalverband) habe zwar zur Etablierung einer neuen Tarifstruktur eine Taxpunktwertannahme getroffen werden müssen, doch sei dies nicht so zu verstehen, dass dieser Ausgangswert tel quel in die Praxis zu übertragen sei, da über ihn Einigkeit bestanden habe. Es handle sich vielmehr um einen flexiblen Referenzwert.

Diesen prinzipiellen Einwänden der beiden Beschwerdeführer gegen die Vorgehensweise des Regierungsrates bei der Berechnung des kantonalen Taxpunktwertes ist recht zu geben. In der Tat konnten sich die nationalen Vertragsparteien weder auf einen einheitlichen gesamtschweizerischen Taxpunktwert von Fr. 1.– auf der Basis eines Referenzeinkommens von Fr. 65 153.– noch auf einen solchen wenigstens als verbindlichen Ausgangspunkt für die Festlegung des kantonalen Taxpunktwertes einigen. Weder im vom Bundesrat genehmigten Hebammenvertrag noch in den übrigen eingereichten Unterlagen ist an einer Stelle davon die Rede, dass von einem gesamtschweizerischen Referenzeinkommen von Fr. 65 153.– resp. einem Taxpunktwert von Fr. 1.– bei der Berücksichtigung kantonaler Unterschiede (Lohn- und Preisgefälle) auszugehen sei. Den nationalen Vertragsparteien diene das gewichtete Durchschnittseinkommen aus der H+-Statistik von 1993 lediglich als variable, rein rechnerische Grösse, um überhaupt einen Ausgangswert für die Etablierung einer neuen Tarifstruktur für freipraktizierende Hebammen auf der Basis einer Kosten- und Leistungserhebung sowie einer unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten vor-

genommenen, unterschiedlichen Gewichtung der einzelnen Leistungen (namentlich Beratung und Untersuchungen während der Schwangerschaft, geburtshilfliche Leistungen und Wochenbettpflege) zu erhalten. Bezüglich Höhe des Referenzeinkommens hätten die Vertragsparteien ohne weiteres auch einen anderen Wert (beispielsweise ein Einkommen von Fr. 70 000.–) in das Rechnungsmodell einsetzen können; die Wertrelationen, auf deren Stimmigkeit und Vertretbarkeit es bei der tariflichen Gewichtung der einzelnen Leistungen den Vertragsparteien ankam, wären genau die gleichen geblieben. In Ermangelung anderer Zahlen bot sich jedoch der Durchschnittslohn einer Spitalhebamme gemäss H+- Statistik 1993 als rechnerischer Wert geradezu an. Aus diesem Umstand lässt sich aber nach Ansicht des Bundesrates nicht ableiten, dass bei der konkreten Festlegung des Taxpunktwertes für einen Kanton von diesem Referenzeinkommen von Fr. 65 153.– resp. dem sich daraus ergebenden Taxpunktwert von Fr. 1.– auszugehen sei, zumal die Vertragsparteien bezüglich Einkommenshöhe und Taxpunktwert ja gerade uneins waren. Statt dieses Referenzeinkommen als verbindlichen Ausgangswert zu nehmen und davon ausgehend kantonale Besonderheiten zu berücksichtigen, was den erklärten Absichten der Vertragsparteien zuwiderlaufen würde, ist vielmehr das für die Bestimmung des jeweiligen kantonalen Taxpunktwertes massgebliche Referenzeinkommen unmittelbar zu ermitteln. Andernfalls würde man den Vertragsparteien konkludent Einigkeit unterstellen, worüber sie explizit gerade nicht einig waren.

Somit ging der Regierungsrat bei der Festlegung des Taxpunktwertes für Basel-Stadt von einer falschen Annahme aus, weshalb sich seine Berechnungsweise des Taxpunktwertes nicht aufrechterhalten lässt.

7. Da der von den gesamtschweizerischen Vertragsparteien in das Rechnungsmodell als Referenzeinkommen eingesetzte gewichtete Durchschnittslohn von Fr. 65 153.– gemäss H+-Statistik von 1993 lediglich eine variable, rechnerische Grösse ist, auf welche sich die Parteien weder explizit noch konkludent als Ausgangswert für die Berechnung des jeweiligen kantonalen Taxpunktwertes geeinigt haben, ist somit unmittelbar auf ein kantonales Referenzeinkommen für Hebammen abzustellen. Diese Vorgehensweise stellt am besten sicher, dass die vom KVG gewollte Berücksichtigung regionaler bzw. kantonaler Unterschiede auch tatsächlich stattfindet.

7.1 In Ermangelung anderer Zahlen kommt für die Ermittlung eines kantonalen Referenzeinkommens für Hebammen im Moment nur die jeweilige kantonale Besoldungsordnung in Betracht. Empirische Erhebungen über Hebammenlöhne an öffentlichen und/oder privaten Spitälern liegen dem Bundesrat nicht vor. Zudem könnte eine Erhebung über die Löhne

freipraktizierender Hebammen, wenn es sie denn gäbe, lediglich die Verhältnisse vor Einführung einer neuen Tarifstruktur auf der Basis betriebswirtschaftlich erhärteter Daten wiedergeben. Dies ist aber gerade nicht von Interesse, ging es doch gerade darum, aufgrund einer Neubewertung der von den freipraktizierenden Hebammen zu erbringenden Leistungen neue, betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Löhne festzulegen.

Die Bestimmung des massgeblichen kantonalen Referenzeinkommens für freipraktizierende Hebammen anhand der jeweiligen kantonalen Lohnskala für angestellte Hebammen vorzunehmen, trägt im übrigen auch der Grundidee des Hebammenvertrages Rechnung, wonach eine freipraktizierende Hebamme bei voller Auslastung ein mit dem Lohn einer Spitalhebamme vergleichbares Einkommen soll erzielen können.

Schliesslich sei gesagt, dass auch die nationalen Vertragsparteien bei der Wahl eines Referenzeinkommens im Sinne eines variablen rechnerischen Ausgangswertes zur Erarbeitung einer neuen Tarifstruktur auf Löhne von Spitalhebammen und nicht etwa auf solche von freipraktizierenden Hebammen zurückgriffen. So beruht, wie gesehen, die von den Vertragsparteien herangezogene H+-Lohnerhebung für Medizinalpersonen von 1993 ebenfalls auf Spitallöhnen, nämlich auf den Durchschnittslöhnen von 20 ausgewählten grösseren kantonalen Spitälern in der Schweiz. Daraus erhellt, dass das Heranziehen von Spitalhebammenlöhnen ein geeignetes Mittel zur Bestimmung des massgeblichen Referenzeinkommens für freipraktizierende Hebammen ist, aus welchem sich dann der Taxpunktwert ableiten lässt.

7.2 Dem Einwand des Kantonalverbandes, ein Abstellen auf Spitallöhne käme einer Einkommensgarantie gleich, ist zu entgegnen, dass das Tarifmodell der Vertragsparteien gerade voraussetzt, dass eine freipraktizierende Hebamme zu 100% ausgelastet ist. Nur für den Fall, dass sie zu 100% ausgelastet ist, soll sie ein bestimmtes, mit dem Lohn einer Spitalhebamme vergleichbares Einkommen erzielen können. Damit trägt die freipraktizierende Hebamme weiterhin das unternehmerische Risiko, welches insbesondere in mangelnder Auslastung besteht. Von einem garantierten Einkommen, zu welchem der Beizug von Löhnen von Spitalhebammen bei der Berechnung des Taxpunktwertes für selbständig erwerbende Hebammen führen würde, kann somit keine Rede sein. Eine Hebamme, die nicht voll ausgelastet ist, wird dementsprechend auch weniger verdienen, da sie weniger Leistungen gemäss Tarifvertrag in Rechnung stellen kann. Nur wenn die freischaffende Hebamme eine 100-prozentige Auslastung erreicht hat, soll ihr ein bestimmtes Einkommen, welches sich an demjenigen einer angestellten Hebamme

orientiert, sicher sein. Somit kommt es bei der Festlegung des Taxpunktwertes für selbständig erwerbende Hebammen durch Heranziehen von Referenzeinkommen aus dem Spitalbereich nicht, wie vom Kantonalverband befürchtet, dazu, dass eine möglicherweise geringere Auslastung von freiberuflich tätigen Hebammen durch einen höheren Taxpunktwert aufgefangen wird. Diese Gefahr bestünde allenfalls dann, wenn der Taxpunktwert in einer sehr viel grösseren Höhe festgelegt würde als innerhalb derjenigen Bandbreite (Fr. 0.90 bis Fr. 1.25), die hier zur Diskussion steht. Erst dann kämen auch nicht zu 100% ausgelastete freipraktizierende Hebammen zu einem «garantierten Mindesteinkommen», welches ihr unternehmerisches Risiko beseitigen oder mindestens beträchtlich einschränken würde. In einem solchen Fall würde dann aber eine zu 100% ausgelastete Hebamme weit mehr verdienen als ihre Berufskollegin in einem Spital. Dies wird aber gerade dadurch ausgeschlossen, dass die Berechnungen des Taxpunktwertes von einer «Modellhebamme» ausgehen, die alle einer freipraktizierenden Hebamme möglichen Leistungen erbringt und deren Auslastungsquote 100% beträgt. Nur eine solche Hebamme soll in etwa das gleiche verdienen können wie eine Spitalhebamme in vergleichbarer Position.

Die Praxis des Bundesrates, wonach ein freipraktizierender Leistungserbringer als Einzelunternehmer mit finanzieller Eigenverantwortung zu betrachten ist (vgl. VPB 48.46, S. 322), wird durch das Heranziehen von Spitallöhnen zur Berechnung des Taxpunktwertes demnach nicht in Frage gestellt, solange dabei von einer 100-prozentigen Auslastung des jeweiligen Leistungserbringers ausgegangen wird. Im zitierten Fall war gerade die Frage, wann eine freipraktizierende Hebamme voll ausgelastet ist, umstritten, was den Bundesrat zur Feststellung bewog, dass das unternehmerische Risiko der selbständig Erwerbenden, d. h. insbesondere deren mangelnde Auslastung, nicht durch die Festsetzung eines höheren Taxpunktwertes ausgeglichen werden dürfe. Vorliegend besteht demgegenüber unter den Parteien Einigkeit darüber, wann eine freischaffende Hebamme voll ausgelastet ist (Prinzip der Modellhebamme) und dass sie nur bei voller Auslastung ein mit dem Lohn einer Spitalhebamme vergleichbares Einkommen soll erzielen können.

8. Nachdem erstellt worden ist, dass zur Bestimmung des Taxpunktwertes im Kanton Basel-Stadt grundsätzlich die Löhne von Spitalhebammen nach Massgabe der kantonalen Besoldungsordnung heranzuziehen sind, stellt sich nunmehr die Frage, welcher Lohn einer Spitalhebamme konkret als Referenzeinkommen für die freipraktizierenden Hebammen Verwendung finden soll.

8.1 Im Kanton Basel-Stadt werden Hebammen grundsätzlich in die Lohnklasse 11 Stufe OA bis Stufe 31 eingeteilt, was einem Jahresgehalt inklusive 13. Monatslohn von Fr. 55 597.25 resp. Fr. 90 980.50 entspricht. Demgegenüber ist die Einstufung in die Lohnklasse 12 allein Hebammen mit Führungsverantwortung vorbehalten, wobei die Bandbreite der Löhne in dieser Besoldungsklasse zwischen Fr. 59 211.75 und Fr. 96 892.25 reicht. Die Stufeneinteilung innerhalb einer Lohnklasse ergibt sich aus der Anzahl Jahre an Berufserfahrung, wobei Hebammen mit einer Berufserfahrung von bis zu 6 Monaten der Stufe OA, bis zu 1 Jahr / 5 Monate der Stufe OB, bis zu 2 Jahren / 5 Monate der Stufe OC, bis zu 3 Jahren / 5 Monate der Stufe 1, bis zu 4 Jahren / 5 Monate der Stufe 2 usw. zugeordnet werden.

8.2 Es fragt sich nun, welcher dieser Löhne als Referenzeinkommen für eine freipraktizierende Hebamme dienen soll. Da sich, wie gesehen, das kantonale Einkommen einer angestellten Spitalhebamme innerhalb einer Lohnklasse nach deren Dienstalter richtet, erscheint es in Anbetracht des Umstandes, dass freipraktizierende Hebammen je nach Alter über eine sehr unterschiedliche Berufserfahrung verfügen werden, sinnvoll, einen adäquaten Minimal- sowie Maximallohn nach kantonomer Besoldungsordnung festzulegen und dann den Durchschnittswert dieser beiden Löhne als valables Referenzeinkommen für freipraktizierende Hebammen zu verwenden. Ein solches Vorgehen rechtfertigt sich im übrigen auch mit Blick auf die Vorgehensweise der nationalen Vertragsparteien, welche bei der Aushandlung der Tarifstruktur des Hebammenvertrages ebenfalls bei der Wahl eines geeigneten Referenzeinkommens als – zumindest – variabler rechnerischer Grösse von einem Durchschnittslohn ausgingen.

8.2.1 Bei der Festlegung des Minimallohnes ist zu berücksichtigen, dass eine freipraktizierende Hebamme erst nach 2-jähriger Berufserfahrung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung als Leistungserbringerin zugelassen wird. Somit sollte eine selbständig erwerbende Hebamme, wenn sie lohnmässig gleichgestellt werden soll mit einer Spitalhebamme mit gleicher Verantwortung, mindestens das Einkommen einer Spitalhebamme mit 2-jähriger Berufserfahrung erzielen können, was einer Einstufung in die Lohnklasse 11 Stufe OC entspricht. Damit sollte eine freischaffende Hebamme in der Lage sein, im Minimum Fr. 60 654.75 pro Jahr zu verdienen.

8.2.2 Für die Wahl des adäquaten Maximallohnes ist wesentlich, dass im Kanton Basel-Stadt die Lohnklasse 12 nur Spitalhebammen mit Führungsverantwortung vorbehalten ist. Da eine freipraktizierende Hebamme keine Führungsaufgaben (fachliche und administrative Aufsicht über die ihr unterstellten Hebammen, deren Schulung und Weiterbildung, Arbeitsaufteilung

etc.) übernehmen muss und ihr dementsprechend keine Vorgesetztenfunktion zukommt, scheidet der Beizug der Lohnklasse 12 für die Bestimmung des Maximallohnes aus. Zwar ist einer freipraktizierenden Hebamme angesichts des Umstandes, dass sie nicht wie ihre Berufskollegin im Spital in ein medizinisches Team eingebettet ist und demzufolge im Notfall auf sich allein gestellt ist, durchaus eine vermehrte Verantwortung zu attestieren, doch entspricht diese vermehrte Verantwortung nicht der Führungsverantwortung einer leitenden Spitalhebamme, welcher nach baselstädtischer Besoldungsordnung allein mit einer Einstufung in die Lohnklasse 12 Rechnung getragen wird. Somit kommt als Maximallohn nur die höchste Stufe der Lohnklasse 11, d.h. die Stufe 31 mit einem Brutto-Jahresgehalt von Fr. 90 980.50 in Betracht. Obgleich eine derart hohe Einstufung, welche eine Berufserfahrung von mindestens 32½ Jahren voraussetzt, in der Praxis nur äusserst selten erreicht werden dürfte, ist dieses Einkommen als Maximallohn gerechtfertigt. Auf diese Weise kann nämlich der im Vergleich zu einer Spitalhebamme zukommenden vermehrten Verantwortung einer freipraktizierenden Hebamme entsprochen werden, ohne auf die Lohnklasse 12 zurückgreifen zu müssen, was – wie gesehen – nicht sachgerecht wäre.

8.3 Aus den gewählten Minimal- und Maximallohnen von Fr. 60 654.75 (Lohnklasse 11, Stufe OC) und Fr. 90 980.50 (Lohnklasse 11, Stufe 31) ergibt sich ein Durchschnittslohn von Fr. 75 817.65. Setzt man nun dieses für den Kanton Basel-Stadt errechnete Referenzeinkommen für freipraktizierende Hebammen in Beziehung zu dem den nationalen Vertragsparteien als rein rechnerische Grösse dienenden gesamtschweizerischen Referenzeinkommen von Fr. 65 165.–, aus welchem ein Taxpunktwert von Fr. 1.– resultiert, erhält man einen kantonalen Taxpunktwert von Fr. 1.16 für Basel-Stadt, welcher auf Fr. 1.15 zu runden ist.

9. Mit Blick auf die vom Bundesrat bereits festgelegten kantonalen Taxpunktwerte für freipraktizierende Hebammen in Zürich (Fr. 1.15), Bern (Fr. 1.10), und St. Gallen (ebenfalls Fr. 1.10) – bei der Berechnung dieser Taxpunktwerte stellte der Bundesrat in Ermangelung anderer Zahlen gleichfalls auf einen Durchschnittslohn einer Spitalhebamme gemäss jeweiliger kantonalen Besoldungsordnung ab – erscheint ein Taxpunktwert von Fr. 1.15 für Basel-Stadt als angemessen.

Von einzelnen Parteien gegen diesen ihrer Ansicht nach zu hohen Taxpunktwert ins Feld geführte Argumente (beispielsweise: die Löhne der in Privatspitälern angestellten Hebammen seien tiefer als diejenigen der am Universitätsfrauenspital beschäftigten Hebammen; die staatlichen Löhne in Basel-Stadt seien generell zu hoch im Vergleich zur Privatwirtschaft; die ste-

tige Erhöhung der staatlichen Löhne nach Massgabe des Dienstalters finde in der Privatwirtschaft keine Entsprechung etc.) können bei der Festlegung des Taxpunktwertes zur Zeit nicht berücksichtigt werden, da sie nicht mit konkreten Zahlen belegt werden, welche es erlauben würden, eine allfällige Reduktion des Taxpunktwertes genauer zu quantifizieren, ohne dabei willkürlich zu verfahren. In Ermangelung anderer Zahlen bietet im Moment nur der Rückgriff auf die jeweilige kantonale Besoldungsordnung die Gewähr für eine transparente, nachvollziehbare Festlegung des kantonalen Referenzeinkommens, welche der vom KVG geforderten Berücksichtigung regionaler und kantonalen Besonderheiten Rechnung trägt.

Gleiches gilt für das Argument des Regierungsrates, in Anbetracht der unsicheren Kostenentwicklung sei der Taxpunktwert zurückhaltend festzulegen. Da nicht klar ist, inwieweit diese Unsicherheit sich quantitativ in einer geringeren Bemessung des Taxpunktwertes niederschlagen soll, und es nicht angeht, losgelöst von konkreten Zahlen, gewissermassen präventiv zu Lasten der Hebammen einen geringeren Taxpunktwert festzulegen, sollte nach Ansicht des Bundesrates zur Zeit nicht von den bei den Kantonen Zürich, Bern und St. Gallen begründeten Praxis, bei der Bestimmung des kantonalen Taxpunktwertes allein auf die jeweilige kantonale Lohnskala abzustellen, abgewichen werden. Damit ist aber nicht gesagt, dass nicht in Zukunft bei Vorliegen neuer Zahlen, beispielsweise über die Löhne freipraktizierender Hebammen oder über das tatsächliche Ausmass der durch die neuen Tarife bewirkten Kostensteigerungen, eine andere Methode zur Berechnung des Taxpunktwertes zur Anwendung gelangen kann und muss. Ein automatisches Abstellen auf die kantonale Besoldungsordnung bei der Festlegung von Referenzeinkommen für selbständig erwerbende Medizinalpersonen lehnt der Bundesrat jedenfalls ab.

10. Gemäss Artikel 61 Absatz 1 VwVG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Regel selbst, zumindest sofern sie über die notwendigen Entscheidungsgrundlagen verfügt, was vorliegend der Fall ist.

Aufgrund der oben geschilderten Sachlage ist die Beschwerde des Hebammenverbandes im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen und der Taxpunktwert für geburtshilfliche Leistungen freipraktizierender Hebammen im Kanton Basel-Stadt rückwirkend auf den 1. Januar 1997 auf Fr. 1.15 festzusetzen. Die Beschwerde des Kantonalverbandes Baselstädtischer Krankenversicherer ist abzuweisen.

...

**Tarif à la prestation: fixation de la valeur du point au plan cantonal (dans un régime sans convention) après approbation par le Conseil fédéral d'une structure tarifaire uniforme sur le plan suisse**  
KV 30 Décision du Conseil fédéral du 16 mars 1998 dans la cause opposant la Fédération genevoise des assureurs-maladie et l'Association suisse des sages-femmes, section genevoise, au gouvernement du canton de Genève

**Lorsqu'une convention sur la structure tarifaire fixée au plan fédéral fait application de l'article 42, 2<sup>ème</sup> alinéa, LAMal et instaure un système de tiers payant avec l'accord de toutes les parties, il n'y a pas lieu d'y déroger dans une décision cantonale portant sur la valeur du point (cons. II. 4.2).**

**Définition du tarif à la prestation (cons. II. 6.1).**

**Examen du tarif :**

- **Seule la valeur du point fixée par l'autorité cantonale et les données y relatives peuvent être examinées, à l'exclusion des autres données retenues dans la convention suisse, telles que le temps consacré aux soins ou les distances de déplacement, dite convention ayant été signée et approuvée par le Conseil fédéral (cons. II. 7 et II. 12).**
- **Pour fixer la valeur du point, la prise en compte d'un salaire de référence basé sur le traitement des sages-femmes en milieu hospitalier est admissible dans la mesure où un tel élément reflète les particularités régionales, et que les parties à la convention suisse se sont également basées sur des salaires cantonaux moyens bruts pour la tarification (cons. II. 10).**

**A degré de responsabilité analogue, une sage-femme indépendante ne doit pas être désavantagée par rapport à une sage-femme en milieu hospitalier (cons. II. 10.1).**

- **Les responsabilités propres à l'activité d'une sage-femme indépendante sont compensées par d'autres avantages. Dès lors, il ne se justifie pas de prendre un salaire maximal comme salaire de référence (cons. II. 10.3).**
- **Un fournisseur de prestations indépendant est à considérer comme un chef d'entreprise assumant sa propre responsabilité financière. Aussi, le choix d'une valeur de point déterminée ne peut se justifier au motif de fournir une garantie de revenu (cons. II. 11).**

**Wenn in einer gesamtschweizerischen Vereinbarung über die Tarifstruktur gestützt auf Artikel 42 Absatz 2 KVG und mit dem Einverständnis aller Vertragsparteien das System des tiers payant vorgesehen ist, kann in einem kantonalen Entscheid über den Taxpunktwert nicht davon abgewichen werden (Erw. II. 4.2).**

**Begriff des Einzelleistungstarifs (Erw. II. 6.1).**

**Tarifüberprüfung:**

- Nur der durch die kantonale Behörde festgesetzte Taxpunktwert und die ihm zugrunde gelegten Angaben können überprüft werden, nicht aber die anderen Faktoren wie Zeitaufwand für Pflege oder Wegdistanzen, worüber in der gesamtschweizerischen und vom Bundesrat genehmigten Vereinbarung Regelungen getroffen worden sind (Erw. II. 7 und II. 12).
- Bei der Festsetzung des Taxpunktwertes darf als Referenzeinkommen der Lohn einer Spitalhebamme herangezogen werden, wenn ein solcher regionalen Besonderheiten Rechnung trägt und sich die Parteien der gesamtschweizerischen Vereinbarung bei der Festsetzung der Tarifstruktur ebenfalls auf die durchschnittlichen kantonalen Bruttoeinkommen abgestützt haben (Erw. II. 10).

**Bei gleicher Verantwortung soll eine selbständig erwerbende Hebamme gegenüber einer Spitalhebamme nicht benachteiligt werden (Erw. II. 10.1).**

- Die mit der Tätigkeit einer freipraktizierenden Hebamme gegenüber einer Spitalhebamme verbundene Mehrverantwortung wird durch andere Vorteile aufgewogen, weshalb es nicht sachgerecht wäre, einen Maximallohn als Referenzeinkommen heranzuziehen (Erw. II. 10.3).
- Freipraktizierende Leistungserbringer sind als Einzelunternehmer mit finanzieller Eigenverantwortung zu betrachten. Die Festsetzung eines bestimmten Taxpunktwertes kann nicht damit gerechtfertigt werden, ihnen eine Einkommensgarantie zu sichern (Erw. II. 11).

**Se in una convenzione sulla struttura tariffale, stabilita a livello nazionale, viene previsto in applicazione dell'articolo 42 capoverso 2 LAMa il sistema del terzo pagante con l'accordo di tutte le parti, non è dato derogarvi in una decisione cantonale concernente il valore del punto (cons. II. 4.2).**

**Definizione della tariffa per singola prestazione (cons. II. 6.1).**

**Esame della tariffa:**

- La convenzione nazionale essendo stata firmata e approvata dal Consiglio federale, possono essere esaminati soltanto il valore del

**punto stabilito dall'autorità cantonale e i dati ad esso pertinenti ad esclusione degli altri dati ritenuti in detta convenzione, quali il tempo dedicato alle cure o ai tragitti (cons. II. 7 e II. 12).**

- **Per determinare il valore del punto è ammissibile considerare quale salario di riferimento quello delle levatrici d'ospedale per quanto rifletta le particolarità regionali e le parti alla convenzione nazionale si siano pure fondate sui salari medi lordi cantonali (cons. II. 10).**

**A parità di responsabilità, la levatrice indipendente non dev'essere svantaggiata rispetto alla levatrice d'ospedale (cons. II. 10.1).**

- **Le responsabilità specifiche dell'attività della levatrice indipendente sono compensate da altri vantaggi. Non si giustifica quindi considerare un salario massimo come salario di riferimento (cons. II. 10.3).**
- **Il fornitore di prestazioni indipendente va ritenuto alla stregua di un titolare aziendale che assume la propria responsabilità finanziaria. La scelta di un determinato valore del punto non può essere motivata in funzione di una garanzia remunerativa (cons. II. 11).**

I.

#### Condensé – Übersicht

Le 28 décembre 1995, l'Association suisse des sages-femmes (ASSF) et le Concordat des assureurs-maladie (CAMS) ont conclu une convention au plan fédéral établissant une nouvelle structure tarifaire uniforme pour les prestations des sages-femmes indépendantes. Les partenaires n'ont toutefois pas pu s'entendre sur une valeur du point au plan suisse. En l'absence d'accord au plan cantonal également, le gouvernement du canton de Genève a donc fixé cette valeur à fr. 1.20.

Dans leurs recours respectifs au Conseil fédéral, la section genevoise de l'Association suisse des sages-femmes (ASSF-GE) demande à ce que la valeur du point soit fixée à fr. 1.25 alors que les assureurs-maladie concluent à une réduction de cette valeur à fr. 1.–.

*Am 28. Dezember 1995 schlossen der Schweizerische Hebammenverband (SHV/ASSF) und das Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer (KSK/CAMS) einen gesamtschweizerischen Vertrag ab, in welchem die Tarife für die Leistungen selbständig tätiger Hebammen einheitlich festgelegt wurden. Über die Höhe des Taxpunktwertes konnte jedoch gesamtschweizerisch keine Einigung erzielt werden. Da sich die Vertragspartner auch auf kantonaler Ebene nicht einigen konnten, setzte der Regierungsrat des Kantons Genf den Taxpunktwert auf Fr. 1.20 fest.*

*In ihren Beschwerden an den Bundesrat verlangte die Sektion Genf des Schweizerischen Hebammenverbandes (ASSF-GE), der Taxpunktwert sei auf 1.25 Franken festzusetzen, währenddem der Verband der Krankenversicherer eine Reduktion dieses Wertes auf Fr. 1.– beantragte.*

## II.

Par les considérations suivants, le conseil fédéral a partiellement admis le recours de la Fédération genevoise des assureurs-maladie et rejeté celui de l'Association suisse des sages-femmes:

1. ...

1.2 Dans sa décision du 26 juin 1996 concernant l'approbation de la convention tarifaire suisse du 28 décembre 1995 (ci-après: convention suisse) dans son ensemble, le Conseil fédéral a relevé que la valeur du point devait être convenue au niveau cantonal entre les parties et approuvée par les gouvernements cantonaux concernés. Des négociations ont été entreprises à cette fin entre l' Association suisse des sages-femmes, section genevoise (ci-après: ASSF-GE) et la Fédération genevoise des assureurs-maladie (ci-après: FGAM) mais n'ont pas abouti de sorte qu'un tel accord n'a pu être signé. Ainsi, conformément à l'article 47, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal, le Conseil d'Etat a fixé, en l'absence de convention et après consultation des parties, la valeur du point par règlement du 9 avril 1997. En vertu de l'article 53, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal, cette décision est susceptible d'un recours au Conseil fédéral.

1.3 Le règlement susmentionné fixant la valeur du point ressortit au droit cantonal. Toutefois, ce dernier n'a pas de valeur propre puisqu'il ne fait qu'exécuter le droit fédéral (*Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 1983, p. 91; *Peter Saladin*, Das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes, Bâle 1979, p. 77 ss.; JAAC 48.45; ZBJV 1992, p. 640 ss.; ATF 118 Ib 130, 112 Ib 44 et 166, 112 V 108 ss.<sup>1</sup> ainsi que 105 Ib 107 cons. 1).

1.4 Les membres des recourantes sont touchés par les décisions attaquées et ont un intérêt actuel et digne de protection à ce qu'elles soient annulées ou modifiées (art. 48, lettre a PA). Toutes deux sont par ailleurs habilitées à recourir, la jurisprudence prévoyant ce droit pour sauvegarder les droits des membres d'une association (JAAC 48.46, 48.45, 45.64, 44.22, 43.46, 42.96, 41.28; *F. Gygi*, op. cit., p. 159 ss.; *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 2<sup>e</sup> éd.; Zurich 1993, marg. 1383; *P. Saladin*, op. cit., p. 178, num. 20.333).

<sup>1</sup> voir n° K 689 (1986) de ce recueil

1.5 Les dispositions des articles 50 et 52 PA concernant le délai de recours, ainsi que la forme et le contenu du mémoire de recours sont observées.

Les recours sont donc formellement recevables sous réserve du point 4.1 ci-après.

2. ...

3. ...

4. Il y a lieu également d'entériner ici la décision incidente du DFJP en ce qui concerne l'entrée en vigueur du règlement querellé ainsi qu'en ce qui concerne la question de la cession de créance.

4.1 En effet, comme l'a relevé l'autorité d'instruction, pour que la compétence du Conseil fédéral soit donnée, il faut qu'il en aille d'un régime sans convention pour lequel le gouvernement cantonal était en droit d'édicter le tarif contesté (art. 47, 1<sup>er</sup> al. LAMal). Or, il n'est pas contesté par les parties que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1997 règne un tel régime. Partant, le tarif querellé doit déployer ses effets à partir de cette date. En revanche, on ne saurait reconnaître l'existence d'un vide juridique à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1996 au motif pris que la convention du 23 janvier 1996 n'aurait été signée que par la moitié des assureurs membres de la FGAM et qu'elle n'aurait par ailleurs jamais été vraiment mise en pratique, les grandes caisses-maladie ayant appliqué de manière unilatérale la valeur de fr. 1.– par point. Cette question exorbitante au litige pour les raisons déjà énoncées par le DFJP. En effet, d'une part, le Conseil d'Etat n'ayant été saisi d'aucune requête visant à fixer la valeur du point en 1996, le Conseil fédéral risquerait dès lors de se substituer à l'autorité cantonale, à qui il appartient en premier lieu de statuer sur ce point, pour autant qu'elle soit saisie d'une requête en ce sens; d'autre part, l'inapplication ou le non-respect d'une convention, tout comme les questions relatives à son interprétation ne peuvent être déduites par la voie du recours administratif mais relèvent de la compétence du tribunal arbitral cantonal (art. 89 LAMal; ATF 119 V 317<sup>2</sup>). Les conclusions de l'ASSF-GE sur ce point sont donc irrecevables.

4.2 En ce qui concerne l'article 5 du règlement attaqué, il faut relever, avec le DFJP, que l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa de la convention suisse instaure le système du tiers payant. Les dispositions générales de cette convention ayant été approuvée par le Conseil fédéral et les parties s'accordant à demander l'application de la convention suisse, il n'y a pas lieu d'y déroger, l'article 42, 2<sup>e</sup> alinéa LAMal l'autorisant expressément. Partant, le système

---

<sup>2</sup> voir n° K 930 (1994) de ce recueil

du tiers payant s'applique en l'espèce. Dès lors, les alinéas 2 et 3 de l'article 5 querellé – prévoyant que «l'assurée est la débitrice de la rémunération» (al. 2), que «l'assurée peut céder sa créance contre l'assureur» et que «dans cette hypothèse, la facture est adressée à l'assureur avec copie à l'assuré» (al. 3) – contreviennent à dite convention. Partant, il y a lieu de les abroger.

En tant que l'alinéa 1 de l'article 5 querellé n'a plus de raison d'être sans les alinéas 2 et 3 dudit article et que l'article 7, 1<sup>er</sup> alinéa de la convention suisse prévoit expressément que la sage-femme est tenue de remettre à l'assureur-maladie concerné la formule de facturation complètement remplie, il y a également lieu de l'abroger.

5. L'assurance obligatoire des soins est la partie principale de l'assurance-maladie sociale (art. 1, 1<sup>er</sup> al. LAMal; assurance de base) et l'article 24 LAMal prévoit que l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations définies aux articles 25 à 31 en tenant compte des conditions des articles 32 à 34 LAMal.

En plus des coûts des mêmes prestations que pour la maladie, l'assurance obligatoire prend en charge ceux des prestations spécifiques à la maternité (art. 29, 1<sup>er</sup> al. LAMal). Ces prestations comprennent les examens de contrôle effectués par un médecin ou une sage-femme ou prescrite par un médecin pendant et après la grossesse (art. 29, 2<sup>e</sup> al., lettre a 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 (art. 29, 2<sup>e</sup> al., lettre b LAMal) et les conseils nécessaires en cas d'allaitement (art. 29, 2<sup>e</sup> al. lettre c LAMal).

Conformément à l'article 32, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal, les prestations mentionnées aux article 25 à 32 LAMal doivent être efficaces, appropriées et économiques.

6. Les tarifs et les prix sont fixés par convention entre les assureurs et les fournisseurs de prestations (convention tarifaire) ou, dans les cas prévus par la loi, par l'autorité compétente. Ceux-ci veillent à ce que les conventions tarifaires soient fixées d'après les règles applicables en économie d'entreprise et structurées de manière appropriée (art. 43, 4<sup>e</sup> al. LAMal). Conformément à l'article 43, 5<sup>e</sup> alinéa LAMal, les tarifs à la prestation doivent se fonder sur une structure tarifaire uniforme, fixée par convention sur le plan suisse. Les parties à la convention et les autorités compétentes veillent à ce que les soins soient appropriés et leur qualité de haut niveau, tout en étant le plus avantageux possible (art. 43, 6<sup>e</sup> al. LAMal).

Si aucune convention tarifaire ne peut être conclue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs, le gouvernement cantonal fixe le tarif, après

avoir consulté les intéressés (art. 47, 1<sup>er</sup> al. LAMal). Le gouvernement cantonal doit en sa qualité d'autorité d'approbation vérifier que la convention est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie (art. 46, 4<sup>e</sup> al. LAMal). Cette règle vaut également lorsqu'il procède à la fixation d'un tarif en l'absence de convention (*Alfred Maurer*, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel und Frankfurt am Main 1996, p. 79; JAAC 48.47, p. 331., 58.49, p. 389). Lors de cet examen, l'autorité peut et doit se montrer sévère, car il s'agit d'atteindre l'objectif visé par l'article 43, 6<sup>e</sup> alinéa LAMal susmentionné (Message du Conseil fédéral du 6 novembre 1991 sur la révision de l'assurance-maladie, FF 1992 I 162).

6.1 Dans la tarification à la prestation, chaque prestation tarifée se voit attribuer un nombre de points. Cela permet de déterminer la valeur abstraite de chaque prestation et la relation entre les valeurs de prestations (structure des tarifs). Si l'on multiplie ensuite la valeur du point tarif (exprimée en francs et centimes) par le nombre de points attribué à une prestation, on obtient la valeur concrète de celle-ci, soit son prix (FF 1992 I 155).

Dans son message sur la révision de l'assurance-maladie (FF 1992 I 155), le Conseil fédéral a mentionné qu'il était indiqué de prévoir une structure tarifaire fixée de façon uniforme pour toute la Suisse et ceci par des conventions passées entre partenaires tarifaires. En revanche, pour ce qui est de la valeur du point, celle-ci continuera d'être fixée par des accords tarifaires décentralisés pour mieux tenir compte des différences de coûts (salaires et prix).

7. En signant la convention suisse, l'Association suisse des sages-femmes (ci-après: ASSF) et le Concordat des assureurs-maladie suisses (ci-après: CAMS) se sont mis d'accord sur une structure tarifaire uniforme ainsi que sur des indemnités forfaitaires en ce qui concerne certaines prestations tout en laissant ouverte la valeur du point.

La convention suisse a été élaborée à partir d'une pratique de sage-femme modèle. Chaque prestation a été évaluée et calculée en fonction du temps consacré et ce, en référence à l'ensemble des prestations recensées. Ces prestations ont ensuite été évaluées selon leur importance par le biais d'une procédure de calcul complexe. Ainsi en comparaison avec les prestations de soins usuelles, celles relatives à l'aide à l'accouchement proprement dit ont été plus hautement estimées. Pour fixer la taxation des prestations, on s'est servi du salaire moyen brut de fr. 65 163.– gagné par les sages-femmes en milieu hospitalier en 1993 (respectivement fr. 66 871 en 1995) et ce, sur la base des données H+. Ces salaires moyens ont été élaborés à partir de

20 grands hôpitaux de Suisse et proportionnellement au nombre de lits existant dans chaque canton concerné. Lorsque la valeur du point est fixée à fr. 1.–, une sage-femme indépendante travaillant à plein temps devrait atteindre un chiffre d'affaire de fr. 95 394.– (respectivement de fr. 97 502.– en 1995).

Au surplus, la structure tarifaire de cette convention a été établie en fonction de plusieurs paramètres, soit de montants fixes (frais de matériel, d'usage courant, etc.), de points attribués à la prestation et/ou du temps consacré. De plus, il y est expressément spécifié que les consultations téléphoniques, le travail de nuit et du week-end ainsi que le temps passé aux déplacements sont déjà compris dans les rémunérations du tarif. Il en va de même de l'indemnité kilométrique qui comprend tous les frais du véhicule y compris l'amortissement. Les frais de médicaments sont remboursés à la sage-femme par les assureurs-maladie pour autant que leur usage soit en rapport avec l'accouchement ainsi que la naissance et que leur administration par la sage-femme soit conforme aux dispositions cantonales en vigueur. De plus, le service de garde assuré avant le terme présumé de l'accouchement ou les soins du post-partum ne sont pas pris en considération.

On le voit bien, cette convention n'a pas seulement fixé la structure tarifaire pour les prestations selon le temps, le nombre de points et/ou des forfaits mais a également tenu compte de tous les frais pouvant être pris en compte, y compris les frais liés au déplacement. Ainsi, en tant que cette convention a été signée par les parties et approuvée par le Conseil fédéral conformément aux articles 46, 5<sup>e</sup> alinéa et 43, 5<sup>e</sup> alinéa LAMal, que le répertoire tarifaire pour les prestations des sages-femmes est partie intégrante de la convention et qu'il est défini comme une structure tarifaire uniforme fixée sur le plan suisse pour les tarifs à la prestation, il faut admettre que cette convention fixe un cadre bien défini et que seule la valeur du point fixée par l'autorité cantonale peut être remise en cause à l'exception de tous les autres éléments retenus dans la convention suisse. Dès lors, les arguments des parties et en particulier de l'ASSF-GE y afférents tels que ceux relatifs au temps consacré aux soins, à la préparation à l'accouchement, à l'accouchement proprement dit, aux distances de déplacement etc. doivent être écartés. Le Conseil fédéral reviendra ci-après sur cette argumentation en tant que de besoin.

8. Les parties à la convention se sont mises d'accord sur une pratique de sage-femme modèle ainsi que sur la structure tarifaire de base mais pas sur la valeur du point. Le salaire de référence moyen de fr. 65 153.– ainsi que la valeur du point de fr. 1.– ont servi aux dites parties uniquement en tant que

bases de calcul pour fixer le nombre de points tarif à attribuer à chaque prestation et déterminer en nombre de points les différences de valeur entre elles. Dès lors, les parties ne se sont entendues ni sur le salaire de référence de fr. 65 153.– ni sur la valeur du point de fr. 1.–. Par conséquent, pour fixer la valeur du point au niveau cantonal, il s'agit uniquement de déterminer le salaire de référence. Un salaire de référence plus élevé conduit, selon le modèle retenu, à une hausse des coûts de la pratique des sages-femmes et ainsi à une valeur du point plus élevée sans pour autant influencer le catalogue des prestations et le temps nécessaire à leur exécution.

Les gouvernements cantonaux sont ainsi autorisés à prendre en considération les spécificités de leur canton pour fixer la valeur du point applicable et, lorsque cela est justifié, de s'écarter du salaire de référence retenu pour établir la convention suisse.

9. Pour fixer la valeur du point à fr. 1.20, le Conseil d'Etat s'est en particulier fondé sur les éléments chiffrés précis et contenus dans les observations faites par l'ASSF-GE et la FGAM les 12 et 14 janvier 1997. Ce faisant, il a tenu compte de la comparaison de l'ASSF-GE entre le travail d'une sage-femme indépendante et celui d'une sage-femme hospitalière, le salaire de base d'une sage-femme indépendante devant être comparé, au minimum, à celui d'une infirmière en santé publique ou à une sage-femme ayant un niveau supérieur de responsabilités. Ainsi, à Genève, selon l'échelle de salaire des fonctionnaires, ces professionnelles seraient en classe 15/8 et gagneraient un salaire annuel de fr. 84 720.–. Il convient donc de voir dans quelle mesure une comparaison entre le travail d'une sage-femme hospitalière et celui d'une sage-femme indépendante est admissible et si oui, dans quelle mesure le salaire retenu par le Conseil d'Etat pour fixer la valeur du point tient compte des particularités régionales et correspond au salaire de référence à prendre en considération pour le canton de Genève.

10. Les activités par nature équivalentes ne sont pas toujours rémunérées de la même façon d'un canton à l'autre. Au contraire, il peut y avoir parfois de grosses différences de salaires pour la même activité. Ainsi, il faut admettre que les règlements cantonaux relatifs aux traitements des salaires transcrivent dans une certaine mesure les particularités régionales, lesquelles comprennent notamment le niveau des salaires et des coûts. Il est donc admissible de se fonder sur ces traitements de salaire pour fixer la valeur du point. Cela peut également se justifier du fait que les parties à la convention suisse se sont basées pour la tarification sur des salaires cantonaux moyens bruts (cf. chiffre II. 7 ci-dessus). Dès lors la valeur du point à fixer peut varier en fonction du salaire de référence cantonal retenu.

Il faut relever que l'échelle des classes de traitement cantonale ne constitue pas le seul critère pour fixer la valeur du point. Toutefois, en l'absence d'autres données, comme par exemple les salaires cantonaux des sages-femmes indépendantes, force est de recourir à cette référence pour fixer la valeur du point.

10.1 Si l'on compare, en milieu hospitalier, les fonctions d'une sage-femme ayant une fonction dirigeante avec celle d'une sage-femme soignante, il apparaît clairement que la première ne s'occupe personnellement que de peu de patientes. Son travail habituel consiste plus en un travail de surveillance administrative et professionnelle des sages-femmes pour ce qui a trait à leur formation, à leur formation complémentaire, ainsi que l'organisation du travail (par ex. faire le plan de service, etc.). En revanche, la tâche d'une sage-femme soignante consiste essentiellement à s'occuper des patientes dans la salle d'accouchement et dans la salle des soins. Dès lors, on comprend aisément qu'une sage-femme exerçant une fonction dirigeante au sein d'un hôpital et assumant de grandes responsabilités gagne un salaire plus élevé qu'une sage-femme soignante.

Une sage-femme indépendante ne peut être admise ni dans l'une ni dans l'autre des catégories précitées. En effet, d'un côté, en plus des naissances à domicile, des soins et de la prise en charge des patientes, les sages-femmes indépendantes doivent encore se soucier de leur travail administratif ainsi que de leur propre organisation sans pour autant avoir à exercer une fonction dirigeante. D'un autre côté, une sage-femme indépendante n'exerce pas les mêmes fonctions qu'une sage-femme hospitalière et ne peut dès lors en règle générale lui être assimilée en ce qui concerne le salaire. Toutefois, leur travail est à la base comparable.

Ainsi, bien qu'à première vue il est possible de comparer le travail d'une sage-femme indépendante à celui d'une sage-femme hospitalière, il est difficile de la classer dans une catégorie particulière de sage-femme travaillant en milieu hospitalier. Partant il faut en tout cas retenir comme principe de base qu'à degré de responsabilité analogue, une sage-femme indépendante ne doit pas être désavantagée par rapport à une sage-femme hospitalière (cf. ég. JAAC 48.46, p. 320 ss.). Il est donc, sous cet angle, également admissible de se baser sur la comparaison des salaires cantonaux des sages-femmes hospitalières pour la fixation de la valeur du point.

10.2 Il reste donc à examiner en l'espèce à quelle classe de l'échelle des traitements correspond le salaire déterminant pour les sages-femmes du canton de Genève et à voir dans quelle mesure la classe 15/8 peut être retenue.

Selon la loi du 21 décembre 1973 concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat et des établissements hospitaliers (ci-après loi sur le traitement; B 5 15), la rémunération des membres du personnel de l'Etat de Genève, y compris le personnel des établissements hospitaliers dépendant de l'assistance médicale, se détermine en fonction d'une échelle de traitement (art. 1 et 2 de la loi précitée). Cette échelle est composée de 33 classes de traitement, chaque classe étant subdivisée en 15 positions. Le traitement maximum de chaque classe est atteint par 15 augmentations calculées sur le traitement minimum de la classe (art. 2, 2<sup>e</sup> al. de la loi sur le traitement). Au début de chaque année civile, et après 6 mois au moins d'activité dans sa fonction, le membre du personnel a droit, jusqu'au moment où le maximum de la classe dans laquelle est rangée sa fonction est atteint, à l'augmentation annuelle prévue par l'échelle des traitements (art. 12, 1<sup>er</sup> al. de la loi sur le traitement). Sauf exception, le traitement maximum de chaque fonction est atteint dans un premier temps par 12 augmentations annuelles successives. Trois ans après le début de l'année au cours de laquelle un membre du personnel de l'Etat ou des établissements hospitaliers n'a plus reçu d'augmentation annuelle de traitement, indexation mise à part, il lui est accordé une treizième augmentation annuelle correspondant à la classe prévue pour la fonction qu'il occupe conformément à l'article 12. Le membre du personnel bénéficie une deuxième puis une troisième fois de la même mesure (quatorzième et quinzième augmentation annuelles) chaque fois après un nouvel intervalle de 3 ans (art. 2, 3<sup>e</sup> al. de la loi sur le traitement).

Le traitement initial dépend de la classe prévue pour la fonction. Il est fixé conformément à l'échelle des traitements définie à l'article 2 de la loi sur le traitement (art. 3, 1<sup>er</sup> al. du règlement d'application du 17 octobre 1979 de la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat et des établissements hospitaliers; ci-après règlement d'application). Durant une période probatoire de 3 ans, le traitement initial, fixé par l'autorité ou l'organe d'engagement ou de nomination, peut se situer au dessous de celui fixé pour la fonction (art. 11 de la loi sur le traitement). Après cette période probatoire, la classe prévue pour la fonction est accessible lorsque le titulaire répond aux exigences définies par la méthode d'évaluation et accomplit à satisfaction les tâches qui lui sont confiées (art. 2, 2<sup>e</sup> al. du règlement d'application).

Le Conseil d'Etat établit et tient à jour le règlement et le tableau de classement des fonctions permettant de fixer la rémunération de chaque membre du personnel en conformité de l'échelle des traitements (art. 4 de la loi sur le traitement). Il appert que dans le canton de Genève, «le salaire d'une

sage-femme à l'engagement se situe en classe 11. Il est fixé en tenant compte des années de pratique (annuités). Le personnel est engagé 2 classes en dessous de sa classe de fonction pendant la période probatoire d'une durée de trois ans. Au terme de cette période le salaire d'une sage-femme se situe en classe 13» (détermination du Conseil d'Etat du 4 décembre 1997, p. 1).

Ainsi, pour 1997, année de l'entrée en vigueur de l'arrêté querellé, le traitement de la sage-femme dans le canton de Genève se présentait comme suit:

Classe	salaire minimum 1997	salaire maximum 1997
11	cl. 11/0 : fr. 59 203.–	cl. 11/15 : fr. 81 418.–
13	cl. 13/0 : fr. 64 651.–	cl. 13/15 : fr. 88 906.–

10.3 Vu les considérants susmentionnés aux points 9 et 9.1, il y a lieu en l'espèce de déterminer une classe de salaire qui ne désavantage pas, à degré de responsabilité analogue, une sage-femme indépendante par rapport à une sage-femme hospitalière. Il faut donc choisir en l'espèce une classe de salaire pour une sage-femme indépendante active et ayant des responsabilités, respectivement une moyenne y relative en tant que salaire de référence. Pour cela, il faut considérer qu'une sage-femme indépendante fournit une large palette d'activités qui, à côté du travail administratif, englobe également les prestations de soins et l'aide à l'accouchement. Bien qu'il soit difficile de déterminer la classe de salaire y afférente de manière exacte, il convient de prendre en considération, pour le salaire de référence, une moyenne entre le salaire minimal d'une sage-femme ayant deux ans d'expérience professionnelle et le salaire maximal d'une telle sage-femme. Ce faisant, on tient compte de l'article 45, 1<sup>er</sup> al., lettre b de l'ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMal, RS 832.102) selon lequel une sage-femme pour être reconnue comme fournisseur de prestations au sens de l'assurance-maladie doit «avoir exercé deux ans auprès d'une sage-femme admise en vertu de l'ordonnance ou dans la division d'obstétrique d'un hôpital ou dans un cabinet médical spécialisé sous la direction d'une sage-femme» tout en prenant en considération l'expérience professionnelle d'une sage-femme. Ce procédé permet également de prendre en compte dans la comparaison des responsabilités assumées par les deux catégories de sages-femmes le fait qu'une sage-femme indépendante, comme le souligne l'ASSF-GE, travaille seule et doit être attentive au moindre petit signal afin de détecter l'apparition d'une nouvelle pathologie et, si tel est le cas, faire intervenir un médecin. C'est en effet également pour cette raison que le salaire maximal retenu pour fixer le salaire de référence est le salaire le plus élevé que peut gagner une sage-femme hospitalière sans fonction dirigeante.

Cela étant, il n'y a pas de raison d'une part de retenir pour salaire de référence uniquement un salaire relativement haut comme l'ont fait l'ASSF-GE et le Conseil d'Etat. Celles-ci ne sont en effet pas systématiquement et constamment confrontées à de grosses responsabilités quand bien même elles doivent toujours rester vigilantes. D'autre part, les risques et les responsabilités propres à leur profession sont compensés par d'autres avantages (comme par exemple la flexibilité dans l'organisation de leur travail) et ont du reste déjà été pris en compte lors de l'élaboration de la structure tarifaire (v. chiffre II. 7).

Ce procédé se justifie également au regard de la convention suisse laquelle prend pour base une moyenne de salaire.

10.4 Dès lors il y a lieu de retenir comme salaire annuel minimal pour fixer la valeur du point celui d'une sage-femme débutante mais travaillant au service de l'Etat depuis 2 ans, savoir, en 1997, fr. 62 165.- (classe 11/2). Le salaire annuel maximal à retenir est celui que pouvait obtenir en 1997 une sage-femme travaillant en milieu hospitalier sans exercer une fonction dirigeante, savoir fr. 88 906.- (classe 13/15). Ainsi, en considérant que le salaire de référence représente une moyenne entre ces deux salaires, il s'élève à fr. 75 535.50 ce qui correspond à une valeur du point tarif de fr. 1.15.

Il n'est pas indiqué ici de retenir dans le salaire de référence un montant qui tiendrait compte pour les sages-femmes indépendantes d'une indemnité pour le travail de nuit et du week-end du moment que la convention suisse a réglé cette question à son article 2. En effet, ces prestations ont déjà été portées en compte dans les tarifs. Elles ont donc été prises en considération lors de l'élaboration de la pratique de sage-femme modèle et de la taxation des prestations au moyen du salaire brut de fr. 65 153.-. Partant, on ne saurait, comme le demande l'ASSF-GE, retenir le revenu annuel de la classe de traitement fixé, savoir fr. 84 720.-, en tant que salaire net afin de compenser la perte de dite indemnisation.

On relèvera enfin que, lorsque l'on examine les coûts d'un cabinet modèle tels qu'analysés par le CAMS avec pour salaire de référence le salaire annuel moyen brut de fr. 65 153.-, on s'aperçoit qu'audit salaire ont été ajoutés fr. 10 294.- (15,8% du salaire) pour les prestations sociales. Cela étant, il apparaît que, dans son calcul, le CAMS a tenu compte par ce moyen des charges sociales élevées (35% selon l'ASSF-GE) assumée par les sages-femmes indépendantes.

11. Dans son recours du 16 mai 1997 ainsi que dans sa détermination du 9 décembre 1997, l'ASSF-GE requiert notamment, avec la fixation du point

à fr. 1.25, le maintien du revenu antérieur des sages-femmes dans le canton de Genève. Le Conseil d'Etat a également pris en considération cet argument puisque comme mentionné plus haut, il a fixé la valeur dont est litige en tenant compte de la convention entre l'ASSF-GE et la FGAM du 23 janvier 1996 ainsi que ceux pratiqués antérieurement et des éléments chiffrés précis y relatifs contenus dans les observations de l'ASSF-GE au Conseil d'Etat du 12 janvier 1997. Il convient donc d'analyser si c'est à bon droit que le Conseil d'Etat a retenu ce critère.

Conformément à la jurisprudence du Conseil fédéral (JAAC 48.46, p. 322), un fournisseur de prestations indépendant doit être considéré comme un chef d'entreprise assumant sa propre responsabilité financière. Dès lors, lui seul peut et doit en assumer les risques. Ainsi, il n'appartient ni au Conseil d'Etat, ni aux assureurs-maladie, ni aux assurés de garantir ou assumer, sur la base de la LAMal, une perte de revenu liée à la conclusion de la convention suisse. Partant, la fixation de la valeur du point ne saurait assurer une garantie de revenu aux sages-femmes. Une hausse de dite valeur basée sur ce motif doit donc être écartée.

Il sied de relever ici également qu'une hausse de la valeur du point ne doit pas permettre d'assurer aux sages-femmes du canton de Genève un revenu minimum par mois et de compenser par ce biais un faible taux d'activité. En effet, la valeur du point est fixée en considération de spécificités cantonales et sur la base d'une activité d'une sage-femme travaillant à plein temps. Dès lors, une sage-femme indépendante travaillant à temps partiel et/ou n'étant pas complètement occupée par son travail obtiendra un salaire proportionnellement plus bas que ses collègues œuvrant à 100% puisque finalement seules les prestations effectives sont facturées et ce, conformément à la convention suisse. La jurisprudence susmentionnée est ainsi respectée également sous cet angle.

12. Il ressort du chiffre II. 7 ci-avant que la structure tarifaire de la convention signée au niveau suisse est uniforme et fixe un cadre bien défini en fonction de différents éléments qui ne peuvent être remis en cause ici pour justifier une hausse de la valeur du point. Dès lors en fixant cette valeur, il en va uniquement de fixer un salaire de référence tenant compte des particularités cantonales. Les arguments des parties relatifs à dite structure ne peuvent donc être pris en compte ici et justifier une hausse de la valeur du point tarif.

Ainsi,

- on ne peut retenir, pour modifier la valeur du point, la position de l'ASSF-GE affirmant, au sujet de la différence de travail entre une sage-

femme hospitalière avec une sage-femme indépendante que cette dernière travaillerait d'une manière rémunérée pas plus de 5 heures par jour (5 visites par jour), que la durée de 35 minutes pour une consultation ne serait pas réaliste et même irresponsable, que pendant une consultation «normale», il serait exclu de faire en 30 minutes tous les contrôles nécessaires y compris la préparation du périnée et la prévention, que le temps de déplacement pris en considération serait largement insuffisant et que le temps de parking, pied, escalier aurait été complètement ignoré. En effet, le temps consacré à chaque prestation a été évalué lors de l'élaboration de la convention suisse avec, entre autres, comme base de calcul une valeur du point de fr. 1.– et ce, afin de fixer les points à attribuer aux prestations, parfois même en fonction d'une certaine durée. Partant, comme la convention suisse a été signée par les parties et approuvée par le Conseil fédéral, il faut bien admettre que le temps estimé pour fixer les points à attribuer aux prestations et donc le temps consacré à chacune des prestations recensées, y compris le temps de déplacement, ne peut être remis en cause. Cela est d'autant plus vrai que la convention suisse règle également le temps consacré pour les consultations téléphoniques, le travail de nuit et du week-end ainsi que les déplacements en ce sens que ces activités ne peuvent être portées en compte en sus des rémunérations prévues au chapitre II de la convention (art. 2 de dite convention).

- l'ASSF-GE souligne également que, contrairement aux médecins, les sages-femmes ne connaissent pas différentes catégories de rémunération à savoir privée, mi-privée ou division générale et que le tarif est le même qu'il s'agisse d'une femme assurée «privé» ou «général». On ne saurait toutefois retenir cet argument pour modifier la valeur du point tarif. En effet, d'une part, il faut relever que la loi sur l'assurance-maladie ne règle que l'assurance-maladie obligatoire des soins (art. 1 LAMal) à l'exception des prestations supplémentaires accordées en division mi-privée ou privée. Partant le fait que les prestations des sages-femmes ne concernent que les soins de base au sens de la LAMal ne peut en aucun cas justifier une augmentation de la valeur du point au motif pris que d'autres fournisseurs de prestations bénéficieraient, en sus des rémunérations comprises par la LAMal, d'autres rémunérations. D'autre part et de toute façon, cet argument ne porte pas sur une particularité propre au canton de Genève qui justifierait une modification de la valeur du point.
- l'ASSF-GE soutient aussi que, dans la majeure partie des cantons suisses alémaniques, les sages-femmes reçoivent une indemnité d'astreinte (Warte- oder Wöchnerinnengeld) pouvant se monter à environ fr. 600.– par femme et que ces indemnités sont versées par le canton et/ou la com-

muné. C'est d'ailleurs, aux dires de l'ASSF-GE, une des raisons principales pour laquelle l'association des sages-femmes romandes tenait à réserver une valeur du point plus élevée qu'en Suisse alémanique. En l'espèce, il n'est pas contesté que, dans certains cantons, les sages-femmes bénéficient d'une telle indemnité. Toutefois, celle-ci émane des pouvoirs publics cantonaux et non pas des assureurs-maladie. Il n'y a donc aucune raison que la valeur du point soit augmentée pour compenser une telle indemnité. Il appartient en effet en réalité aux sections cantonales de l'ASSF d'entreprendre des démarches auprès de leurs autorités cantonales et/ou communales pour obtenir de leur part une indemnité d'astreinte.

13. En ce qui concerne la question du renchérissement, il y a lieu de relever que celle-ci est expressément réglée à l'article 10, 2<sup>e</sup> alinéa de la convention suisse. En effet, «si le renchérissement accumulé depuis la signature de la convention dépasse 5%, et compte tenu de la situation économique, des négociations peuvent être entamées en vue d'adapter les tarifs». Par conséquent, cette question exorbité au présent litige en ce sens que seule est contestée ici la valeur du point. En tout état de cause, le renchérissement intervenu par rapport à son niveau en 1995, savoir depuis la signature de la convention, n'ayant pas dépassé les 5% fixés à l'article précité, une hausse de la valeur du point ne pourrait de toute façon pas intervenir pour ce motif.

14. Il convient de relever également ici que le Conseil fédéral a pris en considération pour fixer in casu le point à fr. 1.15 les valeurs fixées dans d'autres cantons, notamment en ce qui concerne le canton de Zurich, canton-ville comme Genève. En effet, dans sa décision du 11 février 1998 concernant ledit canton, l'autorité de céans s'est basée comme en l'espèce, en l'absence de données suffisantes pour établir la vérité des coûts, sur l'échelle cantonale des traitements des sages-femmes hospitalières et a fixé la valeur du point tarif à fr. 1.15. Le même jour, concernant les cantons de Berne, Saint-Gall et Fribourg, le Conseil fédéral a fixé dite valeur en fonction du même critère respectivement à fr. 1.10, 1.10 et 1.05. Dès lors, notamment au regard des prix pratiqués dans ces cantons, il apparaît que la valeur du point fixée pour Genève à fr. 1.15 se justifie également sous cet angle.

15. En application de l'article 61, 1<sup>er</sup> alinéa PA, il appartient au Conseil fédéral de fixer par la voie de réforme la valeur du point applicable aux sages-femmes indépendantes du canton de Genève. Dite réforme implique partant la modification de l'article 3 du règlement du 9 avril 1997.

Dès lors, le recours de la FGAM est partiellement admis dans le sens des considérants et la valeur du point est fixée à fr. 1.15 pour les prestations fournies par les sages-femmes indépendantes dans le canton de Genève et ce, avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 1997.

L'article 5 du règlement querellé est abrogé. Les prestations des sages-femmes sont rémunérées selon le système du tiers payant conformément à l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa de la Convention tarifaire suisse.

Le recours de l'ASSF-GE est rejeté dans la mesure où il est recevable.

...

17. Le Conseil fédéral adresse la présente décision aux destinataires du règlement attaqué en présumant qu'ils en informeront leurs membres (art. 11, 3<sup>e</sup> al. PA). En tant que la valeur du point est modifiée par la présente décision, le Conseil d'Etat est par ailleurs invité à publier le dispositif de dite décision dans la Feuille d'avis officielle cantonale.

## Rechtspflege in Krankenversicherungssachen

Im Jahre 1997 wurden dem BSV in Krankenversicherungssachen 1004 (Vorjahr 892) Entscheide kantonalen Versicherungsgerichte und 8 (9) Entscheide kantonalen Schiedsgerichte zugestellt. Das EVG hat 160 (158) Entscheide gefällt. Der Bundesrat hat aufgrund von Artikel 53 KVG 71 (30) Verwaltungsbeschwerden entschieden.

## Jurisprudence en matière d'assurance-maladie

En 1997, en matière d'assurance-maladie, 1004 (année précédente 892) jugements de tribunaux cantonaux des assurances et 8 (9) jugements de tribunaux arbitraux cantonaux ont été notifiés à l'OFAS. Le TFA a rendu 160 (158) arrêts. Le Conseil fédéral s'est prononcé, en vertu de l'article 53 LAMal, sur 71 (30) recours administratifs.

## Giurisprudenza in materia d'assicurazione malattie

Nel 1997, in materia d'assicurazione malattie, 1004 (anno precedente 892) sentenze di tribunali cantonali delle assicurazioni e 8 (9) sentenze di tribunali arbitrali cantonali sono state notificate all'UFAS. Il TFA ha emanato 160 (158) sentenze. Il Consiglio federale si è pronunciato, giusta l'articolo 53 LAMal, su 71 (30) ricorsi amministrativi.

## **Confronto dei redditi per la determinazione del grado d'invalidità** U 292 Sentenza del 27 novembre 1997 nella causa L. R.

**Confronto dei redditi per la determinazione del grado d'invalidità (art. 18 cpv. 2 LAINF):**

**Reddito ipotetico d'invalido. Pertinenza della prassi istituita dal Tribunale delle assicurazioni del Cantone Ticino (cons. 2c).**

**Vergleich der Einkommen zur Bestimmung des Invaliditätsgrades (Art. 18 Abs. 2 UVG):**

**Hypothetisches Invalideneinkommen. Berechtigung der vom Versicherungsgericht des Kantons Tessin eingeführten Praxis (Erw. 2c).**

**Comparaison des revenus pour la détermination du degré d'invalidité (art. 18 al. 2 LAA):**

**Revenu hypothétique d'invalidé. Bien-fondé de la pratique instituée par le Tribunal des assurances du canton du Tessin (cons. 2c).**

Estratto dei considerandi:

...

2. – c) Nel provvedimento su opposizione 24 ottobre 1995, l'INSAI aveva stabilito in fr. 37 200.– il reddito ipotetico d'invalido realizzabile dall'assicurato nell'anno 1995, ammettendo il diritto ad una rendita d'invalidità del 30%. Con il ricorso al Tribunale federale delle assicurazioni l'Istituto assicuratore ribadisce sostanzialmente gli argomenti addotti in sede amministrativa; ritenuto un reddito ipotetico d'invalido di fr. 37 100.– nel 1995, conclude per l'erogazione di una rendita di medesima entità. Asserisce che a torto l'ultima istanza cantonale avrebbe fatto capo ad una sua teoria introdotta nel 1995, secondo la quale nel Cantone Ticino un semplice operaio non potrebbe pretendere un salario ipotetico d'invalido superiore a fr. 35 000.– per gli anni 1994/95. A suo avviso, tale modo di operare sarebbe arbitrario e violerebbe il principio della parità di trattamento, dato che non terrebbe conto né delle attendibili indagini economiche compiute dalla INSAI, né della valutazione concreta effettuata nel caso di specie. Il giudizio cantonale sarebbe arbitrario anche perché non prende in considerazione l'attuale situazione congiunturale cui sono confrontati i datori di lavoro, in particolare per quanto concerne i costi dell'assicurazione contro gli infortuni professionali.

In sostanza, nella presente evenienza è contestata l'ormai affermata prassi istituita dal Tribunale delle assicurazioni del Cantone Ticino per la valutazione dell'invalidità. Secondo la stessa, devono essere considerati i salari che la medesima giurisdizione ha accertato in base alle tabelle dell'Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro, tenendo conto del particolare mercato del lavoro ticinese (SVR 1996 UV n° 55, pag. 184–186 consid. 2.7–2.11). La pertinenza di tale giurisprudenza è già stata ammessa da questa Corte nelle sentenze 24 luglio 1997 in re M., U 156/95, 7 gennaio 1997 in re D., U 152/95, e 12 novembre 1996 in re F., U 69/96; dalla medesima, come pure dai salari di riferimento ritenuti in quel contesto, non si vede motivo di scostarsi in concreto. Nel 1995, anno determinante per la commisurazione del diritto alla rendita di L.R. detto reddito ammontava a fr. 35 000.– annui in media.

## **Beschwerderecht der «andern Sozialversicherung»**

### **U 293 Urteil des EVG vom 28. November 1997**

#### **i. Sa. W. H.**

#### **Beschwerderecht der «andern Sozialversicherung» (Art. 129 UVV):**

**Die «andere Sozialversicherung» ist berechtigt, einen Einspracheentscheid des Unfallversicherers mit Beschwerde beim kantonalen Gericht anzufechten, auch wenn sie gegen die ursprüngliche Verfügung nicht Einsprache erhoben hatte; Voraussetzung bildet selbstverständlich, dass die Verfügung, zufolge Einspracheerhebung durch den Versicherten selbst, nicht in Rechtskraft erwachsen ist (Erw. 3).**

#### **Droit de recours de l'«autre assurance sociale» (art. 129 OLAA):**

**L'«autre assurance sociale» a qualité pour recourir auprès du tribunal cantonal contre une décision sur opposition de l'assureur-accidents quand bien même elle n'avait pas fait opposition à la décision d'origine, à la condition, évidemment, que ladite décision, par suite de l'opposition formée par la personne assurée elle-même, ne soit pas passée en force de chose jugée (cons. 3).**

#### **Diritto di ricorso dell'«altro organo d'assicurazione sociale» (art. 129 OAINF):**

**L'«altro organo d'assicurazione sociale» è legittimato ad impugnare una decisione su opposizione di un assicuratore-infortuni mediante ricorso al tribunale cantonale anche se non aveva fatto opposizione alla decisione iniziale a condizione ovviamente che, in seguito all'opposizione dell'assicurato stesso, la decisione non sia passata in giudicato (cons. 3).**

Auszug aus den Erwägungen:

...

3. – a) Die Vorinstanz kommt ohne nähere Begründung zum Ergebnis, der Versicherer habe das Beschwerderecht verwirkt, weil er gegen die Verfügung (der SUVA) vom 9. Juni 1994 nicht Einsprache erhoben hat.

Diese Auffassung steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zu Art. 129 UVV (in der bis 31. Dezember 1995 gültig gewesenen Fassung). Im nicht veröffentlichten Urteil D. vom 8. Februar 1990 wurde die Beschwerdelegitimation eines Versicherers anerkannt, obwohl dieser gegen die ursprüngliche Verfügung nicht Einsprache erhoben hatte; das Eidgenössische Versicherungsgericht stellte fest, es gebe keine Gründe, die Beschwerdelegitimation des Versicherers zu verneinen,

nachdem der Versicherte selbst gegen die ursprüngliche Verfügung Einsprache erhoben und damit verhindert hatte, dass jene in Rechtskraft erwuchs.

b) Vorliegend ist allerdings, gemäss dem Grundsatz, wonach neue Verfahrensregeln sofort anwendbar sind, Art. 129 UVV in der neuen, am 1. Januar 1996 in Kraft getretenen Fassung massgebend (BGE 112 V 360 Erw. 4a; vgl. auch BGE 111 V 47; *Rhinow/Krähenmann*, Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt am Main 1990, S. 45 Ziff. III/f); denn streitig ist, ob der Versicherer X. legitimiert ist, den am 2. Februar 1996 ergangenen Einspracheentscheid der SUVA anzufechten.

Absatz 2 der neuen Fassung von Art. 129 UVV lautet wie folgt:

«Erhebt eine andere Sozialversicherung gegen eine Verfügung Einsprache oder Beschwerde, so ist der versicherten Person die Einsprache durch den verfügenden Versicherer, die Beschwerde durch die Beschwerdeinstanz zur Vernehmlassung zuzustellen. Die versicherte Person kann Parteirechte wahrnehmen. Gefällte Entscheide entfalten auch für sie Rechtswirkung.»

Die Bestimmung verwendet den Begriff der Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG, worunter u. a. auch Einspracheentscheide fallen. Die andere Sozialversicherung hat also die Möglichkeit, entweder Einsprache gegen eine ursprüngliche Verfügung oder aber Beschwerde gegen einen Einspracheentscheid zu erheben. Verzichtet sie auf die Erhebung einer Einsprache gegen die Verwaltungsverfügung, entfällt selbstverständlich die Möglichkeit zur Beschwerdeführung, wenn jene in Rechtskraft erwächst. Hat indessen der Versicherte seinerseits gegen die ursprüngliche Verfügung Einsprache erhoben, ist der andere Versicherer berechtigt, den Einspracheentscheid mit Beschwerde anzufechten, auch wenn er nicht selbst gegen die Verwaltungsverfügung Einsprache erhoben hatte. Der neu gefasste Art. 129 UVV hat also diesbezüglich nichts am Rechtszustand geändert, wie er nach der Rechtsprechung während der Geltungsdauer der alten Fassung bestand.

c) Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das, was im Zusammenhang mit Art. 129 UVV (alte und neue Fassung) zum Beschwerderecht des anderen Sozialversicherers gilt, in Übereinstimmung steht mit der Rechtsprechung zur Legitimation des Krankenversicherers zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Diese Legitimation ist zu bejahen, auch wenn nur der Versicherte den Einspracheentscheid des Unfallversicherers bei der kantonalen Beschwerdeinstanz angefochten hatte (RKUV 1989 Nr. U 82 S. 432 Erw. 1). Zu verweisen ist auch auf die vergleichbare Rechtsprechung im Bereich der

paritätischen Sozialversicherungsbeiträge: Die von Verfügungen über solche Beiträge mitbetroffenen Arbeitnehmer sind auch dann zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt, wenn nur der abrechnungspflichtige Arbeitgeber gegen die ursprüngliche Verwaltungsverfügung bei der kantonalen Instanz Beschwerde eingereicht hatte (nicht veröffentlichtes Urteil N. vom 4. Dezember 1981).

d) Nach dem Dargelegten ist der Versicherte X. legitimiert, gegen den Einspracheentscheid vom 2. Februar 1996 beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde einzureichen. Dessen Entscheid ist daher, soweit er das Nichteintreten auf die Beschwerde des Versicherten X. zum Gegenstand hat, aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an die kantonale Instanz zurückzuweisen.

## Prämien in der Nichtberufsunfallversicherung

### U 294 Urteil des EVG vom 3. Dezember 1997 i. Sa. P. B.

#### **Prämien in der Nichtberufsunfallversicherung (NBU) (Art. 92 Abs. 1 und 6 UVG):**

**Die nach der Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für die Unfallversicherung von den UVG-Versicherern bei der Festsetzung der NBU-Prämien zu beachtenden Grundsätze und Kriterien entsprechen den gesetzlichen Vorgaben. Bei der Überprüfung der Prämientarife hat der Richter den grossen Ermessensspielraum, welcher den Versicherern bei der Prämienfestsetzung zusteht, zu respektieren (Erw. 1).**

#### **Primes dans l'assurance des accidents non professionnels (ANP) (art. 92, 1<sup>er</sup> et 6<sup>e</sup> alinéas LAA):**

**Les principes et critères qui, selon la pratique de la commission fédérale de recours en matière d'assurance-accidents, doivent être observés par les assureurs-LAA sont conformes aux normes légales. Lorsqu'il examine les tarifs des primes, le juge se doit d'observer le large pouvoir d'appréciation que dispose les assureurs pour fixer leurs primes (cons. 1).**

#### **Premi dell'assicurazione contro gli infortuni non professionali (INP) (art. 92 cpv. 1 e 6 LAINF):**

**I principi e i criteri che, secondo la prassi della Commissione federale di ricorso per l'assicurazione contro gli infortuni (vedi SVR 1997 UV n. 75-78), gli assicuratori LAINF devono osservare riguardo alla determinazione dei premi INP sono conformi alle prescrizioni legali. Controllando le tariffe dei premi il giudice deve rispettare l'ampio margine di discrezionalità spettante agli assicuratori per la determinazione dei premi (cons. 1).**

#### I.

A. – P. B., Dr. med. vet., führt in B. eine Kleintierpraxis. Die Durchführung der Unfallversicherung nach UVG hat er dem Unfallversicherer X. übertragen. Dessen Tarif für die Nichtberufsunfall-Versicherung (NBU-Tarif) sah ab 1. Januar 1993 für sämtliche Versicherten eine Einheitsprämie vor. Auf 1. Januar 1995 revidierte sie, in Absprache mit den übrigen in der Schweizerischen Vereinigung privater Kranken- und Unfallversicherer (PKU; heute SVV) zusammengeschlossenen UVG-Versicherern, den NBU-Tarif erneut. An die Stelle des Einheitstarifs trat ein solcher mit vier Tarifklassen (11/10, 12/10, 13/10, 14/10; im folgenden kurz 11, 12, 13, 14), für welche unterschiedliche Prämiensätze festgelegt wurden.

Der Versicherer teilte P. B. am 21. Oktober 1994 mit, seine Kleintierpraxis werde auf 1. Januar 1995 der Tarifklasse 14 zugeordnet, was eine Prämienhöhung von bisher 13,57 auf neu 15,88 Lohnpromille zur Folge habe. Gegen die Prämienhöhung bzw. die Zuweisung seiner Praxis zur Tarifklasse 14 erhob P. B. Einsprache, welche vom Versicherer mit Entscheid vom 16. November 1994 abgewiesen wurde.

B. – Gegen den Einspracheentscheid erhob P. B. Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für die Unfallversicherung (im folgenden: Rekurskommission), welche seinen Rechtsbegehren mit Entscheid vom 28. Juni 1996 entsprach, indem sie die Kleintierpraxis der NBU-Tarifklasse 13 zuordnete.

C. – Hiegegen erhebt der Versicherer Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem sinngemässen Begehren, die Kleintierpraxis von P. B. in die NBU-Tarifklasse 14 einzureihen.

P. B. verzichtet auf Vernehmlassung.

## II.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus folgenden Erwägungen gutgeheissen.

1. – a) Die Rekurskommission legt im angefochtenen Entscheid einlässlich dar, nach welchen Kriterien die Versicherten einer der vier NBU-Tarifklassen zugewiesen werden. Es werden die vier gedanklichen Schritte erläutert, welche dieser Zuteilung zugrunde liegen. Im ersten Schritt wird der Versicherte der Gemeinschaft seines Betriebs zugewiesen.

Dieser Betrieb wird im zweiten Schritt in die Gemeinschaft der gleichartigen Betriebe eingereiht; alle diese Betriebe tragen, auch zwecks Einreihung in den Berufsunfall-Tarif, die gleiche Risiknummer. Im dritten Schritt werden die Risiknummern zu Risiknummerngruppen zusammengefasst; Kriterium für die Gruppenbildung ist bei grösseren Betrieben die Ähnlichkeit des Risikosatzes in der Berufsunfallversicherung, bei Betrieben mit geringen Lohnsummen die Ähnlichkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit der Betriebsarten. Im vierten Schritt schliesslich werden die Risiknummerngruppen einer der vier NBU-Tarifklassen zugeordnet. Kriterium bildet die Ähnlichkeit des Risikosatzes für Kurzfristleistungen in der NBU-Versicherung; Risiknummerngruppen mit einem Risikosatz von mindestens 7,303 Promille werden der NBU-Tarifklasse 14 zugeteilt.

b) Die Rekurskommission hat einlässlich geprüft, ob das dargestellte Verfahren mit der Verfassung (Art. 4 BV: Gleichbehandlungsgebot) und

der gesetzlichen Grundlage (Art. 92 Abs. 1 und 6 UVG: Gebot der risikogerechten Prämien) vereinbar sei. Die Frage wurde mit zutreffender Begründung bejaht. Auf die entsprechenden Erwägungen wird verwiesen (vgl. hierzu auch die in SVR 1997 UV Nrn. 75–78 veröffentlichten Entscheide der Rekurskommission).

c) Zu verweisen ist weiter auf die zutreffenden Ausführungen der Rekurskommission, wonach den UVG-Versicherern beim Erlass von Tarifen ein weiter Ermessensspielraum zusteht, weshalb sich der Richter bei deren Überprüfung grosse Zurückhaltung auferlegt. Er beschränkt sich auf die Prüfung der Frage, ob ein Tarif oder eine einzelne Tarifposition dem Gebot der Gleichbehandlung (Art. 4 BV) und der Risikogerechtigkeit (Art. 92 Abs. 1 UVG) entspricht, wobei diese beiden Gebote inhaltlich deckungsgleich sind.

2. – a) Da vorliegend nicht Versicherungsleistungen streitig sind, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht nur zu prüfen, ob die Rekurskommission Bundesrecht verletzt hat, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).

b) Der Versicherer hat die Tierarztpraxen zusammen mit den Tierkliniken und den Tierheimen (im zweiten Schritt) der Risikonommer 8516 zugeteilt. Diese Risikonommer wurde sodann zusammen mit den nichtlandwirtschaftlichen Tierzuchtbetrieben, den Viehzuchtgenossenschaften, den Kindertierparks mit harmlosen Tieren, den Fischereibetrieben, den Fischzuchtbetrieben, den Betrieben der Jagd und Jagdaufsicht, dem Darm-, Fell-, Häute- und Tier-Grosshandel mit Manipulation, dem Tier-Detailhandel, den Wildpärken und Zoologischen Gärten und den Hundesalons in der Risikonummerngruppe 0103 zusammengefasst, welche ihrerseits, aufgrund ihres durchschnittlichen NBU-Risikosatzes für Kurzfristleistungen, der NBU-Tarifklasse 14 zugewiesen wurde.

Während P. B. im vorinstanzlichen Verfahren die Zuteilung der Tierarztpraxen zur Risikonummerngruppe 0103 als falsch beanstandete, hält der Versicherer an dieser Klassifizierung fest. Die Rekurskommission kommt im angefochtenen Entscheid zum Schluss, die Zuordnung der Tierarztpraxen zur Risikonummerngruppe 0103 und damit zur NBU-Tarifklasse 14 sei willkürlich; richtig sei deren Einreihung in die NBU-Tarifklasse 13. Dabei äussert sich die Rekurskommission nicht zur Frage, ob die Tierarztpraxis von P. B. zu Recht der Risikonommer 8516 (zweiter Gedankenschritt) zuge-

wiesen wurde. Sie stellt lediglich fest, dass Tierarztpraxen nicht der NBU-Tarifklasse 14 zugeteilt werden dürfen; diese gehörten, wie Arzt- und Zahnarztpraxen, Physio- und Ergotherapieinstitute, Spitäler und zahntechnische Ateliers (sowie weitere verwandte Betriebsarten), aufgrund der Ähnlichkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit zur Risikonummerngruppe 1103, welche der NBU-Tarifklasse 13 zugeteilt ist.

c) Wie erwähnt, hat die Rekurskommission offengelassen, ob Tierarztpraxen zu Recht zusammen mit den Tierkliniken und Tierheimen der Risikonummer 8516 zugeteilt sind. Sie kam zum Ergebnis, dass Tierarztpraxen jedenfalls, unabhängig von der Risikonummer, nicht in die Risikonummerngruppe 0103, welche zur NBU-Tarifklasse 14 gehört, eingeteilt werden dürfen. Den in dieser Risikonummerngruppe zusammengefassten Betrieben sei einzig gemeinsam, dass sie sich mit Tieren befassen. Im übrigen unterscheide sich aber die wirtschaftliche Tätigkeit der Betriebe bzw. Risikonummern beträchtlich.

d) Massgebende Kriterien für die Zusammenfassung von Risikonummern zu Risikonummerngruppen bilden, wie erwähnt (Erw. 1a hievor), bei grösseren Betrieben die Ähnlichkeit des Risikosatzes der Risikonummern in der Berufsunfallversicherung, bei Risikonummern mit kleinen Lohnsummen indessen die Ähnlichkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit der Betriebe. Die Rekurskommission hält dafür, dass für die Zuteilung der Tierarztpraxen zu einer Risikonummerngruppe wegen zu geringer Lohnsummen auf die Ähnlichkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit abgestellt werden müsse. Tierarztpraxen liessen sich weit eher mit Arzt- und Zahnarztpraxen vergleichen, welche zusammen mit weiteren Betrieben die Risikonummerngruppe 1103 bilden, die ihrerseits zur NBU-Tarifklasse 13 gehört, als mit den in der Risikonummerngruppe 0103 zusammengefassten – und in die NBU-Tarifklasse 14 eingeteilten – Betrieben. Die Nähe der Tierarztpraxen zu den Arzt- und Zahnarztpraxen ergebe sich hinsichtlich der angebotenen Dienstleistung (Behandlung und Heilung von Krankheiten), sodann auch aus der vergleichbaren Betriebsstruktur und der praktischen Tätigkeit der Angestellten (Telefon, Empfang, Medikamentenverkauf, Administration, Labor, Sprechstundenhilfe, Pflege und Bereitstellung von Instrumenten, Operationsassistentz).

e) Die von der Rekurskommission angeführten Ähnlichkeiten zwischen Tierarztpraxen einerseits sowie Arzt- und Zahnarztpraxen andererseits sind nicht von der Hand zu weisen. Indessen ist nicht zu übersehen, dass auch die vom Versicherer (in Übereinstimmung mit der PKU) beschlossene Zuweisung der Tierarztpraxen zur Risikonummerngruppe 0103 und damit zur

NBU-Tarifklasse 14 auf vertretbaren sachlichen Überlegungen beruht. Dies einerseits insofern, als alle dieser Risikonummerngruppe zugeteilten Betriebe (Erw. 2b hievor) das gleiche Risiko des Umgangs mit Tieren kennen. In Betracht fällt im weitern, dass, wie der Versicherer in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde dartut, der Risikosatz für kurzfristige NBU-Leistungen (NBU-Risikosatz) der in der Risikonummer 8516 zusammengefassten Betriebe (Tierarztpraxen, Tierkliniken, Tierheime) bei 7,61 Promille und damit näher beim Satz der Risikonummerngruppe 0103 (8,15 Promille) als der Risikonummerngruppe 1103 (6,56 Promille) und zudem näher beim durchschnittlichen Satz der NBU-Tarifklasse 14 (8,46 Promille) als jenem der Klasse 13 (6,62 Promille) liegt. Zudem liegt der NBU-Risikosatz der Risikonummer 8516 mit 7,61 Promille deutlich höher als jener der Risikonummern der Humanmedizin: Risikonummer 8511 (Arztpraxis) = 6,51 Promille; 8521 (Akutspital) = 6,72 Promille; 8522 (Psych. Klinik) = 7,03 Promille; 8610 (Altersheim) = 6,91 Promille. Diese Gegebenheiten dürfen bei der Frage der Zuteilung einer Risikonummer zu einer Risikonummerngruppe durchaus zusätzlich zu den von der Rekurskommission angeführten Kriterien berücksichtigt werden. Für die vom Versicherer verfügte Zuteilung der Tierarztpraxen zur NBU-Tarifklasse 14 bestehen somit durchaus sachliche, nachvollziehbare Gründe. Im übrigen erscheint auch die – von der Rekurskommission nicht beurteilte – Zuweisung der Tierarztpraxen zur Risikogruppe 8516 gerechtfertigt. Denn trotz der von P. B. zu Recht betonten Wandlung des Berufsbildes der Tierärzte sind Tierarztpraxen nach wie vor nicht ausschliesslich Kleintierpraxen, weshalb jedenfalls ebenso viele Gemeinsamkeiten mit Tierkliniken und Tierheimen bestehen als mit Arzt- und Zahnarztpraxen.

Indem die Rekurskommission die vom Versicherer verfügte Zuteilung der Tierarztpraxis von P. B. zur NBU-Tarifklasse 14 aufgehoben hat, hat sie zu Unrecht in das dem Versicherer zustehende Ermessen eingegriffen und damit Bundesrecht verletzt.

## **Eintretensvoraussetzungen im letztinstanzlichen Verfahren**

U 295 Urteil des EVG vom 30. Dezember 1997 i. Sa. L. G.

### **Eintretensvoraussetzungen im letztinstanzlichen Verfahren (Art. 108 Abs. 2 OG):**

**Verwaltungsgerichtsbeschwerden, welche gegen vorinstanzliche Nichteintretensentscheide erhoben werden, sich jedoch – ungeachtet eines allenfalls vorhandenen Antrags – lediglich mit der materiellen Seite des Streitfalles befassen, genügen dem Erfordernis einer sachbezogenen Begründung nicht.**

### **Conditions d'entrée en matière dans la procédure de dernière instance (art. 108, 2<sup>e</sup> al., OJ):**

**Un recours de droit administratif formé contre une décision de non-entrée en matière prise en première instance qui – nonobstant l'existence d'une éventuelle requête – traite uniquement de la partie matérielle du litige ne répond pas à l'exigence d'une motivation pertinente.**

### **Condizioni poste per l'entrata nel merito nella procedura di ultima istanza (art. 108 cpv. 2 OG):**

**I ricorsi di diritto amministrativo inoltrati contro decisioni d'inammissibilità emanate da un'istanza inferiore ma che, indipendentemente dall'esistenza di un'eventuale richiesta, trattano solo il merito del litigio non bastano per adempiere il requisito di motivazione pertinente.**

Auszug aus den Erwägungen:

1. – a) Nach Art. 108 Abs. 2 OG hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unter anderm die Begehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel zu enthalten. Diese Bestimmung soll dem Richter hinreichende Klarheit darüber verschaffen, worum es beim Rechtsstreit geht. Insbesondere muss zumindest aus der Beschwerdebegründung ersichtlich sein, was der Beschwerdeführer verlangt und auf welche Tatsachen er sich beruft. Die Begründung braucht nicht zuzutreffen, aber sie muss sachbezogen sein. Der blosser Hinweis auf frühere Rechtsschriften oder auf den angefochtenen Entscheid genügt nicht. Fehlt der Antrag oder die Begründung überhaupt und lassen sie sich auch nicht der Beschwerdeschrift entnehmen, so liegt keine rechtsgenügeliche Beschwerde vor, weshalb auf sie nicht eingetreten werden kann (BGE 101 V 127; ZAK 1988 S. 519 Erw. 1; ARV 1996/1997 Nr. 28 S. 155 Erw. 1a; vgl. auch BGE 113 Ib 287 mit weiteren Hinweisen).

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat in einem neuen Entscheid (noch nicht veröffentlichtes Urteil A. vom 25. November 1997, I 366/96) in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 118 Ib 135 Erw. 2) seine Eintretenspraxis (BGE 117 V 122 Erw. 1, 109 V 120 Erw. 1, 105 V 94 Erw. 1) geändert. Demnach genügen Verwaltungsgerichtsbeschwerden, welche gegen vorinstanzliche Nichteintretensentscheide erhoben werden, sich jedoch – ungeachtet eines allenfalls vorhandenen Antrags – lediglich mit der materiellen Seite des Streitfalles befassen, dem Erfordernis einer sachbezogenen Begründung nicht. Da diesem Formerfordernis nur dann Genüge getan ist, wenn aus der Beschwerdeschrift ersichtlich ist, in welchen Punkten und weshalb der angefochtene Entscheid beanstandet wird (BGE 113 Ib 287 f. mit Hinweisen), muss sich bei Anfechtung eines Entscheids, mit dem die Vorinstanz auf das Begehren des Beschwerdeführers nicht eingetreten ist, die Begründung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde notwendigerweise mit dieser Frage befassen (BGE 118 Ib 135 Erw. 2).

Vorliegend ist das kantonale Gericht auf das Begehren des Beschwerdeführers um Ausrichtung einer Invalidenrente nicht eingetreten mit der Begründung, es fehle diesbezüglich an einem Anfechtungsgegenstand. Der Versicherte erneuert im letztinstanzlichen Verfahren lediglich die materiellen Rechtsbegehren. Er setzt sich hingegen nicht mit den Gründen auseinander, welche die Vorinstanz zu einem teilweisen Nichteintreten bewogen haben. Auf den erneuerten Antrag auf eine Rente kann deshalb gemäss der neuen Rechtsprechung nicht eingetreten werden.

## **Integritätsschaden**

U 296 Urteil des EVG vom 30. Dezember 1997

i. Sa. K. N.

**Integritätsschaden (Art. 24 Abs. 1 UVG; Art. 25 Abs. 1 UVG; Art. 36 UVV; Anhang 3 zur UVV):**

**Im Sinne von Richtwerten können auch die anderen UVG-Versicherer auf die Tabellen der SUVA abstellen (Erw. 2a).**

**Bestimmung des Integritätsschadens (Erw. 2 b–d).**

**Invalideneinkommen bei «vorgerücktem Alter» (Art. 28 Abs. 4 UVV):**

**In casu erweist sich das «vorgerückte Alter» als wesentliche Ursache für das Unterbleiben der Verlagerung der beruflichen Tätigkeit und für die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit (Erw. 3c).**

**Atteinte à l'intégrité (art. 24 al. 1 LAA; art. 25 al. 1 LAA; art. 36 OLAA; annexe 3 à l'OLAA):**

**Les autres assureurs LAA peuvent également se référer à titre indicatif aux tables édictées par la CNA (cons. 2a).**

**Estimation de l'atteinte à l'intégrité (cons. 2b à d).**

**Revenu d'invalidité pour un assuré d'«âge avancé» (art. 28, al. 4, OLAA):**

**En l'espèce, l'«âge avancé» se révèle être la cause essentielle qui a empêché la reprise de l'activité professionnelle et porté préjudice à la capacité de gain (cons. 3c).**

**Menomazione dell'integrità (art. 24 cpv. 1 LAINF; art. 25 cpv. 1 LAINF; art. 36 OAINF; allegato 3 all'OAINF):**

**Anche gli altri assicuratori LAINF possono fondarsi su tabelle dell'INSAI che fungono da valori indicativi (cons. 2a).**

**Calcolo della menomazione dell'integrità (cons. 2b–d).**

**Reddito d'invalido in caso di «età avanzata» (art. 28 cpv. 4 OAINF):**

**In casu l'«età avanzata» risulta essere la causa essenziale per il non avvenuto spostamento dell'attività professionale e per la diminuzione della capacità di guadagno (cons. 3c).**

Auszug aus den Erwägungen:

...

2. – Streitig ist zunächst die Höhe der Integritätseinbusse.

a) Nach Art. 24 Abs. 1 UVG hat der Versicherte Anspruch auf eine angemessene Integritätsentschädigung, wenn er durch den Unfall eine dauernde

erhebliche Schädigung der körperlichen oder geistigen Integrität erleidet. Die Integritätsentschädigung wird in Form einer Kapitalleistung gewährt. Sie darf den am Unfalltag geltenden Höchstbetrag des versicherten Jahresverdienstes nicht übersteigen und wird entsprechend der Schwere des Integritätsschadens abgestuft (Art. 25 Abs. 1 UVG).

Gemäss Art. 25 Abs. 2 UVG regelt der Bundesrat die Bemessung der Entschädigung. Von dieser Befugnis hat er in Art. 36 UVV Gebrauch gemacht. Abs. 1 dieser Vorschrift bestimmt, dass ein Integritätsschaden als dauernd gilt, wenn er voraussichtlich während des ganzen Lebens mindestens in gleichem Umfang besteht. Er ist erheblich, wenn die körperliche oder geistige Integrität, unabhängig von der Erwerbsfähigkeit, augenfällig oder stark beeinträchtigt wird. Gemäss Abs. 2 gelten für die Bemessung der Integritätsentschädigung die Richtlinien des Anhanges 3. Fallen mehrere körperliche oder geistige Integritätsschäden aus einem oder mehreren Unfällen zusammen, so wird die Integritätsentschädigung nach der gesamten Beeinträchtigung festgesetzt (Abs. 3).

Führen ein oder mehrere Ereignisse zu verschiedenen Integritätsschäden, bemisst sich die Entschädigung nach Art. 36 Abs. 3 UVV (BGE 116 V 157 Erw. 3b). Dabei werden die den einzelnen Schädigungen entsprechenden Prozentzahlen zusammengezählt, auch wenn keine die Schwelle von 5% erreicht: die Entschädigung ist geschuldet, sobald die Summe der Prozentzahlen 5% übersteigt. Nach der Addition der den einzelnen Schädigungen entsprechenden Prozentzahlen ist eine Gesamtwürdigung vorzunehmen und zu beurteilen, ob das Ergebnis im Vergleich mit anderen Integritätsschäden in Anhang 3 zur UVV ein gerechtes und verhältnismässiges sei (RKUV 1989 Nr. U 78 S. 363 Erw. 3).

Die medizinische Abteilung der SUVA hat in Weiterentwicklung der bundesrätlichen Skala weitere Bemessungsgrundlagen in tabellarischer Form (sog. Feinraster) erarbeitet (Mitteilungen der Medizinischen Abteilung der SUVA). Diese von der Verwaltung herausgegebenen Tabellen stellen zwar keine Rechtssätze dar und sind für das Gericht nicht verbindlich, um so mehr als Ziff. 1 von Anhang 3 zur UVV bestimmt, dass der in der Skala angegebene Prozentsatz des Integritätsschadens für den «Regelfall» gilt, welcher im Einzelfall Abweichungen nach unten wie nach oben ermöglicht. Soweit sie jedoch lediglich Richtwerte enthalten, mit denen die Gleichbehandlung aller Versicherten gewährleistet werden soll, sind sie mit dem Anhang 3 zur UVV vereinbar (BGE 113 V 219 Erw. 2b; RKUV 1989 Nr. U 76 S. 311 Erw. 4a). Im Sinne von Richtwerten können auch die anderen UVG-Versicherer (Art. 68 UVG) auf diese Tabellen abstellen, sofern ihnen nicht eigene detaillierte Bemessungsgrundlagen zur Verfügung stehen.

b) Zur Ermittlung der Integritätseinbusse unterbreitete der Unfallversicherer dem Institut M. im Gutachtensauftrag unter anderem folgende Frage: «Wie beurteilen Sie die unfallbedingte medizinisch-theoretische Invalidität, für die betroffenen Extremitäten jeweils von 100% ausgehend, ohne Berücksichtigung der beruflichen Tätigkeit des Versicherten?» Das Institut schätzte die medizinisch-theoretische Invalidität abstrakt, egalitär und additiv auf 20% für die leichte bis mässige Gonarthrose rechts, auf 25% für die leichte Hüftgelenksarthrose links und auf 20% für die Instabilität des linken Kniegelenks. Dabei betonte es, bei sämtlichen Schätzungen den Verlust des gesamten Beines jeweils mit 100% zugrunde gelegt zu haben, zeigte sich indessen erstaunt darüber, dass nicht nach dem Integritätsschaden gefragt wurde. Gestützt darauf ermittelte der Unfallversicherer eine Integritätseinbusse von 28,5%, indem er die auf 100% berechneten Schätzungen auf die in Anhang 3 zur UVV für den Verlust eines Beines im Kniegelenk bzw. oberhalb des Kniegelenks angegebenen Prozentzahlen von 40% bzw. von 50% umrechnete.

Das kantonale Gericht stellte der von ihr beauftragten MEDAS ebenfalls die Frage nach der medizinisch-theoretischen Invalidität, unterbreitete ihr indessen jene nach dem Integritätsschaden – entgegen dem Antrag des heutigen Beschwerdegegners – nicht. Die MEDAS beurteilte die medizinisch-theoretische Invalidität mit 40% für das linke Hüftgelenk, mit 25% für die Femoropatellar-Arthrose rechts, mit 25% für die hintere Instabilität des linken Kniegelenks (die betroffene Extremität jeweils zu 100% geschätzt) und mit 15% für die leichte Fehlstellung C2/3. Das kantonale Gericht rechnete die auf 100% bezogenen Schätzungen ebenfalls auf die in Anhang 3 zur UVV angegebenen Prozentzahlen um und ermittelte so einen Integritätsschaden von 60%.

c) Dem Vorgehen von Vorinstanz und Verwaltung kann nicht beigegeben werden. Zunächst ist die medizinisch-theoretische Invalidität, wie sie etwa im Privatversicherungsrecht massgeblich ist, nicht mit dem im UVG erheblichen Integritätsschaden gleichzusetzen und die Fragestellung an die medizinischen Sachverständigen insofern falsch. Ferner weckt die Umrechnung der ärztlichen Schätzungen von 100% auf die in Anhang 3 zur UVV angegebenen Prozentzahlen Bedenken, konnte doch den Schätzungen nicht immer eine mit 100% bewertete Extremität zugrunde gelegt werden, wie es in der Fragestellung vorausgesetzt wurde, und ist anschliessend auch unklar, wie die Umrechnung zu erfolgen hat und auf welche in Anhang 3 zur UVV angegebene Prozentzahl umzurechnen ist. So setzte etwa der Unfallversicherer die Arthrose und die Instabilität des Kniegelenks zum Verlust des Beines im Kniegelenk in bezug und rechnete daher die auf

100% bezogenen Schätzungen auf 40% um, während die Vorinstanz diese Knieschäden mit dem Verlust eines Beines oberhalb des Kniegelenks verglich und daher eine Umrechnung auf 50% vornahm. Schliesslich ist auch die blosser Addition der den einzelnen Schädigungen entsprechenden Prozentzahlen zu beanstanden.

d) Zu Recht ist hingegen das kantonale Gericht zur Bestimmung des Gesundheitsschadens, der einer prozentualen Integritätseinbusse zuzuordnen ist, von jenem Zustand ausgegangen, wie er sich im Zeitpunkt der Begutachtung durch die MEDAS präsentierte. Zwar haben sich die Integritätsschäden seit dem Erlass des angefochtenen Einspracheentscheides (und mithin seit der Begutachtung durch das Institut M.) offenbar verschlimmert, doch war diese Verschlimmerung entweder voraussehbar und daher von Anfang an in die Schätzung einzubeziehen, oder aber, sie war nicht absehbar und daher vom Revisionsverbot gemäss Ziff. 3 Anhang 3 zur UVV nicht erfasst (RKUV 1991 Nr. U 132 S. 309). Es entspricht daher dem Gebot der Verfahrensökonomie, bei der Beurteilung der Integritätsschäden vom Gesundheitszustand auszugehen, wie er sich bei der Begutachtung durch die MEDAS präsentierte. Die massgeblichen Schäden bestehen aus einer ausgeprägten Femoropatellar-Arthrose des rechten Kniegelenks, einer ausgeprägten Coxarthrose links, einer Kniegelenksinstabilität hinten links und einer leichten Fehlstellung C2/3.

Nach den einschlägigen Tabellen der SUVA entspricht eine ausgeprägte Femoropatellar-Arthrose einer Integritätseinbusse von 10–25% (Tabelle 5), eine ausgeprägte Coxarthrose einer Einbusse von 30–40% (Tabelle 5) und eine mittelschwere Kniegelenksinstabilität einer Einbusse von 0–5% bzw. eine schwere einer Einbusse von 10–15% (Tabelle 6). Nach Tabelle 7 ist bei Wirbelsäulenaaffektionen ein Integritätsschaden nur anzunehmen, wenn Funktionseinschränkungen vorliegen. Aus den medizinischen Angaben geht nicht hervor, ob die Fehlstellung der Wirbelsäule Funktionseinschränkungen nach sich zieht und/oder ob das zum Teil auch auf die degenerativen Veränderungen zurückzuführende Cervikalsyndrom zum (anderen) Teil dieser Fehlstellung anzulasten ist. Ferner ist bei der Beurteilung der auf die Coxarthrose entfallenden Integritätseinbusse zu berücksichtigen, dass laut dem Gutachten der MEDAS ein endoprothetischer Ersatz des linken Hüftgelenks in Erwägung gezogen werden muss. Aus dem Revisionsverbot gemäss Ziff. 3 Anhang 3 zur UVV folgt, dass das entsprechende Ergebnis in die Beurteilung einzufließen hat, soweit es prognostizierbar ist (siehe dazu RKUV 1991 Nr. U 132 S. 309).

Die Beurteilung der einzelnen Integritätseinbussen obliegt den ärztlichen Sachverständigen. Eine solche ist bisher unterblieben. Es ist dem Eid-

genössischen Versicherungsgericht auch nicht möglich, die Beurteilung aufgrund der aktenkundigen Diagnosen selber vorzunehmen, da die Ausschöpfung des in den Tabellen offengelassenen Bemessungsspielraums entsprechende Fachkenntnisse voraussetzt. Insbesondere ist aber die allenfalls auf die Wirbelsäule entfallende Einbusse noch unklar. Die Akten sind daher zur Abklärung dieser Fragen an den Versicherer zurückzuweisen.

3. – Ferner ist der Anspruch auf eine Invalidenrente streitig.

a) Das kantonale Gericht hat die massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen über die Voraussetzungen des Anspruchs auf eine Invalidenrente (Art. 18 Abs. 1 und 2 UVG) und des Abstellens auf die Erwerbseinkommen eines Versicherten im mittleren Alter (Art. 28 Abs. 4 UVV) zutreffend dargestellt. Richtig sind ferner auch die Hinweise auf die nach der Rechtsprechung erforderlichen sachlichen und persönlichen Voraussetzungen der Anwendung von Art. 28 Abs. 4 UVV (RKUV 1990 Nr. U 115 S. 392 f.). Zu ergänzen bleibt, dass für die Bestimmung des Alters der Zeitpunkt des Rentenbeginns massgeblich ist (BGE 122 V 419 Erw. 1b und 427 Erw. 2; RKUV 1991 Nr. U 115 S. 392 f. Erw. 4d und e).

b) Der Unfallversicherer hat dem am 25. Juli 1927 geborenen Beschwerdegegner bis zum 31. Juli 1992 und damit genau bis zum vollendeten 65. Altersjahr Taggelder ausgerichtet. Bei Rentenbeginn hätte der Beschwerdeführer daher gegebenenfalls bereits das Pensionsalter erreicht gehabt. In diesem Zeitpunkt stand die Wiederaufnahme der unselbständigen Erwerbstätigkeit als Gartengestalter und die Fortsetzung bzw. Ausweitung der Tätigkeit als Gewerbeschullehrer gemäss Konsiliargutachten des Dr. med. M. nicht mehr zur Diskussion. Der Beschwerdegegner macht aber geltend, er hätte sich nach der ordentlichen Pensionierung weiterhin als Gartengestalter betätigt, und zwar auf eigene Rechnung. Das bestätigen auch die zahlreichen glaubhaften Eingaben von ehemaligen Kunden und seines ehemaligen Arbeitgebers. Ferner zeigt auch die Tatsache, dass der Beschwerdegegner seine Arbeit als Berufsschullehrer bereits im Sommer 1989 wieder aufgenommen hat, dass er trotz seines Alters weiterhin einer beruflichen Tätigkeit nachgehen wollte. Nach eigenen Angaben, welche sich mit der ärztlichen Beurteilung decken, hätte er damals aus subjektiver Sicht die Tätigkeit als Berufsschullehrer noch ausdehnen können, was ihm aber wegen der Besetzung der Stelle durch eine jüngere Lehrkraft verwehrt war. Für den Beruf des Landschaftsgärtners verneinten die Ärzte des Instituts M. hingegen eine verwertbare Arbeitsfähigkeit, da die Instabilität des linken Knies das Begehen unebenen Geländes erschwere. Durch die Anpassung einer stabilisierenden Orthese könne zwar die Gehfähigkeit verbessert werden, doch sei diese Massnahme im Lichte von Art. 28 Abs. 4 UVV zu sehen. Der Ent-

schluss zur Nichtwiederaufnahme der Tätigkeit als Gartengestalter beruhte somit eindeutig auf gesundheitlichen Gründen, während das Alter nur insofern eine Rolle spielte, als es die körperlichen Beschwerden teilweise akzentuierte. Dem Altersfaktor kommt unter den gegebenen Umständen nur mittelbare Bedeutung zu, weshalb die Annahme, der Beschwerdegegner hätte die Erwerbstätigkeit «altershalber» nicht wieder aufgenommen (Variante I von Art. 28 Abs. 4 UVV) verfehlt ist (BGE 122 V 423 Erw. 4b).

c) Es bleibt zu prüfen, ob allenfalls die Anwendung der Variante II von Art. 28 Abs. 4 UVV in Frage kommt. Diese setzt voraus, dass sich das vorgerückte Alter «erheblich als Ursache der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit auswirkt».

Der Unfallversicherer verneinte in der Verfügung vom 23. Oktober 1992 den Anspruch auf eine Invalidenrente mit der Begründung, der Beschwerdegegner hätte die körperlich anstrengendere Landschaftsgärtnerei, welche Teil seiner Tätigkeit als Gartenplaner darstellte, durch vermehrte Kundenberatung und Kundenakquisition, durch Gartenplanung, Beratung von Gärtnermeistern oder durch die kaufmännisch-technische Leitung eines Gartenbaubetriebes ersetzen können. Ebenso hätte der Beschwerdegegner sein Tätigkeitsfeld vollständig auf die Lehrtätigkeit verlagern können. Damit hätte er im Jahr 1990 ein rentenausschliessendes Jahreseinkommen von mindestens Fr. 93 000.– erzielt. Im Einspracheentscheid verwies der Unfallversicherer ausserdem auf die Möglichkeit der Umschulung zum Gartenarchitekten hin, womit bei einem Beschäftigungsgrad von 75% (neben der Lehrtätigkeit) ein Jahresverdienst von Fr. 67 500.– erzielbar gewesen wäre, sowie auf die Ausbildung zum Gewerbeschullehrer im Vollamt, welche ebenfalls ein rentenausschliessendes Einkommen ermöglicht hätte.

In der Tat zeigen die ärztlichen Gutachten, dass die gute körperliche Rehabilitation des Beschwerdegegners an sich eine berufliche Wiedereingliederung erlaubt hätte und diese einzig wegen des fortgeschrittenen Alters unterblieben ist. So bringen die Ärzte des Instituts M. etwa vor, es bleibe auch bei optimaler Rehabilitation fraglich, ob dieser kurz vor dem gesetzlichen Rentenalter stehende Versicherte seine körperliche Tätigkeit als Gärtner über drei Jahre nach dem Unfall und bei voller Berentung durch die Invalidenversicherung je wieder aufnehmen werde. Im Gutachten der MEDAS wird zur beruflichen Wiedereingliederung zwar nicht ausdrücklich Stellung genommen, doch wird auch hier die Tätigkeit als Gewerbeschullehrer als mit der körperlichen Beeinträchtigung vereinbar angesehen, dies jedenfalls im Umfang von 10 Lektionen pro Woche, während eine Arbeitsfähigkeit als praktisch arbeitender Landschaftsgärtner verneint wird.

Wäre der Beschwerdegegner im Zeitpunkt der Rentenbemessung nicht bereits unmittelbar vor der Pensionierung, sondern in mittlerem Alter gestanden, wären sicher berufliche Eingliederungsmassnahmen erwogen worden. Dabei ist nicht nur an eine Umschulung auf einen anderen Beruf zu denken. Zum einen hätte der Beschwerdegegner seine Lehrtätigkeit an der Gewerbeschule wiederum, wie vor dem Unfall, auf 10 oder mehr Stunden ausdehnen können. Zum anderen hätte er das Schwergewicht seiner Gartengestaltertätigkeit verlagern und sich auf den Verkauf, die Beratung und die Planung spezialisieren können. Bei der Ausführung seiner nicht auf Papier festgehaltenen Gartenbaupläne hätten Arbeitskräfte unter seiner Anleitung arbeiten können, ohne dass er selber körperlich hätte arbeiten müssen. Diese Verlagerung der Tätigkeit wäre wohl im Betrieb seines ehemaligen Arbeitgebers möglich gewesen, stand ihm doch bereits vor dem Unfall teilweise ein Lehrling zur Seite, mit welchem er die von der Kundschaft ausgesuchten Container-Gehölze zusammentrug. Ferner gestaltete der Beschwerdegegner bereits vor dem Unfall die Gärten zusammen mit der Belegschaft der ihn beratend beziehenden Gartenbaufirmen. Nach dem Unfall hätte er sich somit auf das Erteilen von Anweisungen beschränken können. Eine allfällig damit verbundene Verminderung des Einkommens hätte zu einem Anspruch auf eine Invalidenrente geführt. Das vorgerückte Alter erweist sich damit als wesentliche Ursache für das Unterbleiben der Verlagerung der beruflichen Tätigkeit und für die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit. Dieser Annahme steht die Tatsache, dass der Beschwerdegegner nach dem Unfall die geplante selbständige Erwerbstätigkeit als Gartengestalter nicht aufgenommen hat, nicht entgegen. Denn einerseits hätte er die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit nicht erwogen, wäre er erst im mittleren Alter gestanden, und andererseits erlaubte ihm diese keine Verlagerung seiner Tätigkeit auf rein planerische und organisatorische Aufgaben, wollte er doch offenbar als Einmann-Unternehmen funktionieren, während ihm in mittlerem Alter im angestammten oder in einem anderen Betrieb eine Verlagerung auf leidensangepasste Verrichtungen möglich gewesen wäre.

d) Gelangt folglich Art. 28 Abs. 4 UVV zur Anwendung, sind seine Auswirkungen auf die Bemessung der Invalidität zu prüfen. Dabei ist von der Frage auszugehen, wie sich der im Zeitpunkt des Rentenbeginns bestehende Gesundheitsschaden bei einer versicherten Person mittleren Alters in erwerblicher Hinsicht ausgewirkt hätte. Zum Vergleich hat eine Person mit den gleichen beruflichen und persönlichen Fähigkeiten zu dienen, wie sie der Rentenbewerber aufweist. Für die hypothetischen Validen- und Invalideneinkommen ist massgebend, was diese Person auf dem ihr offenstehen-

den (ausgeglichenen) Arbeitsmarkt zumutbarerweise verdienen könnte (BGE 114 V 315 Erw. 4a).

In medizinischer Hinsicht ist von den Befunden auszugehen, wie sie von der MEDAS erhoben wurden. Diese stimmen im wesentlichen mit den bereits vom Institut M. gestellten Diagnosen überein, wobei aber zusätzlich der inzwischen eingetretenen Verschlimmerung der Arthrosen Rechnung getragen wurde. Aus den Akten geht indessen nicht hervor, welche Tätigkeiten während welcher Dauer dem Beschwerdegegner bei den gegebenen Gesundheitsschäden noch zumutbar sind. Wohl steht fest, dass das Erteilen von 10 Lektionen, das wesentlich sitzend, mit gelegentlichem Stehen und Umhergehen durchgeführt werden kann, zumutbar ist. Unklar ist aber, ob auch längeres Stehen und Gehen, wie dies als Kundenberater und (rein organisierender und Weisungen erteilender) Gartenplaner, aber auch als Gartenarchitekt erforderlich wäre, möglich sind und inwiefern allenfalls entsprechende Hilfsmittel zur Verfügung gestellt werden müssten. Die Beantwortung dieser Fragen – welche den Ärzten obliegt (BGE 115 V 134 Erw. 2) – sowie allenfalls die Abklärung von beruflicher Umschulung bedürfen der Aktenergänzung. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass von der versicherten Person unter dem Titel der Schadenminderungspflicht keine realitätsfremden und in diesem Sinne unmöglichen oder unzumutbaren Vorkehren verlangt werden dürfen. Ein Berufswechsel fällt vor allem bei jüngeren Versicherten in Betracht, die noch eine lange Aktivitätsperiode vor sich haben. Ganz allgemein ist bei der Frage, ob einer versicherten Person eine erwerbliche Neueingliederung zumutbar ist, auf deren persönliche, berufliche und soziale Verhältnisse Rücksicht zu nehmen (SVR 1995 UV Nr. 35 S. 106 Erw. 5b). In casu fällt vor allem in Betracht, dass der Beschwerdegegner (auch wenn hypothetisch ein mittleres Alter zugrunde gelegt wird) sein ganzes Leben lang als Gartengestalter tätig war und in diesem Beruf seinen Lebensinhalt fand. Ferner ist zu berücksichtigen, dass seine körperlichen Beschwerden womöglich auch in anderen Berufen Erwerbseinbussen nach sich ziehen.

Neben den bei den gegebenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen zumutbaren Arbeitsverrichtungen sind weiter die erwerblichen Folgen der Verlagerung des Tätigkeitsfeldes und/oder der Einschränkung der Arbeitszeit zu ermitteln. Dieses Einkommen ist alsdann mit dem hypothetischen Valideneinkommen zu vergleichen, welches eine versicherte Person mittleren Alters hätte erzielen können, wenn sie dieselben beruflichen und persönlichen Fähigkeiten hätte wie der Beschwerdegegner (BGE 114 V 312 Erw. 2 in fine, 315 Erw. 4a, 113 V 136; SVR 1995 UV Nr. 35 S. 105 Erw. 3).

## **Adäquater Kausalzusammenhang bei einem als leicht zu qualifizierenden Unfall**

**U 297 Urteil des EVG vom 16. Januar 1998 i. Sa. G. St.**

**Adäquater Kausalzusammenhang bei einem als leicht zu qualifizierenden Unfall (Art. 6 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 UVG):**

**Analog zur Gerichtspraxis bei psychischen Unfallfolgen (unveröffentlichte Urteile S. vom 6. Juli 1993 und W. vom 7. Dezember 1989) ist der adäquate Kausalzusammenhang auch bei einem als leicht zu qualifizierenden Unfall mit Schleudertrauma der HWS zu prüfen, wenn dieser unmittelbare Folgen zeitigt, die sich nicht offensichtlich als unfallunabhängig erweisen; dabei sind die Kriterien, die für Unfälle im mittleren Bereich gelten, heranzuziehen (Erw. 3b).**

**Im vorliegenden Fall wurde der adäquate Kausalzusammenhang zwischen einem als leicht zu qualifizierenden Unfall mit Schleudertrauma der HWS und den anhaltenden Beschwerden aufgrund der besonderen Art der erlittenen Verletzung, der ungewöhnlich langen Dauer der ärztlichen Behandlung, der Dauerbeschwerden sowie der andauernden vollständigen bzw. hälftigen Arbeitsunfähigkeit bejaht (Erw. 3c).**

**Lien de causalité adéquate dans le cas d'un accident qui doit être qualifié de bénin (art. 6, 1<sup>er</sup> al., et art. 18, 1<sup>er</sup> al., LAA):**

**Par analogie avec la pratique des tribunaux concernant les conséquences psychiques d'un accident (arrêts non publiés S. du 6 juillet 1993 et W. du 7 décembre 1989), il y a lieu d'examiner l'existence d'un lien de causalité adéquate également dans le cas d'un accident de type «coup du lapin», qui doit être qualifié de bénin, si l'accident en question a des conséquences immédiates qui ne sont manifestement pas indépendantes de l'accident; à cet effet, on se référera aux critères applicables pour les accidents de gravité moyenne (cons. 3b).**

**Lien de causalité adéquate entre un accident bénin de type «coup du lapin» et les plaintes continues admis en l'espèce compte tenu de la nature particulière de la lésion subie, de la durée inhabituellement longue du traitement médical, de la permanence des douleurs ainsi que de la persistance de l'incapacité de travail totale ou à 50 pour cent (cons. 3c).**

**Nesso di causalità adeguato in caso di infortunio da considerarsi lieve (art. 6 cpv. 1 e art. 18 cpv. 1 LAINF):**

**Analogamente alla prassi giudiziaria adottata in caso di postumi d'infortunio psichici (sentenze non pubblicate in re S. del 6 luglio 1993 e W. del 7 dicembre 1989) si deve esaminare il nesso di causalità adeguato anche in caso d'infortunio da considerarsi lieve accom-**

**pagnato da un traumatismo cervicale di contraccolpo se quest'ultimo ha conseguenze dirette che manifestamente non risultano indipendenti dall'infortunio; si devono considerare i criteri validi per gli infortuni di media entità (cons. 3b).**

**Nella fattispecie si è accettato il nesso di causalità adeguato tra un infortunio da ritenersi lieve accompagnato da un traumatismo cervicale di contraccolpo e i continui disturbi sulla base del genere particolare d'infortunio subito, della durata insolitamente lunga della cura medica, dei disturbi persistenti nonché della durata incapacità lavorativa completa o nella misura del 50% (cons. 3c).**

Auszug aus den Erwägungen:

...

3. – b) Zum Unfallereignis vom 14. August 1991 liegen im wesentlichen übereinstimmende Angaben der Versicherten und des Kollisionsbeteiligten A. H. vor. Danach fuhr dieser in einer stillstehenden Kolonne mit seinem Kombiwagen im Schrittempo auf den vor ihm stehenden Personenwagen des Ehemannes der Beschwerdeführerin auf, weil er irrtümlich angenommen hatte, die Ampel auf seiner Spur habe auf grün geschaltet. Während der Kombiwagen unversehrt blieb, mussten beim PW das Heckblech und die Stossstange ersetzt werden.

Aufgrund des erwähnten Geschehensablaufs ist mit der Vorinstanz von einem leichten Unfall auszugehen, wofür auch die Aussage des Ehemannes der Beschwerdeführerin gegenüber Dr. med. R. spricht, «er selber habe übrigens beim Aufprall damals gar nichts verspürt».

Nach der Rechtsprechung ist bei leichten Unfällen mit Schleudertrauma der HWS der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Unfall und nachfolgenden Gesundheitsstörungen in der Regel ohne weiteres zu verneinen. Unter Umständen ist eine Adäquanzbeurteilung jedoch auch bei leichten Unfällen vorzunehmen, wie das Eidgenössische Versicherungsgericht in bezug auf psychische Unfallfolgen schon wiederholt entschieden hat: Ergeben sich aus einem als leicht zu qualifizierenden Unfall unmittelbare Folgen, die eine psychische Fehlentwicklung nicht mehr als offensichtlich unfallunabhängig erscheinen lassen (z. B. Komplikationen durch die besondere Art der erlittenen Verletzung, verzögerter Heilungsverlauf, langdauernde Arbeitsunfähigkeit), ist die Adäquanzfrage als Ausnahme zur Regel auch bei solchen Unfällen zu prüfen; dabei sind die Kriterien, die für Unfälle im mittleren Bereich gelten, heranzuziehen (unveröffentlichte Urteile S. vom 6. Juli 1993 und W. vom 7. Dezember 1989). Dies hat sinngemäss auch bei als leicht einzustufenden Unfällen mit Schleudertrauma der HWS zu gelten.

c) Da der vorliegend interessierende leichte Unfall unmittelbare Folgen zeitigte, die sich nicht offensichtlich als unfallunabhängig erweisen, hat eine Adäquanzbeurteilung Platz zu greifen.

Der Unfall ereignete sich nicht unter besonders dramatischen oder eindrücklichen Begleitumständen. Nach ihren von Prof. W. als glaubwürdig erachteten Angaben hat die Beschwerdeführerin beim Heckaufprall nach oben zum Schiebedach hinausgeschaut, wobei sie, um die Bedienungsmöglichkeiten des neuen Autos zu beobachten, den Oberkörper nach links neigte. Die Drehung von Kopf und Oberkörper im Zeitpunkt der mechanischen Einwirkung kann aus medizinischer Sicht bezüglich Art und Schwere des Schleudertraumas entscheidend sein, was auch in der biomechanischen Expertise bestätigt wird. In Berücksichtigung der von der Beschwerdeführerin bei der Kollision eingenommenen Körperhaltung und der damit verbundenen Komplikationen ist das Kriterium der besonderen Art der erlittenen Verletzung zu bejahen. Gegeben ist ferner auch die ungewöhnlich lange Dauer der ärztlichen Behandlung. Ebenso steht fest, dass die Versicherte seit dem Unfall trotz zahlreicher Therapien an Dauerbeschwerden leidet, wobei unerheblich ist, ob und inwieweit diese einer psychischen Fehlentwicklung zuzuschreiben sind. Schliesslich war die Beschwerdeführerin nach dem Unfall mit Ausnahme einer kurzen Periode dauernd vollständig oder mindestens häftig arbeitsunfähig, weshalb auch das letztgenannte (Grad und Dauer der Arbeitsunfähigkeit) der in BGE 117 V 366 Erw. 6a aufgezählten Kriterien gegeben ist. Da die massgebenden unfallbezogenen Kriterien in gehäufte Weise erfüllt sind, ist die Adäquanz des Kausalzusammenhangs zwischen dem Unfall vom 14. August 1991 und den anhaltenden Beschwerden mit Auswirkungen auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit zu bejahen. Hieran ändert nichts, dass bei der Beschwerdeführerin gemäss ärztlichen Feststellungen prätraumatisch eine auffällige Persönlichkeitsstruktur mit Neigung zu psychosomatischen Reaktionen vorlag. Denn für die Frage, ob ein Unfall nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sei, eine (psychische) Gesundheitsschädigung herbeizuführen, ist auf eine weite Bandbreite der Versicherten abzustellen. Hierzu gehören auch jene Versicherten, die aufgrund ihrer Veranlagung für psychische Störungen anfälliger sind und einen Unfall seelisch weniger gut verkraften als Gesunde. Im Rahmen der erwähnten weiten Bandbreite bilden auch solche Versicherte Bezugspersonen für die Adäquanzbeurteilung, welche, wie die Beschwerdeführerin, im Hinblick auf die erlebnismässige Verarbeitung eines Unfalls zu einer Gruppe mit erhöhtem Risiko gehören, weil sie aus versicherungsmässiger Sicht auf einen Unfall nicht optimal reagieren (BGE 117 V 362 mit Hinweis).

## **Notification par voie postale d'une décision d'un assureur-accidents à un assuré domicilié en Turquie. Délai d'opposition dépassé.**

U 298 Arrêt du TFA du 22 janvier 1998  
dans la cause H. D.

**Notification par voie postale d'une décision d'un assureur-accidents à un assuré domicilié en Turquie. Délai d'opposition dépassé (art. 97 al. 1 et 105 al. 1 LAA; art. 38 PA; art. 27 ch. 1 et 28 de la Convention turco-suisse de sécurité sociale, du 1<sup>er</sup> mai 1969):**

**La notification à l'étranger d'une décision en matière d'assurance-accidents est un acte de puissance publique dont l'exécution incombe aux autorités locales. A moins qu'une convention internationale ne prévoie le contraire, il convient donc de procéder à la signification de la décision par la voie diplomatique.**

**La Convention turco-suisse de sécurité sociale n'autorise pas un assureur-accidents à notifier par courrier postal une décision adressée à un assuré domicilié en Turquie. En conséquence, l'opposition de ce dernier à une décision d'un assureur-accidents envoyée par la poste est recevable bien que tardive, car la signification irrégulière de cet acte administratif était dépourvue d'effet (cons. 3).**

**Pour être conforme à la convention précitée, l'indication des voies de droit par l'assureur-accidents doit mentionner que l'assuré a le droit de s'exprimer en turc et qu'il peut aussi adresser son opposition à l'Institut des assurances sociales à Ankara (cons. 4).**

**Schriftliche Zustellung einer Verfügung eines Unfallversicherers an einen in der Türkei wohnhaften Versicherten. Einsprachefrist abgelaufen (Art. 97 Abs. 1 und 105 Abs. 1 UVG; Art. 38 VwVG; Art. 27 Ziff. 1 und 28 des türkisch-schweizerischen Abkommens über Soziale Sicherheit vom 1. Mai 1969):**

**Die Zustellung im Ausland einer die Unfallversicherung betreffenden Verfügung ist ein Hoheitsakt, dessen Ausführung den Ortsbehörden obliegt. Sofern ein internationales Abkommen nichts Gegenteiliges vorsieht, hat die Zustellung der Verfügung auf diplomatischem Weg zu erfolgen.**

**Das türkisch-schweizerische Abkommen über Soziale Sicherheit ermächtigt einen Unfallversicherer nicht, eine Verfügung einem in der Türkei wohnhaften Versicherten durch die Post zustellen zu lassen. Die von letzterem gegen die per Post versandte Verfügung eines Unfallversicherers erhobene Einsprache ist somit zulässig, obwohl sie mit Verspätung eingereicht worden ist, da die mangelhafte Eröffnung dieser Verwaltungshandlung wirkungslos war (Erw. 3).**

**Um dem obenerwähnten Abkommen zu entsprechen, hat die Rechtsmittelbelehrung des Unfallversicherers darauf hinzuweisen, dass der Versicherte das Recht hat, sich in türkisch zu äussern und dass er seine Beschwerde beim Sozialversicherungsinstitut in Ankara einreichen kann (Erw. 4).**

**Notifica per posta di una decisione di un assicuratore contro gli infortuni a un assicurato domiciliato in Turchia. Termine di opposizione non osservato (art. 97 cpv. 1 e 105 cpv. 1 LAINF; art. 38 PA; art. 27 N. 1 e 28 della Convenzione di sicurezza sociale conclusa tra la Svizzera e la Turchia il 1° maggio 1969):**

**La notifica all'estero di una decisione in materia d'assicurazione contro gli infortuni è un atto di potere pubblico la cui esecuzione incombe alle autorità locali. A meno che una convenzione internazionale non preveda il contrario, è necessario procedere quindi alla notifica della decisione seguendo la via diplomatica.**

**La Convenzione in materia di sicurezza sociale conclusa tra la Svizzera e la Turchia non permette a un assicuratore contro gli infortuni di notificare per posta una decisione indirizzata ad un assicurato domiciliato in Turchia. L'opposizione di quest'ultimo a una decisione di un assicuratore contro gli infortuni inviata per posta è quindi accettabile anche se tardiva poiché la notifica irregolare di tale atto amministrativo era priva di effetto (cons. 3).**

**Per essere conforme alla convenzione summenzionata, l'indicazione dei rimedi giuridici da parte dell'assicuratore contro gli infortuni deve menzionare che l'assicurato ha il diritto di esprimersi in turco e che può anche trasmettere la sua opposizione all'Istituto delle assicurazioni sociali ad Ankara (cons. 4).**

I.

A. – Par décision du 30 janvier 1996, notifiée à l'assuré le 6 février suivant, la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (ci-après: CNA) a maintenu le droit de H. D., né en 1961, de nationalité turque, à une rente d'invalidité de 10%, au-delà du 31 juillet 1991.

Par acte du 2 mars 1996, remis à un bureau de poste en Turquie le 8 mars suivant et parvenu à la CNA le 13 mars, H. D. a fait opposition à cette décision. Le 26 juin 1996, considérant que l'opposition était tardive, la CNA l'a déclarée irrecevable.

B. – H. D. a recouru contre la décision sur opposition de la CNA devant le Tribunal des assurances du canton de Vaud.

Considérant lui aussi que l'opposition était tardive, le Président du Tribunal cantonal des assurances a rejeté le recours par jugement du 12 décembre 1996.

C. – H.D. interjette recours de droit administratif contre ce jugement, dont il demande implicitement l'annulation, en concluant à l'octroi d'une rente d'invalidité fondée sur un taux de 20% au moins. Il invoque notamment les jours fériés légaux en Turquie à l'époque du Ramadan pour expliquer la tardiveté de l'opposition et conclut implicitement à la restitution du délai d'opposition. La CNA conclut au rejet du recours. L'Office fédéral des assurances sociales ne s'est pas déterminé.

En date des 23 octobre et 11 novembre 1997, le recourant a versé au dossier des documents médicaux relatifs à son état de santé.

Invitée par le juge délégué à se prononcer sur sa pratique en matière de notification de ses décisions aux assurés domiciliés en Turquie, la CNA a déclaré qu'elle a toujours recouru à la voie postale, sous pli recommandé, les accords passés en matière de sécurité sociale entre la Suisse et la Turquie n'imposant pas, selon elle, la notification par voie diplomatique.

## II.

Par les considérants suivants, le TFA a admis le recours de droit administratif:

1. – Le recours de droit administratif est dirigé contre le jugement par lequel le Tribunal des assurances du canton de Vaud a rejeté le recours formé par H.D. contre la décision du 26 juin 1996 de la CNA déclarant irrecevable l'opposition formée contre sa décision du 30 janvier 1996. Aussi l'objet du litige consiste-t-il uniquement dans la décision de l'intimée de ne pas entrer en matière sur l'opposition du recourant. Le Tribunal fédéral des assurances doit donc se borner à examiner si c'est à bon droit que l'autorité cantonale a rejeté le recours. Il ne saurait en revanche examiner le fond du litige, comme le voudrait le recourant.

C'est pourquoi, dans la mesure où H.D. demande au Tribunal fédéral des assurances une rente d'invalidité plus élevée que celle qui lui a été allouée par l'intimée, ses conclusions sont irrecevables.

2. – a) Les décisions rendues en vertu de la LAA peuvent être attaquées, dans les trente jours, par voie d'opposition, auprès de l'institution qui les a notifiées (art. 105 al. 1 LAA), soit, en l'espèce, la CNA. Le délai commence à courir le lendemain de la communication (art. 20 PA en liaison avec l'art. 96 LAA).

Selon l'art. 97 al. 1 LAA, les écrits sont remis à l'assureur ou à son adresse, à un bureau de poste suisse ou à une représentation diplomatique ou con-

sulaire le dernier jour du délai au plus tard; lorsque le délai échoit un samedi, un dimanche ou un jour férié du canton où l'intéressé a son domicile ou son siège, son terme est reporté au premier jour ouvrable qui suit.

b) Le droit suisse, applicable à la détermination des prestations auxquelles le recourant a droit, l'est aussi, en l'absence de dispositions contraires résultant des accords passés en matière de sécurité sociale entre la Turquie et la Suisse, au calcul des délais (art. 20 et ss PA en liaison avec les art. 96 et 97 LAA). Il ne pourrait en aller autrement que si la Turquie était, comme la Suisse, partie à la Convention européenne sur la computation des délais du 16 mai 1972 (RS 0.221.122.3; cf. notamment l'art. 11), ce qui n'est toutefois pas le cas.

c) En l'espèce, la décision litigieuse a été notifiée à l'assuré le 6 février 1996. A la lumière des dispositions légales applicables, la déclaration d'opposition remise à un office postal turc le 8 mars 1996 est intervenue tardivement.

3. – Le Tribunal fédéral des assurances n'étant pas lié par les motifs du recours (art. 114 al. 1 in fine et 132 OJ), il y a lieu de constater d'office que la notification à l'assuré de la décision de rente du 30 janvier 1996 était irrégulière ce qui, conformément à la loi, ne peut entraîner aucun préjudice pour l'intéressé (art. 38 PA).

a) La notification d'une décision administrative ou d'un acte judiciaire constitue un acte de puissance publique dont l'exécution incombe aux autorités locales (ATF 105 Ia 311 cons. 3b, 103 III 4 cons. 2). C'est pourquoi, lorsque la signification doit intervenir à l'étranger, il convient de procéder par la voie diplomatique ou consulaire (ATF 103 III 4; RDAT 1993 I 68 175; SJ 1993 p. 72 ss). Il ne sera fait exception à cette règle que si une convention internationale le prévoit expressément (*Poudret*, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, n. 6.5 ad art. 29 OJ). La signification irrégulière d'un acte judiciaire est dépourvue d'effet (ATF 105 Ia 311).

La notification directe, à l'étranger, par la poste est un acte d'autorité publique sur territoire étranger. Une autorité judiciaire ou un organisme de l'Etat d'envoi ne peut y procéder qu'avec le consentement de l'Etat de destination (ATF 105 Ia 311 cons. 3b in initio, 103 III 4 cons. 2b).

b) Contrairement à ce que semble croire la CNA, la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et la République de Turquie du 1<sup>er</sup> mai 1969 (RS 0.831.109.763.1 ou RO 1971 1772), applicable à l'assurance obligatoire en cas d'accidents en vertu de l'art. 1 ch. 1 let. B/c, n'autorise pas l'assureur-accidents à déroger à l'obligation de notifier par la voie diplomatique les décisions destinées à un assuré domicilié en Turquie et qui n'a pas fait élec-

tion de domicile en Suisse (RAMA 1991 n° U 131, p. 277; *Rumo-Jungo*, Bundesgesetz über die Unfallversicherung; Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 2<sup>ème</sup> éd., 1995, p. 319).

L'intimée n'aurait pu procéder à la notification de sa décision du 30 janvier 1996 par voie postale qu'avec le consentement de l'Etat turc. A cet égard, la CNA et les autres assureurs-accidents soumis à la convention turco-suisse ne bénéficient d'aucune dérogation, contrairement à ce qui est le cas pour la Caisse suisse de compensation dans son domaine de compétence (cf. l'art. 7 de l'Arrangement administratif du 14 janvier 1970 concernant les modalités d'application de la Convention de sécurité sociale conclue entre la Suisse et la République de Turquie le 1<sup>er</sup> mai 1969 [RS 0.831.109.763.11 ou RO 1976 591]). Ainsi, la pratique dont se réclame l'intimée est illégale, car elle viole un principe largement reconnu du droit des gens (RDAT 1993 I 68 175; SJ 1993 p. 72 et les références; *Rhinow/Krähenmann*, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, 1990. Nr. 84 B Ik, p. 283 et les arrêts cités; voir aussi *Frank*, Die Zustellung im Ausland, *Die Sozialgerichtsbarkeit* 1988/35, p. 142 et ss).

4. – Par ailleurs, l'indication des voies de droit au pied de la décision du 30 janvier 1996 était incomplète, car elle se bornait à mentionner qu'une opposition écrite devait être adressée à la Direction de la CNA, Division des accidents, à Lucerne. Or, l'intimée aurait dû, pour respecter ses obligations d'organisme de droit public agissant dans l'exercice de ses compétences décisionnelles, également mentionner que l'assuré avait le droit de s'exprimer en turc (art. 27 ch. 1 de la convention turco-suisse) et qu'il pouvait aussi adresser son opposition à l'Institut des assurances sociales à Ankara, conformément à l'art. 28 de la convention, en liaison avec l'art. 1 al. 1 et l'art. 25 al. 1 de l'Arrangement administratif (cf. *Duc*, La Convention turco-suisse en matière d'assurances sociales, in *L'évolution récente du droit privé en Turquie et en Suisse*, Recueil des travaux présentés aux Journées juridiques turco-suissees 1985, Vol. 6, 1987, p. 202).

Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher le point de savoir si cette informalité a eu pour conséquence le dépassement du délai d'opposition par le recourant, dès lors que, pour les raisons indiquées au considérant précédent, la décision sur opposition rendue par l'intimée doit être annulée.