

***Kranken- und  
Unfallversicherung***

Rechtsprechung und Verwaltungspraxis

***Assurance-maladie  
et accidents***

Jurisprudence et pratique administrative

***Assicurazione malattia  
e infortuni***

Giurisprudenza e prassi amministrativa

<b>Nichteintreten auf das Gesuch des Verbandes Zürcher Krankenversicherer um Streichung eines Geburtshauses aus der Spitalliste sowie Festsetzung der Taxen des Geburtshauses KV 216 Entscheidung des Bundesrates vom 31. Oktober 2001 in Sachen Verband Zürcher Krankenversicherer sowie Hebammen des Geburtshauses Zürcher Oberland gegen Regierungsrat des Kantons Zürich</b>	<b>233</b>
<b>Liste des hôpitaux admis par le canton de Genève à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins KV 217 Décision du Conseil fédéral du 7 novembre 2001 dans la cause opposant la Fédération genevoise des assureurs-maladie au Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève</b>	<b>249</b>
<b>Verlängerung eines Tarifvertrages durch die Kantonsregierung KV 218 Entscheidung des Bundesrates vom 30. November 2001 in Sachen CD Holding AG gegen Regierungsrat des Kantons St. Gallen</b>	<b>289</b>
<b>Aufnahme in die Spitalliste KV 219 Entscheid des Bundesrates vom 19. Dezember 2001 in Sachen Privatklinik P. gegen den Regierungsrat des Kantons Bern</b>	<b>297</b>
<b>Festsetzung der Pauschalen für Einwohnerinnen und Einwohner des Kantons Zürich in der allgemeinen Abteilung der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Zürich (stationäre Leistungen) KV 220 Entscheid des Bundesrates vom 19. Dezember 2001 in Sachen Verband Zürcher Krankenversicherer (VZKV) gegen Regierungsrat des Kantons Zürich</b>	<b>309</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*

September – Septembre – Settembre 2002

Herausgeber/Editeur/Editore  
Bundesamt für Sozialversicherung  
Office fédéral des assurances sociales  
Ufficio federale delle assicurazioni sociali  
Effingerstrasse 20, 3003 Bern  
Telefon 031 322 91 12, Telefax 031 322 90 20

Vertrieb/Distribution/Distribuzione  
BBL, Vertrieb Publikationen, CH-3003 Bern  
OFCL, Diffusion publications, CH-3003 Berne  
UFCL, Distribuzione pubblicazioni, CH-3003 Berna  
UFEL, Distribuziun publicaziuns, CH-3003 Berna  
SFBL, Distribution of Publications, CH-3003 Berne

Internet-Bestellung/Commandes par Internet:  
[www.bbl.admin.ch/bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundespublikationen)

Redaktion/Rédaction/Redazione  
Marc Léderrey, Monika Schuler,  
Bernard Schuler, Helen Kaufmann  
Abonnementspreis Fr. 27.60 inkl. MWST  
Prix d'abonnement fr. 27.60 TVA incluse  
Prezzo d'abbonamento Fr. 27.60 IVA compresa  
Auflage/ Tirage/ Tiratura 1900  
Erscheint 5–6 mal jährlich  
Paraît 5–6 fois par année  
Pubblicato 5–6 volte l'anno

**Tarif applicable dès le 1<sup>er</sup> janvier 1999 par les services neuchâtelois de soins à domicile pour les assureurs-maladie non signataires de la convention du 10 décembre 1998 et de son avenant n°1 (tarif SPITEX) KV 221 Décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2001 dans la cause opposant la Conférence suisse d'assureurs maladie et accidents (COSAMA) et consorts au Conseil d'Etat de la République et Canton de Neuchâtel**

---

# **Nichteintreten auf das Gesuch des Verbandes Zürcher Krankenversicherer um Streichung eines Geburtshauses aus der Spitalliste sowie Festsetzung der Taxen des Geburtshauses**

**KV 216** Entscheid des Bundesrates vom 31. Oktober  
2001 in Sachen Verband Zürcher Krankenversicherer  
sowie Hebammen des Geburtshauses Zürcher  
Oberland gegen Regierungsrat des Kantons Zürich

K  
V  
/  
A  
M

Zuständigkeit des Bundesrates für die Streitigkeit über den Ausschluss eines Spitals von der Liste. Angesichts des Umstandes, dass jeder Liste insofern immer ein provisorischer Charakter innewohnt, als die Spitalliste stets veränderten Verhältnissen angepasst werden muss, erlangt ein Spital, wenn es in der Spitalliste figuriert, nie eine gesicherte Rechtsposition. Die Zulassung eines Spitals im Sinne von Artikel 39 KVG steht in jedem Fall unter dem Vorbehalt der laufenden Überprüfung und Anpassung der Spitalplanung und der Spitalliste, sei es, weil für jenes der Bedarf an stationären Leistungen nicht mehr besteht (Art. 39 Abs. 1 Bst. d), sei es, weil es gewisse Infrastruktur- und Dienstleistungsvoraussetzungen gemäss Absatz 1 Buchstaben a bis c dieser Bestimmung nicht mehr erfüllt. Anpassungen der Spitalliste lassen sich somit generell nicht als Widerruf einer begünstigenden Verfügung qualifizieren. Artikel 101 Buchstabe d OG ist auf diesen Fall nicht anwendbar (Erw. II. 1.1.1).

Nichteintreten auf das Gesuch um Streichung des Geburtshauses aus der Spitalliste (Erw. II. 2.1–2.5):

- Anpassungen der Spitallisten sind jenen Regeln zu unterstellen, welche für die Wiedererwägung von Verfügungen gelten. Verwaltungsbehörden sind u.a. zur Wiedererwägung verpflichtet, wenn sich eine solche Pflicht aus einer gesetzlichen Regelung ergibt. Eine solche Pflicht lässt sich aus Artikel 39 Absatz 1 KVG ableiten; der Regierungsrat hat somit die Spitalliste von Amtes wegen oder auf Begehren hin zu überprüfen und anzupassen, wenn sie nicht mehr KVG-konform ist (Erw. II. 2.2).
- Anspruch auf materielle Prüfung des Wiedererwägungsgesuches besteht indessen nicht nur in jenen Fällen, in denen mangelnder Bedarf geltend gemacht wird, sondern auch in solchen, in denen ein Ausschluss eines Leistungserbringers ausschliesslich damit begründet wird, dass gewisse Dienstleistungs- oder Infrastrukturvoraussetzungen gemäss Artikel 39 Absatz 1 Buchstaben a bis c KVG nicht erfüllt seien (Erw. II. 2.2).

- Durch das Gebot, die Spitallisten laufend anzupassen, welches ohne weiteres Vorrang vor der Rechtssicherheit beansprucht, sind die Kantone sowohl verpflichtet, die Gesetzmässigkeit der Spitallisten wiederherzustellen, als auch die Listen zu berichtigen, wenn deren (ursprüngliche) Rechtswidrigkeit erst nachträglich erkannt wird. Es ist aus dieser Sicht somit unerheblich, ob eine ursprüngliche inhaltliche Rechtswidrigkeit der Liste oder eine erst nachträglich entstandene Unrichtigkeit gerügt wird; es ist in diesem Zusammenhang daher auch unbedeutend, ob eine ursprüngliche Rechtswidrigkeit, die erst nachträglich erkannt worden ist, früher hätte geltend gemacht werden können (Erw. II. 2.3).
- Wenn der Regierungsrat anlässlich der materiellen Neuprüfung zum Schluss kommt, dass die Leistungserbringerin von der Spitalliste ausgeschlossen werden muss, kommt allerdings nur eine Streichung pro futuro in Frage (Erw. II. 2.5).
- Für den Zeitraum, in welchem das Geburtshaus in der Spitalliste figuriert, hat es Anspruch auf einen Tarif (II. Erw. II. 2.5).

#### Tariffestsetzung:

- Da Tarife mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang stehen müssen, können zu hohe Einkommen zu inakzeptablen Tarifen führen und sind insofern mit dem KVG nicht vereinbar. Aus der Sicht des KVG steht einem tieferen als dem marktüblichen Einkommen nichts entgegen. Das KVG bezweckt eine sozialverträgliche Krankenversicherung und nicht die Garantie von (Mindest-) Einkommen für das medizinische Personal auf Kosten der sozialen Krankenversicherung (Erw. II. 8.1.1).

Compétence du Conseil fédéral pour connaître du contentieux résultant de l'exclusion d'un hôpital de la liste. Compte tenu du fait que toute liste a un caractère provisoire dans la mesure où la liste des hôpitaux doit être adaptée aux constants changements de situation, un hôpital n'acquiert jamais une position juridique garantie en figurant sur la liste des hôpitaux. L'admission d'un hôpital au sens de l'article 39 LAMal a lieu dans tous les cas sous la réserve du réexamen et de l'adaptation constantes de la planification hospitalière et de la liste des hôpitaux, que ce soit parce que, pour tel établissement, les besoins en soins hospitaliers n'existent plus (art. 39 al. 1 let. d) ou parce qu'il ne remplit plus certaines conditions relevant de l'infrastructure ou des prestations de service telles que fixées dans l'alinéa 1 lettres a à c de cette disposition. Les adaptations de la liste des hôpitaux ne sauraient ainsi en général être qualifiées de révocation d'une décision attributive d'avantages. L'article 101 lettre d OJ n'est pas applicable dans ce cas (cons. II. 1.1.1).

Non-entrée en matière sur la requête demandant de biffer la maternité de la liste des hôpitaux (cons. II. 2.1–2.5):

- Les adaptations des listes d'hôpitaux doivent être soumises aux règles applicables à la reconsidération des décisions. Les autorités administratives sont entre autres tenues de reconsidérer leurs décisions lorsqu'une telle obligation résulte d'une réglementation légale. Une telle obligation peut être tirée de l'article 39 alinéa 1 LAMal; ainsi, le Conseil d'Etat doit réexaminer et adapter la liste des hôpitaux d'office ou sur requête lorsqu'elle n'est plus conforme à la LAMal (cons. II. 2.2).
- Un droit à un examen matériel de la demande en reconsidération existe toutefois non seulement dans les cas où un manque de besoins est invoqué, mais également dans ceux où une exclusion d'un fournisseur de prestations est motivée exclusivement par le fait que certaines conditions relevant des prestations de service ou de l'infrastructure telles que posées à l'article 39 alinéa 1 lettre a à c LAMal ne seraient pas remplies (cons. II. 2.2).
- Le principe selon lequel il faut adapter constamment les listes d'hôpitaux l'emporte sans autre sur celui de la sécurité du droit et oblige les cantons aussi bien à rétablir la légalité des listes d'hôpitaux qu'à corriger ces dernières lorsque leur non-conformité au droit (initiale) n'est perçue qu'après coup. De ce point de vue, il est par conséquent sans importance de savoir si le grief invoqué concerne une illégalité matérielle initiale de la liste ou une erreur née qu'après coup; dans ce contexte, il est également sans importance de savoir si une illégalité initiale décelée seulement après coup aurait pu être invoquée plus tôt (cons. II. 2.3).
- Si le Conseil d'Etat en arrive à la conclusion, lors de son réexamen matériel, que le fournisseur de prestations doit être exclu de la liste des hôpitaux, seule une suppression pro futuro entre cependant en ligne de compte (cons. II 2.5).
- Pendant la période où la maternité figure sur la liste des hôpitaux, elle a droit à un tarif (cons. II 2.5).

Fixation du tarif:

- Comme les tarifs doivent être conformes aux principes d'économie et d'équité, des revenus trop élevés peuvent entraîner des tarifs inacceptables et ne sont, dans cette mesure, pas compatibles avec la LAMal. Du point de vue de la LAMal, rien ne s'oppose à un revenu plus bas que celui correspondant aux usages du marché. La LAMal a pour objectif une assurance-maladie socialement acceptable et non pas de garantir des revenus (minimaux) au personnel médical aux frais de l'assurance-maladie sociale (cons. II. 8.1.1).

Competenza del Consiglio federale nella controversia concernente l'esclusione di un ospedale dall'elenco. Considerando che ogni elenco ha sempre carattere provvisorio nella misura in cui l'elenco degli ospedali deve essere costantemente adeguato alle mutate condizioni, la presenza di un ospedale nell'elenco non è mai garantita giuridicamente. L'autorizzazione di un ospedale giusta l'articolo 39 LAMal è in ogni caso subordinata alla verifica e all'adeguamento costanti della pianificazione ospedaliera e dell'elenco degli ospedali, sia perché non sussiste più alcun fabbisogno ospedaliero per l'ospedale in questione (art. 39 cpv. 1 lett. d), sia perché esso non adempie più certe condizioni riguardo alle infrastrutture e alle prestazioni di servizio (art. 39 cpv. 1 lett. a-c). Pertanto, adeguamenti dell'elenco degli ospedali non possono essere definiti in generale come revoca di una decisione attributiva di vantaggi. Nella fattispecie l'articolo 101 lettera d OG non è applicabile (cons. II. 1.1.1).

Irricevibilità di una richiesta di stralcio della casa da parto dall'elenco degli ospedali (cons. II. 2.1-2.5):

- gli adeguamenti degli elenchi degli ospedali devono sottostare alle regole applicabili alla riconsiderazione di decisioni. Le autorità amministrative sono tra l'altro tenute a riconsiderare una decisione se questo obbligo deriva da una regolamentazione legale. Si può dedurre un tale obbligo dall'articolo 39 capoverso 1 LAMal; il governo cantonale deve quindi verificare e adeguare d'ufficio o su richiesta l'elenco degli ospedali che non sia più conforme alla LAMal (cons. II. 2.2.);
- il diritto all'esame materiale della richiesta di riconsiderazione non è però dato solo nei casi in cui viene fatto valere un fabbisogno insufficiente, bensì anche in quelli in cui l'esclusione di un fornitore di prestazioni è motivata unicamente dal fatto che talune condizioni riguardo alle prestazioni di servizio o alle infrastrutture giusta l'articolo 39 capoverso 1 lettere a-c non sono adempite (cons. II. 2.2);
- secondo il principio che gli elenchi degli ospedali devono venire adeguati costantemente, che ha senz'altro la precedenza sulla sicurezza del diritto, i Cantoni sono tenuti a rendere gli elenchi degli ospedali nuovamente conformi alla legge e a correggerli qualora la loro illiceità (iniziale) fosse riconosciuta solo successivamente. Da questo punto di vista non ha quindi importanza se si contesta un'illiceità iniziale riguardo al contenuto o un'inesattezza apparsa solo successivamente; al riguardo è anche irrilevante sapere se si sarebbe potuto far valere prima un'illiceità iniziale riconosciuta solo successivamente (cons. II. 2.3);
- se, dopo aver riesaminato la vertenza dal punto di vista materiale, il governo cantonale giunge alla conclusione che il fornitore di prestazioni deve essere escluso dall'elenco degli ospedali, si considera solo uno stralcio pro futuro (cons. II. 2.5);

- la casa da parto ha diritto a una tariffa per il periodo in cui figura nell'elenco degli ospedali (cons. II. 2.5).

Fissazione della tariffa:

- visto che le tariffe devono essere conformi ai principi di equità e di economicità, redditi troppo elevati possono portare a tariffe inaccettabili e sono quindi incompatibili con la LAMal. Secondo la LAMal niente si oppone ad un reddito più basso rispetto a quello d'uso corrente nel mercato. Lo scopo della LAMal è di offrire un'assicurazione malattie compatibile con criteri sociali e non di garantire redditi (minimi) per il personale medico a carico dell'assicurazione sociale malattie (cons. II. 8.1.1.).

I.

### Übersicht – *Condensé*

Am 15. Dezember 1999 ist der Regierungsrat auf das Gesuch des Verbandes Zürcher Krankenversicherer (VZKV) um Streichung des Geburtshauses nicht eingetreten und hat für die Dauer des vertragslosen Zustandes eine Geburtspauschale von Fr. 1400.– sowie eine Tagespauschale von Fr. 319.– für Pflege, Unterkunft und Verpflegung für Mutter und Kind festgesetzt.

Gegen diesen Beschluss erhoben der VZKV am 19. Januar 2000 und die Hebammen des Geburtshauses am 26. Januar 2000 Beschwerde an den Bundesrat. Der VZKV beantragt, der Regierungsrat sei anzuweisen, das Geburtshaus aus der Zürcher Spitalliste zu streichen, eventuell eine Pauschale von Fr. 295.– für Geburt und Wochenbett, eine Pauschale von Fr. 199.– für Wochenbett ohne Geburt und eine Pauschale von Fr. 478.– für Geburt ohne Wochenbett festzulegen. Die Hebammen beantragen die Festsetzung einer Geburtspauschale in der Höhe von Fr. 1940.– und einer Pflegepauschale von Fr. 760.–.

Weil sich Beschwerden des VZKV und der Hebammen – wenn auch mit gegensätzlichen Anträgen – gegen den nämlichen Beschluss des Regierungsrates richten, wurden die Beschwerdeverfahren aus Gründen der Prozessökonomie zusammengelegt, und es wurde daher nur ein einziger Entscheid erlassen.

*Le 15 décembre 1999, le Conseil d'Etat a refusé d'entrer en matière sur la requête de l'Association des assureurs-maladie zurichois (VZKV) tendant à l'exclusion des maisons de naissance de la liste cantonale des hôpitaux. Le gouvernement a en outre fixé, pour la durée du régime sans convention, un*



*forfait de naissance de Fr. 1400.–, ainsi qu'un forfait journalier de Fr. 319.– pour les soins, le logement et la subsistance de la mère et de l'enfant.*

*Cette décision a été attaquée par deux recours du 19 janvier, respectivement du 26 janvier 2000, déposés par la VZKV et par les sages-femmes des maisons de naissance auprès du Conseil fédéral. La VZKV conclut principalement à ce qu'il soit ordonné au gouvernement cantonal d'exclure les maisons de naissance de la liste des hôpitaux zurichois. A titre subsidiaire, l'Association conclut à la fixation d'un forfait de Fr. 295.– par semaine pour l'occupation d'un lit en cas de naissance, de Fr. 199.– par semaine pour l'occupation d'un lit sans la survenance d'une naissance et de Fr. 478.– en cas de naissance sans occupation d'un lit. Les sages-femmes, quant à elles, ont conclu à la fixation d'un forfait de naissance à hauteur de Fr. 1940.– et d'un forfait de soins de Fr. 760.–.*

*Dès lors que les recours de la VZKV et des sages-femmes s'en prennent à la même décision du Conseil d'Etat, la jonction des causes a été ordonnée pour des motifs d'économie de procédure, et ce malgré les divergences constatées entre les conclusions formulées. Il en résulte que les deux procédures ne font l'objet que d'une seule et même décision.*

## II.

Der Bundesrat hat die Beschwerde des VZKV aus folgenden Erwägungen teilweise gutgeheissen und die Sache zur materiellen Neuprüfung des Wiedererwägungsgesuches an die Vorinstanz zurückgewiesen. Die Beschwerde der Hebammen hat der Bundesrat vollumfänglich abgewiesen.

...

1.1 Vorab ist zu prüfen, ob das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) oder der Bundesrat für die Behandlung der vorliegenden Beschwerden zuständig ist.

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

1.1.1 Zu diesen Ausnahmen gehören gemäss Artikel 53 Absatz 1 KVG Verfügungen der Kantonsregierungen über Spitalisten im Sinne von Arti-

kel 39 KVG, auch wenn dieser Fall in Artikel 129 OG nicht ausdrücklich von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgenommen ist.

Aus Gründen der Rechtsklarheit ist die Aufnahme in den Katalog der Ausnahmen zwar angezeigt, aber nicht Bedingung für die rechtliche Gültigkeit einer solchen Ausnahme. Die Praxis anerkennt auch Ausnahmen von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die in anderen Gesetzen geregelt sind, so namentlich dann, wenn diese als spezialgesetzliches und späteres Recht der Generalklausel von Artikel 128 OG vorgehen und diese insoweit einschränken. Diese Voraussetzungen sind für kantonale Verfügungen über Spitallisten erfüllt. Nach dieser Bestimmung kann gegen Verfügungen der Kantonsregierungen und gegen kantonale Erlasse, welche in Anwendung des Artikels 39 KVG getroffen wurden, beim Bundesrat Beschwerde erhoben werden.

In diesem Sinne unterliegen gemäss fester Praxis kantonale Beschlüsse über die Zulassung der Spitäler zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung grundsätzlich der Beschwerde an den Bundesrat (VPB 64.13).

Zu prüfen bleibt, ob der Bundesrat auch zuständig ist für die Streitigkeit über den Ausschluss einer Institution von der Spitalliste. Die Frage stellt sich, falls in der Streichung der Widerruf einer begünstigenden Verfügung, das heisst der Zulassung der Spitäler zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, zu erblicken wäre. Artikel 101 Buchstabe d OG lässt für bestimmte Verfügungsgegenstände und Sachgebiete, die an und für sich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde entzogen sind, im Sinne einer Ausnahme von der Ausnahme wiederum die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zum Zuge kommen; dazu gehören bestimmte Fälle des Widerrufs begünstigender Verfügungen. Gemäss Praxis des Bundesrates, fallen – gleich wie Beschlüsse über die Zulassung der Spitäler – auch Beschlüsse über die Einschränkung der Leistungsaufträge unter Artikel 53 Absatz 1 KVG und sind damit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde entzogen (RKUV 5/2001 S. 438 ff. E. 1.1.1<sup>1</sup>).

Nicht anders kann es sich mit der Zuständigkeit des Bundesrates verhalten, wenn die Streichung der Einrichtung aus der Spitalliste streitig ist. So wie die Regelung der Zuständigkeit für Streitigkeiten über die Einschränkung von Leistungsaufträgen ist auch jene über den Widerruf der Zulassung beziehungsweise über den Ausschluss eines Spitals von der Spitalliste im KVG zu suchen. Dieses enthält aber auch für diesen Fall weder selber eine besondere Regelung noch verweist es auf das Bundesrechtspflegegesetz.

---

<sup>1</sup> siehe Nr. KV 183 (2001) dieser Sammlung

Artikel 53 Absatz 2 KVG enthält einzig eine Verweisung auf das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, und auch dies nur für das Beschwerdeverfahren, nicht aber in Bezug auf die Zuständigkeitsfrage. In den Bestimmungen über die Rechtspflege (Art. 85 ff. KVG) findet sich ferner eine Verweisung auf das Bundesrechtspflegegesetz und die Zuständigkeit des EVG (Art. 91 KVG); nach dem klaren Wortlaut bezieht sie sich aber nur auf die Anfechtung von Entscheiden der kantonalen Versicherungsgerichte und Schiedsgerichte sowie der Eidgenössischen Rekurskommission für die Spezialitätenliste; die Beschlüsse von Kantonsregierungen werden nicht erwähnt. Der Bundesrat ist daher der Ansicht, dass Artikel 101 Buchstabe d OG gleich wie auf Beschlüsse über die Einschränkung der Leistungsaufträge der Spitäler auch auf jene über die Streichung von Institutionen nicht anwendbar ist. Daraus ergibt sich, dass auch Beschlüsse über den Ausschluss einer Einrichtung von der Spitalliste unter Artikel 53 Absatz 1 KVG fallen und damit der Verwaltungsbeschwerde entzogen sind. Mit dieser Lösung wird auch die Einheit des Rechtsweges für die Anfechtung von Beschlüssen über Spitallisten gewahrt.

Hinzu kommt, dass sich – wie im Folgenden darzulegen ist – der Ausschluss eines Spitals von der Spitalliste nicht als Widerruf einer begünstigenden Verfügung qualifizieren lässt. Der Bundesrat ist in seinem bereits zitierten Entscheid vom 5. Juli 2000 in Sachen Spitalplanung und Spitalliste 1998 des Kantons Thurgau<sup>2</sup> zum Schluss gekommen, dass zumindest in dem Fall nicht von einem (teilweisen) Widerruf einer begünstigenden Verfügung gesprochen werden kann, in dem eine neue Spitalliste die Leistungsaufträge an Listenspitäler gegenüber der alten Spitalliste einschränkt, wenn es sich bei der alten um eine provisorische Liste handelt. Zur Begründung wurde Folgendes ausgeführt: « Die provisorische Liste sollte zu gegebener Zeit durch eine neue Liste ersetzt werden. Diese neue Liste und damit auch die dort erteilten Leistungsaufträge sollten sich nach der neu zu erarbeitenden Spitalplanung ausrichten, welche die Grundlage für die Planung des Bedarfs an stationärer medizinischer Versorgung im Sinne von Artikel 39 Absatz 1 Buchstaben d und e KVG legen sollte. Die Leistungsaufträge in der provisorischen Spitalliste 1996 waren nur auf Zusehen hin und für so lange erteilt worden, als die neue Planung nicht abgeschlossen und die neue Liste nicht erlassen waren.»

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass es für die rechtliche Qualifikation einer Anpassung der Spitalliste nicht darauf ankommen kann, ob Leistungsaufträge eingeschränkt werden oder ein Spital von der Liste ausge-

---

<sup>2</sup> siehe Nr. KV 183 (2001) dieser Sammlung

geschlossen wird, denn der Unterschied zwischen einer Einschränkung von Leistungsaufträgen und einem Ausschluss ist rein quantitativer Natur; eine Einschränkung von Leistungsaufträgen bedeutet einen teilweisen Ausschluss von der Liste.

Angesichts des Umstandes, dass jeder Liste insofern immer ein provisorischer Charakter innewohnt, als die Spitalliste stets veränderten Verhältnissen angepasst werden muss, erlangt ein Spital, wenn es in der Spitalliste figuriert, nie eine gesicherte Rechtsposition, unabhängig davon, ob die Liste als provisorische bezeichnet wird oder nicht. Das KVG kennt denn auch keine Differenzierung zwischen definitiven und provisorischen Listen (RKUV 6/1996 S. 221<sup>3</sup>). Die Bezeichnung als provisorische Liste ändert nichts an den Rechtswirkungen. Die Zulassung eines Spitals im Sinne von Artikel 39 KVG steht somit in jedem Fall unter dem Vorbehalt der laufenden Überprüfung und Anpassung der Spitalplanung und der Spitalliste, sei es, weil für jenes der Bedarf an stationären Leistungen nicht mehr besteht (Art. 39 Abs. 1 Bst. d), sei es, weil es gewisse Infrastruktur- und Dienstleistungsvoraussetzungen gemäss Absatz 1 Buchstaben a bis c dieser Bestimmung nicht mehr erfüllt (Ziff. II./2 hiernach). Anpassungen der Spitalliste lassen sich somit generell nicht als Widerruf einer begünstigenden Verfügung qualifizieren.

Auch dieser Umstand spricht dagegen, den Ausschluss einer Einrichtung von der Spitalliste unter Artikel 101 Buchstabe d OG zu subsumieren und gerichtlich beurteilen zu lassen.

Der Bundesrat ist auch zur Beurteilung der Beschwerde gegen das Nichteintreten auf das Gesuch um Streichung des Geburtshauses aus der Spitalliste zuständig, denn bei der Anfechtung eines Prozessentscheides richtet sich die sachliche Zuständigkeit nach dem Recht, das für den eigentlichen Streitgegenstand bestimmend ist. Dieses Vorgehen deckt sich auch mit dem Grundsatz der Einheit des Prozesses (vgl. *Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 87).

Da es sich beim angefochtenen Beschluss aber hinsichtlich des Streichungsgesuches um ein Nichteintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch handelt, beschränkt sich die Überprüfung auf die Frage, ob die vom VZKV vorgetragene Gründe dem Regierungsrat hätten Anlass geben müssen, auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten und in der Sache neu zu entscheiden (Ziff. II./2. hiernach).

...

---

<sup>3</sup> siehe Nr. KV 1 (1996) dieser Sammlung

*Nichteintreten auf das Gesuch um Streichung des Geburtshauses aus der Spitalliste (Ziff. I. des Regierungsratsbeschlusses).*

2.1 Der VZKV beantragt, der Regierungsrat sei anzuweisen, das Geburtshaus aus der Zürcher Spitalliste zu streichen und begründet dies damit, das Geburtshaus erfülle die Voraussetzungen für die Zulassung als Spital gemäss Artikel 39 Absatz 1 Buchstaben a und c KVG nicht. Der Regierungsrat beantragt seinerseits, diesen Antrag abzuweisen. Das Geburtshaus figureiere seit dem 1. Januar 1998 in der Zürcher Spitalliste, welche in Rechtskraft erwachsen sei. Die Spitalliste sei einem öffentlichen Register ähnlich. Sie diene der Rechtssicherheit. Auf ihre Verbindlichkeit dürften sich alle Interessierten, insbesondere Leistungserbringer und Patienten und Patientinnen jederzeit verlassen. Dieser Meinung schliessen sich sowohl die Hebammen als auch das BSV an.

2.2 Anpassungen der Spitallisten sind jenen Regeln zu unterstellen, welche für die Wiedererwägung von Verfügungen gelten (RKUV 5/2001 S. 438 ff. E. 5<sup>4</sup>). Danach sind die Verwaltungsbehörden zur Wiedererwägung verpflichtet, soweit sich eine solche Pflicht aus einer gesetzlichen Regelung oder einer konstanten Verwaltungspraxis ergibt. Dem Einzelnen stand überdies gestützt auf Artikel 4 aBV ein Anspruch auf Wiedererwägung zu, wenn sich die Verhältnisse seit dem ersten Entscheid erheblich geändert haben oder wenn der Gesuchsteller Tatsachen oder Beweismittel anführt, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand (BGE 120 Ib 46 E. b mit Hinweisen). Der Anspruch folgte aus dem Verbot der formellen Rechtsverweigerung, das nach der Praxis des Bundesgerichts aus dem Willkürverbot hergeleitet wurde. Dieses ist auch in der neuen Bundesverfassung verankert (Art. 9 nBV), weshalb im Sinne der Praxis zu Artikel 4 aBV der Anspruch auf Wiedererwägung auch unter dem neuen Recht anzuerkennen ist.

Gemäss Praxis des Bundesrates sind Spitalplanungen und Spitallisten nötigenfalls an die neuen Verhältnisse und namentlich an den neuen Bedarf anzupassen, was dazu führen kann, dass einzelne Spitäler von der Liste ausgeschlossen werden müssen, wenn beispielsweise für diese der Bedarf an stationären Leistungen nicht mehr besteht. Die Spitalplanung und die Spitalliste sollen eine Koordination der Leistungserbringer, eine optimale Ressourcennutzung und eine Eindämmung der Kosten bewirken. Für den Bundesrat handelt es sich dabei um besonders gewichtige öffentliche Interessen, welche eine regelmässige Überprüfung der Spitalplanung und der Spital-

---

<sup>4</sup> siehe Nr. KV 183 (2001) dieser Sammlung

listen erfordern (RKUV 5/2001 S. 438 ff. E. 7.1.3 und 7.1.6<sup>5</sup>). Diese Rechtsprechung wurde im Zusammenhang mit dem in Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d Satz 1 KVG stipulierten Erfordernis entwickelt, dass ein Spital für die Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung der kantonalen Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen muss. Die Planung muss laufend überprüft werden, um den Stand der Dinge so aktuell wie möglich widerzuspiegeln (RKUV 4/1997 S. 262 f.<sup>6</sup>). Es wäre aber falsch, darin eine Beschränkung der Pflicht zur steten Überprüfung der Spitalliste auf Fragen des Bedarfs zu erblicken. Sinn und Zweck von Artikel 39 Absatz 1 KVG gebieten vielmehr, regelmässig umfassend zu kontrollieren, ob die Spitalliste dem KVG nicht oder nicht mehr entspricht; so sind die Kantone auch gehalten, laufend zu prüfen, ob die in Artikel 39 Absatz 1 Buchstaben a bis c KVG vorgeschriebenen Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen nicht oder nicht mehr vollumfänglich erfüllt sind, zumal hier noch gewichtigere öffentliche Interessen – wie eine Gefahr für Leib und Leben – auf dem Spiel stehen können als jene, welche im Zusammenhang mit den übrigen Zulassungsvoraussetzungen nach Artikel 39 Absatz 1 KVG genannt werden.

Die Pflicht zur Wiedererwägung leitet sich demnach aus Artikel 39 Absatz 1 KVG ab; der Regierungsrat hat somit die Spitalliste von Amtes wegen oder auf Begehren hin zu überprüfen und anzupassen, wenn sie nicht mehr KVG-konform ist, indem er beispielsweise Leistungserbringer von der Spitalliste ausschliesst, welche die Voraussetzungen für die Zulassung nach Bundesrecht nicht oder nicht mehr erfüllen. Ein grundsätzlicher Anspruch auf materielle Prüfung des Wiedererwägungsgesuches besteht nach dem Gesagten indes nicht nur in jenen Fällen, in denen mangelnder Bedarf geltend gemacht wird, sondern auch in solchen, in denen ein Ausschluss eines Leistungserbringers ausschliesslich damit begründet wird, dass gewisse Dienstleistungs- oder Infrastrukturvoraussetzungen gemäss Artikel 39 Absatz 1 Buchstaben a bis c KVG nicht erfüllt seien. Es anders zu halten, bedeutete nur schon deshalb eine rechtsungleiche Behandlung des Kassenverbands gegenüber dem Gesuchsteller, der fehlenden Bedarf rügt, als sich die materielle Neuprüfung nie allein auf die Frage des Bedarfs beschränkt, sondern immer auch die Überprüfung der Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen einschliesst, müssen doch die Kriterien nach Artikel 39 Absatz 1 KVG kumulativ erfüllt sein. Abgesehen davon, dass eine unterschiedliche Behandlung zu Gesuchen um Wiedererwägung Anlass geben könnte, worin die Rüge des mangelnden Bedarfs lediglich vorgeschützt

<sup>5</sup> siehe Nr. KV 183 (2001) dieser Sammlung

<sup>6</sup> siehe Nr. KV 10 (1997) dieser Sammlung

würde, um eine erneute materielle Überprüfung der Dienstleistungs- oder Infrastrukturvoraussetzungen eines Leistungserbringers zu erwirken.

2.3 Durch das Gebot, die Spitallisten laufend anzupassen, welches ohne weiteres Vorrang vor der Rechtssicherheit beansprucht, sind die Kantone sowohl verpflichtet, die Gesetzmässigkeit der Spitallisten wiederherzustellen, als auch die Listen zu berichtigen, wenn deren (ursprüngliche) Rechtswidrigkeit erst nachträglich erkannt wird. Es ist aus dieser Sicht somit unerheblich, ob eine ursprüngliche Rechtswidrigkeit der Liste gerügt wird oder erst eine nachträglich entstandene Unrichtigkeit; es ist in diesem Zusammenhang daher auch unbedeutend, ob eine ursprüngliche Rechtswidrigkeit, die erst nachträglich erkannt worden ist, früher hätte geltend gemacht werden können.

Zu prüfen bleibt, ob das Gesuch des VZKV den strengen Substantiierungsanforderungen, die an ein Gesuch um Wiedererwägung zu stellen sind, genügt. Die vom VZKV geltend gemachte Rechtswidrigkeit liegt klar zutage, ist sie doch durch die bundesrätliche Rechtsprechung erhärtet, wonach ein Geburtshaus, das nur Gebärende mit voraussichtlich normal verlaufenden, komplikationslosen Geburten aufnehmen und betreuen möchte und infolgedessen seine Einrichtungen auf solche unproblematischen Fälle beschränkt, nicht als Spital zugelassen werden kann, weil es die Voraussetzungen nach Artikel 39 Absatz 1 Buchstaben a und c KVG nicht erfüllt. Den Akten nach dürfte es sich beim Geburtshaus Zürcher Oberland um ein solches (klassisches) Geburtshaus handeln. Die Rüge des VZKV, das Geburtshaus erfülle im Lichte der Rechtsprechung des Bundesrates gewisse Zulassungsvoraussetzungen gemäss Artikel 39 Absatz 1 Buchstaben a und c KVG nicht und figuriere zu Unrecht in der Spitalliste, erscheint demnach genügend substantiiert.

Es besteht für den VZKV demnach ein rechtlicher Anspruch auf Neuprüfung. Die Vorinstanz ist somit zu Unrecht auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten.

2.4 Entsprechend dem prozessualen Grundsatz, dass sich der Streitgegenstand im Zuge des Rechtsmittelverfahrens nicht ausweiten darf, kann der VZKV nicht die Anpassung der Spitalliste verlangen, sondern nur die Rückweisung an die erste Instanz mit der Anordnung, auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten und neu zu verfügen (vgl. VPB 59.49; *Alfred Kölz* und *Isabelle Häner*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage 1998, Rz. 449).

Der Regierungsrat hat daher abzuklären, ob das Geburtshaus Zürcher Oberland – im Sinne der bundesrätlichen Rechtsprechung – über die dem Zweck eines auf Geburtshilfe spezialisierten Spitals entsprechende medizi-

nische Infrastruktur und Betreuung verfügt. Ist dies nicht der Fall, muss der Regierungsrat die Spitalliste entsprechend anpassen und das Geburtshaus aus der Spitalliste streichen.

Gemäss Praxis des Bundesrates nimmt die Überprüfung der Infrastruktur- und Dienstleistungsvoraussetzungen einer Einrichtung, die als Spital zugelassen werden möchte, den Zweck der Einrichtung zum Massstab. Führt diese ausschliesslich Geburten durch, so kann nicht verlangt werden, dass die ärztliche Betreuung und die medizinische Infrastruktur einem Akutspital gleich für die Behandlung allgemeiner medizinischer Risiken geeignet seien. Hingegen ist zu beachten, dass eine Einrichtung nach der Definition in Artikel 39 Absatz 1 KVG von vorneherein nur dann ein Spital sein kann, wenn sie der stationären Behandlung akuter Krankheiten oder der stationären Durchführung von Massnahmen der medizinischen Rehabilitation dient. Schwangerschaft selbst ist keine Krankheit und der Geburtsvorgang keine Heilbehandlung, sondern ein normaler physiologischer Vorgang, der in den meisten Fällen keine heilenden oder rettenden medizinischen Eingriffe erfordert. Allerdings besteht stets ein Risiko, dass eine Komplikation auftritt, welche solche Eingriffe notwendig macht. Daher rechtfertigt es sich, dass es der Schwangeren stets freisteht, sich in einem Spital entbinden zu lassen und die Kosten für den Aufenthalt dort auf die obligatorische Krankenversicherung zu überwälzen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass dieses Spital über die notwendigen Einrichtungen und medizinische Betreuung verfügt, um den typischerweise mit Geburten verbundenen Komplikationsrisiken an Ort und Stelle begegnen zu können. Um als Spital zugelassen werden zu können, muss ein Geburtshaus somit nach Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe c über Einrichtungen zur Durchführung notfallmässiger operativer Massnahmen, wie beispielsweise eines Kaiserschnitts, verfügen. Führt ein Geburtshaus nur solche Geburten durch, bei denen kein Arzt hinzugezogen wird, so ist die Voraussetzung nach Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe a nicht erfüllt (unveröff. BRE vom 23. 2. 2000 in Sachen Thurgauer Spitalliste, Geburtshaus F. sowie unveröff. BRE vom 23. 12. 1999 in Sachen Berner Spitalliste, Geburtshaus V. O.)

2.5 Wenn der Regierungsrat anlässlich der materiellen Neuprüfung zum Schluss kommt, dass das Geburtshaus von der Zürcher Spitalliste ausgeschlossen werden muss, kommt allerdings nur eine Streichung pro futuro in Frage. In den Entscheiden vom 17. Februar 1999 (Regionalspitäler) und vom 3. November 1999 (Privatspitäler) gegen die Zürcher Spitalliste 1998 hat der Bundesrat auf Grund der auf dem Spiel stehenden Interessen (Beschwerdeführer, Kanton, Versicherer, Versicherte, Spitalpersonal) entschieden, dass die Nichtaufnahme der Spitäler in die Liste nicht rückwirkend er-



folgen soll (RKUV 3/1999 S. 254 E. 13<sup>7</sup>). Diese Regelung ist bei einem allfälligen Ausschluss des Geburtshauses ebenfalls zur berücksichtigen, zumal es sich nicht um eine Nichtaufnahme, sondern um eine Streichung einer bislang zugelassenen Einrichtung handelt. Dies bedeutet, dass das Geburtshaus auf jeden Fall bis zum Tag des neuen Entscheides des Regierungsrates als Leistungserbringer zugelassen bleibt.

Ferner hat der Bundesrat im Falle der Zürcher Spitallisten den betroffenen Spitälern eine Übergangsfrist von 6 Monaten eingeräumt, die ab dem bundesrätlichen Entscheid zu laufen begann.

Im Sinne der Gleichbehandlung ist für das Geburtshaus Zürcher Oberland die gleiche Übergangsregelung zu treffen, falls es von der Zürcher Spitalliste ausgeschlossen wird, zumal es sich in diesem Fall um einen Ausschluss von einer rechtskräftigen Spitalliste handelt. Die angepasste Spitalliste würde somit für das Geburtshaus erst nach Ablauf dieser 6 Monate in Kraft treten. Bis zum Ablauf einer allfälligen Übergangsfrist gelten mit Wirkung ab 1. Januar 1998 für das Geburtshaus die Zulassung und der Leistungsauftrag der Spitalliste des Kantons Zürich 1998.

Entgegen der Auffassung des VZKV stellt sich die Frage des Tarifs nicht nur für den Fall, dass das Geburtshaus auf der Zürcher Spitalliste 1998 bleibt, sondern auch wenn es davon ausgeschlossen wird; für den Zeitraum, in welchem das Geburtshaus in der Zürcher Spitalliste 1998 figuriert, hat es Anspruch auf einen Tarif.

#### *Tariffestsetzung (Ziff. II. des Regierungsratsbeschlusses)*

...

8. Zu prüfen ist vorerst, ob der Regierungsrat bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten die für alle Spitäler geltende Regel von Artikel 49 Absatz 1 letzter Satz KVG beachtet hat, wonach Betriebskostenanteile aus Überkapazität, Investitionskosten sowie Kosten für Lehre und Forschung nicht berücksichtigt werden dürfen.

Die Betriebskosten sind im Moment des Vertragsabschlusses oder der hoheitlichen Tariffestsetzung zu ermitteln. Sind diese Kosten im Zeitpunkt der Leistungserbringung höher, berührt dies die Krankenversicherung somit nicht. Sind die Kosten in jenem Augenblick dagegen günstiger, so hat der Spitalträger hievon den Vorteil. Diese Regelung soll die Spitalträger zu kostenbewusstem und kostensparendem Verhalten veranlassen (KVG-Bot-

<sup>7</sup> siehe Nr. KV 72 (1999) dieser Sammlung

schaft, BBl 1992 I 184). Da dem angefochtenen Entscheid für den Tarif, welcher mit Wirkung ab 1. Januar 1998 gelten soll, die Zahlen des Rechnungsjahres 1998 zugrunde liegen, ist die Prüfung auch auf der Basis dieser Zahlen vorzunehmen.

8.1.1 Von welchem Betriebsaufwand ausgegangen werden soll, ist strittig und somit im Folgenden zu prüfen. Die Hebammen machen geltend, ihr Einkommen sei durch Gesellschafterinnenbeschluss bewusst tief und unter einem vergleichbaren Lohn einer angestellten Spitalhebamme angesetzt worden. Damit könne aber für die Kalkulation des Tarifes für die stationäre Behandlung von Gebärenden und Wöchnerinnen nicht einfach auf die bisherige Betriebsrechnung des Hauses abgestellt werden. Der Tarif sei vielmehr weitgehend auf normativer Basis festzusetzen. Bei der Berechnung sei auf die Angestelltenordnung des Kantons Zürich abzustellen.

Es ist zwar richtig, dass der Bundesrat in seiner Praxis bisher die massgeblichen Hebammenlöhne an Hand der Löhne von Spitalhebammen gemäss den kantonalen Besoldungsordnungen bestimmt und in diesem Sinne die normative Methode befolgt hat (RKUV 2/3 1998 S. 201 E. 8, S. 213 E. 10<sup>8</sup>). Abgesehen davon, dass die von den Hebammen angerufene Rechtsprechung des Bundesrates im Zusammenhang mit der Festsetzung des Taxpunktwertes für Hebammenleistungen der frei praktizierenden Hebammen entwickelt worden ist, und daher für die Beurteilung des Pauschaltarifs für den stationären Aufenthalt in einem als Spital zugelassenen Geburtshaus nur sehr bedingt aussagekräftig ist, ist in diesen Entscheiden aber auch regelmässig darauf hingewiesen worden, dass der Bundesrat die normative Methode wählte, weil schlüssige empirische Daten fehlten. In diesem Sinne lehnt der Bundesrat denn auch ein automatisches Abstellen auf die kantonalen Besoldungsordnungen bei der Feststellung der Referenzeinkommen für selbständig erwerbende Medizinalpersonen ab. Er hat sich im Rahmen der entwickelten Praxis zudem ausdrücklich vorbehalten, in künftigen Beschwerdeentscheiden die Methode zur Bestimmung der kantonalen Taxpunktwerte für Hebammenleistungen zu ändern. Gemäss Rechtsprechung des Bundesrates steht somit die Bestimmung des massgeblichen Hebammenlohnes an Hand empirischer Daten an erster Stelle. Eine Erhebung über die Löhne frei praktizierender Hebammen wurde vom Bundesrat nur deshalb abgelehnt, weil damit lediglich die Verhältnisse vor Einführung der neuen Tarifstruktur auf der Basis betriebswirtschaftlich erhärteter Daten hätten wiedergegeben werden können; dies war nicht von Interesse, ging es doch gerade darum, aufgrund einer Neubewertung der von frei praktizie-

<sup>8</sup> siehe Nr. KV 29 (1998) dieser Sammlung

renden Hebammen zu erbringenden Leistungen neue, betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Löhne festzulegen (RKUV 2/3 1998 S. 200<sup>9</sup>).

Da es vorliegend aber um die Beurteilung eines Pauschaltarifs für die stationäre Behandlung von Gebärenden und Wöchnerinnen geht, sind in Übereinstimmung mit der Vorinstanz und der Preisüberwachung der Tarifberechnung die in der Betriebsrechnung ausgewiesenen effektiven Personalkosten zu Grunde zu legen.

Zu keinem anderen Ergebnis führt auch der Einwand, die Einkommen der Hebammen entsprächen nicht marktüblichen Hebammenlöhnen, weil jene bewusst zu tief angesetzt worden seien. Es liegt grundsätzlich in der unternehmerischen Freiheit eines Spitals, wie es sein Personal entlohnt. Ebenso steht dem Geburtshaus als einfache Gesellschaft das Recht zu, über das Einkommen der einzelnen Gesellschafterinnen zu bestimmen. Da Tarife mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang stehen müssen (Art. 46 Abs. 4 KVG), können zwar zu hohe Einkommen zu inakzeptablen Tarifen führen und sind insofern mit dem KVG nicht vereinbar. Aus der Sicht des KVG steht indes einem tieferen als dem marktüblichen Einkommen nichts entgegen. Das KVG bezweckt eine sozialverträgliche Krankenversicherung und nicht die Garantie von (Mindest-)Einkommen für das Spitalpersonal auf Kosten der sozialen Krankenversicherung. Zu berücksichtigen gilt zudem, dass im vorliegenden Fall die Einkommenshöhe durch die Hebammen selbst beschlossen wurde. Abgesehen davon, steht es jeder Hebamme offen, als frei praktizierende Hebamme oder allenfalls an einem öffentlichen Spital zu arbeiten, falls sie dieses Einkommen nicht akzeptieren möchte.

...

---

<sup>9</sup> siehe Nr. KV 29 (1998) dieser Sammlung

# Liste des hôpitaux admis par le canton de Genève à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins

KV 217 Décision du Conseil fédéral du 7 novembre 2001 dans la cause opposant la Fédération genevoise des assureurs-maladie au Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève

Les cas d'importation et d'exportation de patients doivent être pris en compte par l'autorité de planification pour établir exhaustivement la demande en soins. En l'espèce, l'autorité intimée a établi ces valeurs de manière lacunaire, notamment en ne tenant pas compte dans la détermination des besoins des hospitalisations effectuées dans les établissements extracantonaux privés. Une estimation du nombre total de cas concernés sur la base des «Indicateurs d'hospitalisation 1992-1995» établis par l'Institut de santé et d'économie (ISE) met en lumière l'importance effective de ces mouvements et les tendances contraires qu'ils suivent, savoir une augmentation des cas exportés et une diminution des cas importés (cons. II. 3.2, 3.2.1, 3.2.2).

L'autorité intimée a établi l'offre disponible auprès des hôpitaux en recourant à la méthode dite analytique, qui considère les facteurs déterminants que sont notamment le taux d'hospitalisation, la durée du séjour, le nombre d'habitants et le taux d'occupation des lits (par opposition à la méthode normative, qui procède par comparaison et repose sur le taux de lits par habitant). De manière générale, le calcul effectué sur cette base est satisfaisant en l'espèce, car même s'il ne tient pas compte des flux d'importation et d'exportation de patients, ces deux valeurs se situent dans le même ordre de grandeur et se compensent (cons. II. 3.3.1 et 3.3.2).

Les données disponibles ne permettent pas de connaître la répartition exacte des lits prévus en fonction des différentes catégories de prestations médicales (soins somatiques aigus, soins de réadaptation, soins psychiatriques, soins spécialisés, ...). L'autorité intimée est invitée à y remédier, en formulant des prévisions séparées en fonction de ces catégories (cons. II. 4.1).

Tout en soulignant qu'elles se situent au niveau maximal admissible, le Conseil fédéral confirme les capacités en soins somatiques aigus prévues par l'autorité de planification à l'horizon 2001, capacités qui ne devraient en aucun cas dépasser 1580 lits correspondant à un taux de 3,8 lits pour 1000 habitants (cons. II. 4.2 à 4.4).

Lorsqu'il applique la méthode analytique, le gouvernement cantonal doit prévoir l'évolution de tous les facteurs déterminants pour la planification, ce qu'il n'a pas fait s'agissant des soins de psychiatrie, de réadaptation et de gériatrie, où les projections portent seulement sur le nombre de journées d'hospitalisation (cons. II. 5.1). Le Conseil fédéral peut néanmoins confirmer les capacités prévues pour ces catégories de prestations (cons. II. 5.2 et 5.3).

Lorsqu'il est difficile voire impossible d'établir séparément les capacités hospitalières relatives aux différentes catégories de prestations, le Conseil fédéral peut compléter son appréciation en procédant à une comparaison avec d'autres cantons portant sur l'ensemble des capacités hospitalières. En l'espèce, le total des capacités prévues pour 2001 correspond à un taux de 5,68 lits pour 1000 habitants, ce qui est tolérable au regard de la situation genevoise (cons. II. 6.1).

Mandats de prestations (cons. II.7).

L'inscription d'office sur la liste hospitalière genevoise d'établissements extracantonaux en application d'un concordat intercantonal, c'est-à-dire en dehors de toute planification destinée à couvrir les besoins de la population, est contraire à l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre d, LAMal (cons. II. 8.3.1).

Für eine umfassende Berechnung des Pflegebedarfs muss die Planungsbehörde den Import und Export von Patienten und Patientinnen berücksichtigen. In casu hat die Vorinstanz nur eine lückenhafte Berechnung vorgenommen, indem sie namentlich bei der Festlegung des Bedarfs die Spitalaufenthalte in ausserkantonalen Privatspitälern nicht mit einbezogen hat. Mit den vom Institut de santé et d'économie (ISE) definierten «Hospitalisierungsindikatoren 1992-1995» lässt sich die Anzahl der Importe und Exporte schätzen und das effektive Gewicht dieser Bewegungen sowie deren gegenläufige Entwicklung, d.h. die Zunahme der Exporte und die Abnahme der Importe, gut aufzeigen (Erw. II 3.2, 3.2.1, 3.2.2).

Die Vorinstanz hat das vorhandene Angebot in den Spitälern aufgrund der so genannten analytischen Methode bemessen, welche sich auf die wesentlichen Faktoren, namentlich auf die Zahl der Spitaleinweisungen (Hospitalisierungsrate), die Aufenthaltsdauer, die Einwohnerzahl und die Bettenbelegung abstützt (im Gegensatz zur normativen Methode, die mit Vergleichen arbeitet und auf der Anzahl Betten pro Einwohner abstellt). Auch wenn die analytische Methode die Importe und Exporte nicht berücksichtigt, werden damit in der Regel befriedigende Ergebnisse erzielt, denn die beiden gegenläufigen Bewegungen sind mengenmässig in etwa gleich gross und heben sich damit auf (Erw. II 3.3.1 und 3.3.2).

Die verfügbaren Zahlen erlauben es nicht, die genaue Verteilung der Betten nach den verschiedenen Kategorien medizinischer Leistungen (somatische Akutversorgung, Rehabilitation, psychiatrische Versorgung, Spezialversorgung, ...) zu ermitteln. Die Vorinstanz wird aufgefordert, diesen Mangel zu beheben und separate, nach Kategorien unterteilte Prognosen zu erstellen (Erw. II 4.1).

Der Bundesrat bestätigt die von der Planungsbehörde für 2001 vorgesehenen Kapazitäten für die somatische Akutversorgung, weist indessen darauf hin, dass sich die entsprechenden Zahlen an der Obergrenze des zulässigen Bereichs bewegen, so dass die Zahl von 1580 Betten – entspricht 3,8 Betten auf 1000 Einwohner – in keinem Fall überschritten werden darf (Erw. II 4.2 bis 4.4).

Wenn die Kantonsregierung mit der analytischen Methode arbeitet, muss sie die Entwicklung sämtlicher für die Planung relevanter Kriterien mit berücksichtigen. In vorliegendem Fall wurde dies bei der psychiatrischen Pflege, der Rehabilitation und der Geriatrie unterlassen, denn in diesen Bereichen wurde die Entwicklung lediglich aufgrund der Anzahl Spittage berechnet (Erw. II 5.1). Dessen ungeachtet kann der Bundesrat die für diese Leistungskategorien vorgesehenen Kapazitäten bestätigen (Erw. II 5.2. und 5.3.).

Ist es schwierig oder gar unmöglich, die Spitalkapazitäten separat nach verschiedenen Leistungskategorien festzulegen, kann der Bundesrat seine Beurteilung ergänzen, indem er einen Vergleich mit den Gesamtkapazitäten anderer Kantone vornimmt. Vorliegend entspricht die Gesamtkapazität für 2001 einem Verhältnis von 5,68 Betten auf 1000 Einwohner, was angesichts der Situation im Kanton Genf akzeptabel ist (Erw. II 6.1.).

Leistungsaufträge (Erw. II 7).

Werden ausserkantonale Spitäler aufgrund eines interkantonalen Konkordats von Amtes wegen in die Spitalliste aufgenommen, d. h. ohne Berücksichtigung der Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung, so verstösst dies gegen Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d KVG (Erw. II 8.3.1).

I casi d'importazione e d'esportazione di pazienti devono essere presi in considerazione dall'autorità di pianificazione per stabilire in modo esaustivo la richiesta di cure. Nella fattispecie l'autorità intimata ha stabilito questi valori in modo lacunoso, in particolare non tenendo conto nella determinazione del fabbisogno delle degenze ospedaliere effettuate negli istituti privati extracantonali. Una stima del numero globale dei casi interessati effettuata in base agli indicatori delle degenze ospedaliere 1992-1995 stabiliti dall'Institut de santé et d'économie (ISE) mette in luce l'importanza effettiva di questi movi-

menti e le loro opposte tendenze, ossia un aumento dei casi esportati e una diminuzione di quelli importati (cons. II. 3.2, 3.2.1, 3.2.2).

L'autorità intimata ha stabilito l'offerta disponibile presso gli ospedali ricorrendo al metodo detto analitico, che tiene conto dei fattori determinanti, cioè in particolare il tasso d'ospedalizzazione, la durata di degenza, il numero di abitanti e il tasso d'occupazione dei letti (in contrapposizione al metodo normativo, basato sui confronti e sul tasso di letti per abitante). In generale il calcolo effettuato su questa base nella fattispecie è soddisfacente anche se non tiene conto dei flussi d'importazione e d'esportazione dei pazienti, poiché questi due valori si situano nello stesso ordine di grandezza e quindi si compensano (cons. II. 3.3.1 e 3.3.2).

I dati disponibili non permettono di conoscere la ripartizione esatta dei letti previsti in funzione delle diverse categorie di prestazioni mediche (cure somatiche acute, cure di riabilitazione, cure psichiatriche, cure specialistiche, ...). L'autorità intimata è invitata a porvi rimedio formulando previsioni separate in funzione delle singole categorie (cons. II. 4.1).

Sottolineando che hanno raggiunto il livello massimo ammissibile, il Consiglio federale conferma le capacità nell'ambito delle cure somatiche acute previste per il 2001 dall'autorità di pianificazione, capacità che non dovrebbero in nessun caso superare i 1580 letti, pari ad un tasso di 3,8 letti per 1000 abitanti (cons. II. 4.2-4.4).

Quando applica il metodo analitico, il governo cantonale deve prevedere l'evoluzione di tutti i fattori determinanti per la pianificazione, cosa che non ha fatto nel caso delle cure di psichiatria, riabilitazione e geriatria, le cui proiezioni sono basate solo sul numero di giorni d'ospedalizzazione (cons. II. 5.1). Il Consiglio federale può comunque confermare le capacità previste per queste categorie di prestazioni (cons. II. 5.2 e 5.3).

Se dovesse risultare difficile o addirittura impossibile stabilire separatamente le capacità ospedaliere relative alle diverse categorie di prestazioni, il Consiglio federale può completare la sua valutazione effettuando un confronto con altri Cantoni fondato sull'insieme delle capacità ospedaliere. Nella fattispecie il totale delle capacità previste per il 2001 corrisponde a un tasso di 5,68 letti per 1000 abitanti, valore tollerabile per quanto concerne la situazione ginevrina (cons. II. 6.1).

Mandati di prestazioni (cons. II. 7).

L'iscrizione d'ufficio nell'elenco ospedaliero ginevrino di istituti extracantonali in applicazione di un concordato intercantonale, ossia al di fuori di ogni pianificazione destinata a coprire il fabbisogno della popolazione, è contraria all'articolo 39 capoverso 1 lettera d LAMal (cons. II. 8.3.1).

## I.

### Condensé – Übersicht

Par arrêté du 15 décembre 1997, le Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève (ci-après Conseil d'Etat) a établi la liste des hôpitaux admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie, en se basant en particulier sur l'article 39 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal).

La Fédération genevoise des assureurs-maladie (ci-après FGAM) a recouru en date du 29 janvier 1998 contre ledit arrêté en concluant à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision. A l'appui de ses conclusions, la FGAM fait valoir que la liste hospitalière conduirait au maintien de surcapacités hospitalières contraires aux buts de la LAMal, notamment en raison de la trop longue durée de séjour admise pour l'hôpital cantonal; de plus, les cliniques privées ne possédant pas de division commune et les hôpitaux vaudois n'auraient pas à figurer sur la liste.

*Mit Beschluss vom 15. Dezember 1997 erliess der Staatsrat des Kantons Genf die Liste der Spitäler, die gemäss Artikel 39 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) zur Tätigkeit zu Lasten der Krankenversicherung zugelassen sind.*

*Am 29. Januar 1998 erhob der Verband der Genfer Krankenversicherer (FGAM) Beschwerde gegen den erwähnten Beschluss und beantragte dessen Aufhebung sowie die Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zwecks Neubeurteilung. Zur Beschwerdebegründung bringt die FGAM vor, die Spitalliste führe zur Aufrechterhaltung der Überkapazitäten im Spitalbereich entgegen der Ziele des KVG, besonders wegen der Duldung der zu langen Aufenthaltsdauer für das Kantonsspital; des Weiteren gehörten die Privatkliniken, die keine allgemeine Abteilung führten, und die Waadtländer Spitäler nicht auf die Spitalliste.*

## II.

Extraits des considérants:

...

5. Invité à se prononcer au sujet du recours, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a communiqué ses observations en date du 23 octobre 1998. Il propose de rejeter le recours.

...

Concernant l'évaluation de l'offre constituée par les cliniques privées, l'OFAS considère qu'il n'y pas lieu de distinguer entre patients ne disposant



que d'une assurance obligatoire et patients disposant en sus d'une assurance complémentaire, car la planification porte sur l'ensemble de la population. Une fois le besoin global établi, il appartiendrait au gouvernement cantonal de choisir les établissements à même de couvrir les besoins, en tenant compte de manière appropriée de l'offre des cliniques privées. L'OFAS est d'avis que le taux d'occupation des cliniques privées genevoises est trop bas (66%), ce qui démontrerait des surcapacités dans ce secteur. Il faudrait donc procéder à une évaluation des besoins, ne serait-ce que sur la base d'estimations fondées sur l'expérience en l'absence de données plus précises. Bien qu'il soit juridiquement impossible de contraindre ces établissements à diminuer leur nombre de lits, l'OFAS juge possible de ne pas inscrire l'ensemble des lits de ces hôpitaux sur la liste hospitalière.

...

Lors de l'examen de la liste hospitalière genevoise, l'OFAS constate que le nombre de lits attribués serait conforme au nombre retenu dans la planification pour les hôpitaux publics. En revanche, le nombre de lits attribués aux cliniques privées correspondrait à leurs capacités d'accueil effectives puisqu'aucune planification relative au nombre de lits n'aurait été faite, ce qui constituerait une des lacunes principales de la planification genevoise. L'OFAS demande que des mesures soient prises dans ce sens. Le grief selon lequel la liste ne devrait pas contenir de cliniques privées ne disposant pas de division commune serait infondé selon l'OFAS, le canton devant assurer la couverture des besoins de toute la population; en outre, les assurés au bénéfice d'une assurance complémentaire auraient droit au remboursement d'une partie de leurs frais par l'assurance obligatoire. Quant à la surdotation en lits de soins aigus généraux avancée par la FGAM, il serait admis que le canton de Genève connaît des surcapacités. Toutefois, des mesures adéquates visant à réduire graduellement le nombre de lits auraient été entreprises ou seraient en cours, ce qui permettrait d'atteindre un taux de lits tout à fait satisfaisant selon l'OFAS, soit 3,6 lits pour 1000 habitants en 1998 sans tenir compte du flux net de patients étrangers.

S'agissant de la liste des établissements extracantonaux, l'OFAS considère que, d'un strict point de vue juridique, l'inscription d'hôpitaux admis sur la liste de leur canton de siège n'élargit pas pour les assurés genevois le libre choix du fournisseur de prestations; toutefois, une telle admission constituerait un élargissement de fait en permettant une meilleure prise en charge des frais par les assureurs-maladie, en dehors des limites prévues à l'article 41 LAMal. C'est pourquoi l'OFAS pense que l'admission des établissements publics extracantonaux doit répondre aux mêmes critères

que ceux qui s'appliquent à l'admission des établissements cantonaux. Une planification conjointe au sens de l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre d, LAMal aurait sans doute permis une meilleure évaluation des flux de patients entre les cantons de Vaud et de Genève, ce dans l'intérêt des deux cantons. Ce point constitue une des lacunes principale de la liste attaquée, selon l'OFAS. Le fait que la liste hospitalière genevoise ne mentionne pas le nombre de lits pour lequel les établissements extracantonaux sont admis ne pose pas de problème dans ce cas précis selon l'OFAS, en raison du flux limité de patients vers l'extérieur du canton (3%).

Enfin, se prononçant sur le grief relatif à l'attribution des mandats de prestations qui se bornerait en fait à la simple reprise de l'inventaire des disciplines médicales, l'OFAS estime qu'il faudrait distinguer plus nettement les prestations relevant des soins de base de celles relevant des soins spécialisés, très coûteux. Ainsi, quatre cliniques privées genevoises seraient autorisées à faire de la neurochirurgie, même sans planification d'où absence de coordination au niveau des mandats de prestations. Ce type de mandats devrait donc être octroyé plus restrictivement, en indiquant de plus le nombre de lits admis en relation avec de tels mandats de prestations.

...

## II.

Le Conseil fédéral admet partiellement le recours de la FGAM pour les motifs suivants (extraits):

...

### 2. Admission à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins

2.1 Pour être admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins, un hôpital doit satisfaire aux exigences suivantes:

a. remplir les conditions de prestation de services et d'infrastructure prescrites à l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa, lettres a à c LAMal. L'examen de ces conditions incombe en premier lieu aux autorités du canton de siège de l'établissement, lesquelles sont le plus à même de le faire en raison de leur connaissance plus précise des circonstances locales (RAMA 4/1997 257 ss., cons. 4.1<sup>1</sup>);

b. correspondre à la planification établie par un canton ou, conjointement, par plusieurs cantons afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers,

<sup>1</sup> voir n° KV 10 (1997) de ce recueil

cette planification devant prendre en considération les organismes privés de manière adéquate (art. 39, 1<sup>er</sup> al., let. d LAMal);

c. figurer sur une liste cantonale fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats (art. 39, 1<sup>er</sup> al., let. e LAMal). Garantissant publicité et transparence, la liste sert ainsi à la sécurité du droit, comme un registre public.

Ces conditions ont pour but de permettre la coordination des fournisseurs de prestations, une utilisation optimale des ressources et la maîtrise des coûts (Message du Conseil fédéral à l'appui de la révision de l'assurance-maladie du 6. 11. 1991, FF 1992 I 77, p. 149, ci-après message LAMal).

...

2.3 Les listes hospitalières doivent reposer sur une planification conforme aux besoins. Selon la pratique de Conseil fédéral (RAMA 1997 262, cons. 4.2 s.<sup>2</sup>), la planification des besoins en soins de la population et la transposition des résultats de la planification sur la liste hospitalière passent par les étapes suivantes s'agissant des soins hospitaliers stationnaires: détermination des besoins en soins et de l'offre disponible auprès des établissements hospitaliers; évaluation de l'offre des établissements hospitaliers concernés; attribution et garantie des capacités hospitalières nécessaires par l'octroi de mandats de prestations aux établissements portés sur la liste hospitalière.

Les besoins en soins de la population doivent être analysés en fonction de chaque catégorie médicale pour lesquelles il s'agit ensuite de déterminer les capacités requises (RAMA 6/1996 221 ss.<sup>3</sup>). Pour attribuer ces capacités, on procédera à l'évaluation de l'offre des fournisseurs de prestations aptes à garantir leur couverture. Cette évaluation doit se baser sur des critères objectifs, respectueux du principe de la transparence des coûts. Le choix des fournisseurs de prestations ne procédera pas seulement de critères purement économiques; il tiendra compte d'autres critères importants tels que la disposition et la capacité du fournisseur de prestations à se lier par un tarif et à accepter de traiter des cas lourds. Seule une appréciation globale des offres satisfait au principe de l'égalité de traitement. En outre, la planification nécessite une mise à jour permanente.

Selon la pratique constante du Conseil fédéral, il est loisible aux cantons de pourvoir aux besoins de chaque catégorie de patientes et de patients en recourant tout d'abord à l'offre intracantonale. Il ne sera procédé à l'éva-

<sup>2</sup> voir n° KV 10 (1997) de ce recueil

<sup>3</sup> voir n° KV 10 (1997) de ce recueil

luation d'établissements hors cantonaux et, le cas échéant, à leur admission sur la liste hospitalière que si la prise en charge de la population ne peut être garantie par des établissements sis dans le canton (RAMA 6/1996 221 ss.<sup>4</sup>; 6/1998 521 ss.<sup>5</sup>). Si donc un canton renonce à bon droit à faire appel à des prestations d'établissements hors canton, ceux-ci ne peuvent se réclamer de l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa, 2<sup>e</sup> phrase LAMal et invoquer qu'ils n'auraient pas été pris en considération de manière adéquate en tant qu'organismes privés. Toutefois, lorsqu'un canton inclut des hôpitaux subventionnés hors canton dans son évaluation et que d'autres établissements hors canton mais non subventionnés sont également candidats à l'admission sur la liste, les subventions ne doivent pas influencer sur la comparaison entre ces institutions (RAMA 6/1996 230, cons. 4.2<sup>6</sup>).

2.4 Selon la jurisprudence du Conseil fédéral (RAMA 6/1998 521, cons. 3 ss.<sup>7</sup>), les cantons ont l'obligation d'effectuer une planification hospitalière au sens de l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa lettre d LAMal qui tient compte aussi bien des divisions communes que des divisions semi-privées et privées des hôpitaux. Cela signifie notamment que la détermination des besoins et de l'offre doit recouvrir l'ensemble de ces catégories d'assurance. En vertu du principe de l'assurance obligatoire, les patientes et les patients qui suivent un traitement en division privée ou semi-privée ont en effet droit à une contribution de base de l'assurance-maladie obligatoire des soins, la prise en charge des frais n'étant pas limitée aux seuls assurés traités en division commune.

S'agissant de la notion de division commune, le Conseil fédéral s'en tient à la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui interprète cette notion en relation avec la fonction que joue la division commune et non selon le lieu du séjour effectif de l'assuré dans des locaux séparés (ATF 123 V 290, cons. 6<sup>8</sup>). Le Conseil fédéral considère en effet que le législateur a voulu définir à l'aide de la notion de division commune l'étendue des prestations prises en charge par l'assurance maladie obligatoire des soins; ce faisant, il n'a ni créé un type de division séparée dans l'espace, ni institué une catégorie particulière de patients. La notion de division commune se rapporte donc à l'étendue des prestations prises en charge par l'assurance-maladie obligatoire lors d'un traitement hospitalier stationnaire. Par «division commune», on entend l'ensemble des prestations qui donne droit aux assurés sous le régime obligatoire de la LAMal à une prise en charge complète de leurs frais par l'assurance-maladie (art. 41, 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> al., art. 44, 1<sup>er</sup> al. et art. 49, 4<sup>e</sup> al. LAMal).

<sup>4</sup> voir n° KV 1 (1996) de ce recueil

<sup>5</sup> voir n° KV 54 (1998) de ce recueil

<sup>6</sup> voir n° KV 1 (1996) de ce recueil

<sup>7</sup> voir n° KV 54 (1998) de ce recueil

<sup>8</sup> voir n° KV 20 (1998) de ce recueil

2.5 Il entre dans le pouvoir d'appréciation des cantons de choisir le modèle de liste hospitalière qu'ils entendent promulguer, pour autant que cela permette d'atteindre de manière appropriée les buts fixés par la LAMal (RAMA 6/1998 521<sup>9</sup>). Lors de l'établissement de leur liste hospitalière, certains cantons ont opté pour une liste en deux parties, séparant ainsi divisions communes d'une part, et divisions privées et semi-privées d'autre part (liste dite «séparée»). La première partie de cette liste énumère les hôpitaux, publics ou privés, qui ne sont pris en considération que pour leurs divisions communes, auxquelles est attribué un nombre de lits déterminé, en fonction des besoins définis dans la planification étatique. Dans la seconde partie de la liste sont mentionnés les établissements hospitaliers pris en compte uniquement pour leurs divisions privées et semi-privées, et qui peuvent pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins. L'inscription sur cette seconde «liste» ne vise ni à influencer, ni à limiter l'offre en lits et en prestations des institutions qui y figurent; elle se contente d'indiquer quels sont les établissements qui remplissent les exigences de la LAMal telles que fixées par l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa, lettres a à c (RAMA 6/1998 521, cons. 4.2.2.2<sup>10</sup>).

D'autres cantons ont choisi le modèle de liste dite «intégrale». Cette liste se caractérise notamment par le fait qu'elle ne différencie pas les divisions communes, semi-privées et privées. Y apparaît donc le nombre total de lits mis à disposition par les établissements retenus dans la planification cantonale, sans que soient distingués les lits en divisions communes d'une part, et les lits en divisions semi-privées et privées d'autre part. Toutes les divisions des hôpitaux qui figurent sur la liste sont ainsi admises, sans distinction, à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins.

La liste hospitalière genevoise telle qu'arrêtée par le Conseil d'Etat le 15 décembre 1997 paraît de prime abord emprunter les caractéristiques des deux types de listes décrites ci-avant. Il appert cependant que l'attribution d'un établissement à l'une ou l'autre liste a été effectuée en fonction uniquement de la nature publique ou privée des établissements et non pas en fonction des divisions, communes, semi-privées ou privées exploitées par ces établissements. A une exception près (Clinique V), les hôpitaux qui figurent sur la partie C de la liste n'exploitent aucune division commune (rapport de planification p. 158), raison pour laquelle ils n'y figurent que pour leurs divisions privées. La liste hospitalière genevoise peut donc bien être rangée dans le modèle de liste dite «intégrale» dont le Conseil fédéral a admis qu'il respecte lui aussi les principes de la planification au sens de la LAMal (dé-

<sup>9</sup> voir n° KV 54 (1998) de ce recueil

<sup>10</sup> voir n° KV 54 (1998) de ce recueil

cision du Conseil fédéral du 17 février 1999 en matière de liste hospitalière argovienne, cons. II. 4.2.5, 4.2.6; RAMA 4/1999 345, cons. 3.1<sup>11</sup>; RAMA 4/1999 356<sup>12</sup>; décision du Conseil fédéral du 20 décembre 2000 en matière de liste hospitalière grisonne, cons. II. 3.6 et les arrêts cités). Contrairement à ce que prétend la recourante, c'est à juste titre que l'autorité intimée a englobé l'offre constituée par les cliniques privées genevoises dans la planification hospitalière afin qu'il soit tenu compte de la totalité de l'offre disponible. Il importe en effet que le nombre de lits exploités en division privée ou semi-privée soit également connu dans la mesure où il influe sur l'offre totale en soins, et, partant, sur l'offre en soins dans les divisions communes des hôpitaux. Pour le surplus, le Conseil fédéral ne voit pas motif à examiner plus avant le grief, par ailleurs non substantivé, de la recourante sur ce point. La partie C de la liste n'ayant fait l'objet d'aucun autre grief, en particulier des établissements qui y figurent, point n'est besoin non plus d'en examiner plus attentivement le bien-fondé.

### 3. Situation initiale de la demande et de l'offre en soins

3.1 L'autorité intimée s'est livrée à l'analyse des données démographiques de la population cantonale, dont les principaux résultats sont les suivants. La population genevoise comprend 399 000 personnes en 1995, en constante augmentation depuis 1965. Même si le degré de vieillissement de la population est inférieur à la moyenne suisse en raison de l'importante immigration en territoire genevois, la proportion des personnes âgées de plus de 65 ans, et surtout de plus de 80 ans connaît une forte croissance; la part des habitants de plus de 80 ans se stabilise toutefois dès 1990 (voir le rapport Gilliland, p. 132 ss.). L'Office cantonal de la statistique (OCSTAT) a élaboré cinq scénarios d'évolution démographique jusqu'en 2010, le scénario de type B ayant été retenu comme le plus vraisemblable par le gouvernement cantonal: population totale de 411 000 personnes, avec augmentation du nombre de personnes de plus de 65 ans (de 55 200 à 64 800) et de plus de 80 ans (de 15 700 à 16 900; voir le rapport Gilliland, p. 320 ss., et le rapport de planification, p. 149 ss.). Enfin, le nombre d'habitants a également été estimé à titre prospectif à 450 000 pour l'année 2040, avec une part probable de 100 000 personnes âgées de plus de 65 ans (rapport Gilliland, p. 323 ss.).

Le Conseil fédéral ne voit pas motif à revoir l'utilisation que l'autorité intimée a faite de ces données dans le cadre de la planification hospitalière. Leur analyse, très complète et pertinente, repose effectivement sur le scénario le plus probable d'évolution démographique.

<sup>11</sup> voir n° KV 83 (1999) de ce recueil

<sup>12</sup> voir n° KV 84 (1999) de ce recueil

3.2 Pour déterminer les besoins en lits du bassin de la population de référence de la planification hospitalière, le Conseil fédéral demande que soient également pris en compte les cas d'exportation et les cas d'importation de patients (décision du Conseil fédéral du 5 juillet 2000 concernant la liste hospitalière thurgovienne, cons. 3.2 ss.<sup>13</sup>). Le solde de cet import-export est en effet susceptible d'affecter l'offre à mettre à disposition dans le canton.

3.2.1 S'agissant du flux de patients genevois hospitalisés à l'extérieur du canton, l'autorité intimée a établi pour l'année 1996 que 1038 journées d'hospitalisation ont été effectuées par des résidents genevois au Centre hospitalier et universitaire vaudois (CHUV). En outre, elle a constaté que du 1<sup>er</sup> janvier 1996 au 30 juin 1997, soit en 18 mois, 307 genevois ont effectué 1862 journées d'hospitalisation dans un autre canton, CHUV mis à part.

Sur la base des données retenues par l'autorité intimée, l'ordre de grandeur des cas d'exportation genevois peut être estimé comme suit. D'une part, les résidents genevois passent environ 1200 jours par année dans des hôpitaux extracantonaux en dehors du CHUV, si l'on extrapole les données récoltées sur 18 mois. En outre, le décompte que l'on peut faire à partir des hôpitaux extracantonaux qui ont effectué chacun plus de 30 journées en faveur des patients genevois pour un total de 1344 journées permet d'estimer que 1124 journées (5/6<sup>e</sup>) concernent des soins aigus, et 220 (1/6<sup>e</sup>) des soins de réadaptation (voir le rapport de planification, p. 158 s.). Pour les soins aigus, le nombre total de journées d'hospitalisation passées dans des établissements sis en dehors du canton s'élève par conséquent à un peu plus de 2000, soit 1038 pour le CHUV et environ 1000 pour les autres hôpitaux; le solde d'environ 200 journées concerne les soins de réadaptation. Le très faible volume d'hospitalisation extracantonale des patients genevois dans les établissements publics donne un taux d'hospitalisation extracantonale minimale (environ 2200 journées par an toutes prestations confondues par rapport aux plus de 760 000 journées passées dans les hôpitaux publics genevois, divisions privées et semi-privées comprises, selon le rapport de planification, p. 174). Ces données sont toutefois lacunaires, car elles concernent uniquement les séjours effectués dans des hôpitaux publics. En effet, le Conseil fédéral s'interroge sur la correspondance des chiffres avancés par l'autorité intimée avec le taux d'exportation figurant dans les «Indicateurs d'hospitalisation 1992–1995» établis par l'ISE (Institut de santé et d'économie; annexe 7 versée au dossier par le Conseil d'Etat, tableau 6) faisant état d'un taux de près de 2,96 % en 1995 (taux calculé d'après le nombre de cas et non les journées d'hospitalisation), en augmentation depuis 1993. Il ne serait dès lors pas inutile de procéder à des éclaircissements sur ce point.

---

<sup>13</sup> voir n° KV 183 (2001) de ce recueil

Le Conseil fédéral relève que les séjours hospitaliers effectués dans des établissements extracantonaux privés n'ont pas été pris en compte dans la détermination des besoins, ce qui constitue une lacune dans la détermination de la demande en soins. Le Conseil d'Etat le reconnaît, mais considère ce besoin comme minime et sans incidence sur la planification hospitalière. Alors que la FGAM n'avance aucun élément à l'appui de ses allégations de surcapacités hospitalières qui permettrait de démontrer l'importance quantitative des cas d'hospitalisation dans des hôpitaux privés hors canton, l'OFAS est d'avis que le Conseil d'Etat aurait au moins dû se livrer à une estimation de ce phénomène. Bien qu'il appartienne à l'autorité intimée de déterminer cette valeur, le Conseil fédéral remarque qu'une estimation du nombre de cas exportés vers les hôpitaux extracantonaux publics et privés est possible sur la base des «Indicateurs d'hospitalisation 1992–1995» établis par l'ISE (tableaux 11 et 12): de 1992 à 1995, le nombre de cas par mille habitants passe de 4 à 6, et le nombre de journées d'hospitalisation de 37 à 73. Ce dernier chiffre mis en relation avec la population genevoise donnerait ainsi un total d'environ 29 000 journées d'hospitalisation pour 1995, en forte augmentation sur la période considérée. Selon le tableau 9, le nombre de cas genevois exportés vers les cliniques privées d'autres cantons serait en très forte augmentation entre 1992 et 1995, passant de 8 à 54 journées pour mille habitants, soit un total de plus de 21 000 journées en 1995.

Le recours des résidents genevois aux établissements hospitaliers tant publics que privés sis en dehors du canton ne saurait par conséquent être considéré comme négligeable quant à ses effets sur la planification hospitalière, surtout s'il va en s'amplifiant. Le Conseil fédéral rappelle que la planification hospitalière constitue une tâche permanente, qui doit notamment tenir compte de l'évolution des flux de patients qui pourraient se révéler encore plus significatifs à l'avenir. Le Conseil fédéral prend toutefois note avec satisfaction des intentions du Conseil d'Etat genevois d'examiner exhaustivement l'étendue des besoins en soins liés aux cas d'exportation vers les autres cantons, afin qu'il puisse en tirer les conséquences au niveau de la planification (observations du 23 décembre 1998, p. 13).

3.2.2 En ce qui concerne les cas d'importation, le rapport de planification mentionne que 877 patients vaudois ont effectué un nombre total de 7912 journées dans les établissements genevois, la plupart d'entre eux en provenance de la région frontalière de Nyon et de Gland (rapport de planification, p. 158). Il s'agit là uniquement de séjours effectués dans les hôpitaux publics genevois.

D'une part, il y a lieu de constater que seuls les patients du canton de Vaud ont été pris en compte, et non tous les patients d'autres cantons ni les



patients étrangers. Or on ne saurait exclure que la demande issue d'autres cantons revête une certaine importance dans la mesure où le canton de Genève comprend un hôpital universitaire; quant aux patients étrangers, le fait que de nombreux frontaliers susceptibles d'être couverts par la LAMal (art. 3, al. 3 LAMal; art. 3 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie, OAMal, RS 832.102) soient actifs dans le canton pourrait également constituer une demande à prendre en considération. D'autre part, à l'instar des données relatives aux cas exportés, les données utilisées par le Conseil d'Etat dans le rapport de planification semblent incomplètes et ne correspondent pas au taux d'importation figurant au tableau 6 des « Indicateurs d'hospitalisation 1992-1995 » de l'ISE, lequel se monterait à plus de 15% en 1995 pour les hôpitaux publics (taux calculé d'après le nombre de cas et non les journées d'hospitalisation), ce qui représenterait un nombre de journées d'hospitalisation considérablement plus élevé. Sur les années 1992-1995, le taux calculé par l'ISE est en légère diminution jusqu'en 1994, avant d'augmenter à nouveau d'environ 10% entre 1994 et 1995. Le Conseil fédéral souhaite également que le Conseil d'Etat établisse dorénavant ces données de manière détaillée.

Le Conseil fédéral relève en outre que l'étendue de la demande liée aux cas d'importation des autres cantons et de l'étranger est également lacunaire s'agissant des séjours effectués dans les établissements privés genevois, ce qu'admet le Conseil d'Etat. Ce dernier s'engage toutefois à éclaircir ce point en collaboration avec les assureurs-maladie, bien qu'il soit d'avis que la demande correspondante ne devrait pas modifier sensiblement l'étendue des besoins en soins. Une estimation du nombre de ces cas basée sur les « Indicateurs d'hospitalisation 1992-1995 » établis par l'ISE (tableau 9) permet tout de même de conclure à une demande certes décroissante, mais non négligeable: pour les années 1992 à 1995, le nombre de journées d'hospitalisation par mille habitants serait de 62, 58, 45 et 42, ce qui donne un total de plus de 16 000 journées en 1995.

3.2.3 En conclusion, il faut relever que le canton de Genève est avant tout un canton d'importation s'agissant des cas d'hospitalisation. Cela résulte à la fois des données avancées par le Conseil d'Etat (env. 8000 journées importées contre 1000 journées exportées) et des données présentées par l'ISE concernant les hôpitaux publics et privés (tableau 12: 21 cas provenant d'autres cantons pour mille habitants, contre 6 cas exportés). Il importe de remarquer que, sur la base du tableau précité, ces tendances sont en train de s'inverser. Le Conseil fédéral entend tenir compte dans la présente décision des données de l'ISE, qui se rapportent à l'ensemble des flux de patients pour tous les hôpitaux, et non des données retenues par le Conseil d'Etat

qui concernent une partie seulement des seuls hôpitaux publics. Pour l'année 1995, le flux d'importation en provenance d'autres cantons atteint ainsi 21 cas sur un total de 142 cas (soit 15 %), alors que 6 cas d'exportation sont enregistrés (soit 4 %), pour un flux net d'importation s'établissant à 11 % pour l'ensemble des hôpitaux publics et privés (tableau 12 présenté par l'ISE). Il importe de remarquer que, sur la base du tableau précité, ces tendances sont en train de s'inverser, si bien qu'il n'est pas possible d'établir cette valeur pour 2001.

3.3 S'agissant de l'offre disponible auprès des fournisseurs de prestations, la FGAM considère sur la base du rapport Gilliland que le canton de Genève est surdoté en lits de soins aigus et en lits de soins de réadaptation. Les objectifs fixés par l'autorité intimée en matière de planification du nombre de lits ne permettraient pas d'aboutir à une situation conforme à la LAMal: Genève compterait 5 lits de soins aigus par mille habitants, ce qui permettrait de couvrir les besoins en l'an 2010; à 4 lits par mille habitants, le nombre serait pléthorique même en l'an 2040.

3.3.1 Dans le rapport de planification (p. 160), le Conseil d'Etat a décidé de ne pas utiliser une approche dite normative (densité de lits admise pour une population donnée) pour déterminer le nombre de lits nécessaires à la couverture des besoins de la population. Il s'est au contraire laissé guider par une approche qu'il qualifie de systémique, afin de «faire prendre conscience de nécessaires diminutions dans certaines catégories de centres de soins, d'augmentations dans d'autres à structures moins onéreuses et/ou souples». Des tableaux de bord présentant, selon différents indicateurs, les grandes tendances observées les dernières années figurent aux pages 162 et 163, qui ont permis d'établir le nombre de lits nécessaires dans les hôpitaux publics jusqu'en 2001 (p. 174).

Les cantons sont en principe libres de choisir entre la méthode normative ou la méthode analytique (appelée systémique par le Conseil d'Etat) pour établir les besoins en lits sur leur territoire. Lors de l'examen des recours dirigés contre la planification hospitalière, le Conseil fédéral se limite à vérifier que les autorités de planification ont bien procédé aux éclaircissements nécessaires et usé de facteurs d'appréciation appropriés (voir cons. 1.5 ci-avant). Lorsque les cantons recourent à la méthode analytique, le Conseil fédéral exige qu'ils soient en mesure de déterminer de manière suffisamment détaillée les différents facteurs influant sur les besoins: bassin de population, taux d'hospitalisation, durée du séjour, taux d'occupation des lits, ainsi que d'éventuels autres facteurs déterminants. Si ces données ne peuvent être établies avec un degré de vraisemblance suffisant, il faut dé-

terminer les besoins en lits au moyen d'un taux normatif (décision du Conseil fédéral du 5 juillet 2000 en matière de liste hospitalière thurgovienne, cons. 3.1.1.2 et suivant<sup>14</sup>). L'utilisation de la méthode analytique ne va pas sans incertitudes, dans la mesure où l'évolution future de certains facteurs déterminants est difficile à quantifier. Ainsi, et contrairement au développement de la démographie ou de la structure d'âge de la population, l'évolution de facteurs tels que le taux de morbidité, les progrès de la médecine ou encore le recours croissant aux soins ambulatoires peuvent au mieux faire l'objet d'une estimation (décision du Conseil fédéral du 20 décembre 2000 en matière de liste hospitalière grisonne, cons. 6.3.1.1). Cette méthode repose donc pour une part importante sur un raisonnement intuitif. Elle n'est en outre pas dénuée d'éléments normatifs qui servent à déterminer certains facteurs.

3.3.2 Afin de vérifier les calculs des besoins en lits effectués par les cantons qui ont recouru à la méthode analytique, le Conseil fédéral s'est basé sur la formule suivante recommandée par la CDS (voir RAMA 3/1999 222 cons. 3.4.1<sup>15</sup>, décision du Conseil fédéral du 5 juillet 2000 en matière de liste hospitalière thurgovienne, cons. 3.1.1.3<sup>16</sup> et décision du Conseil fédéral du 20 décembre 2000 en matière de liste hospitalière grisonne, cons. 6.3.1.1):

$\frac{\text{TH} \times \text{DS} \times \text{HB}}{365 \times \text{OL}}$	$= \text{Besoin en lits}$
--	---------------------------

TH = Transferts à l'hôpital pour 1000 habitants (taux d'hospitalisation)

DS = Durée du séjour

HB = Habitants du bassin de prise en charge  
(nombre divisé par le facteur 1000)

OL = Occupation moyenne des lits.

Si l'on applique cette formule aux données relatives à la situation de départ de la planification hospitalière genevoise (année 1995, voir p. 162 s. du rapport de planification), on obtient pour les établissements publics genevois un nombre total de lits correspondant aux calculs effectués par le Conseil d'Etat à la page 174 du rapport de planification, savoir 1379 lits de soins aigus à l'Hôpital cantonal, 1037 lits de soins de réadaptation dans les autres établissements publics y compris les lits de psychiatrie, et 190 lits dans les cliniques publiques de réadaptation de Joli-Mont et de Montana, soit un

<sup>14</sup> voir n° KV 183 (2001) de ce recueil

<sup>15</sup> voir n° KV 72 (1999) de ce recueil

<sup>16</sup> voir n° KV 183 (2001) de ce recueil

total de 2606 lits pour l'ensemble des établissements publics. Le Conseil fédéral est d'avis que le Conseil d'Etat a établi de manière satisfaisante l'état global initial de la demande et de l'offre en soins hospitaliers de soins aigus et de soins de réadaptation, malgré les imprécisions et lacunes affectant la détermination des cas importés vers les hôpitaux genevois ou exportés vers les autres cantons. Les calculs effectués par le Conseil d'Etat comportent ainsi une marge d'erreur dans la mesure où ils se rapportent à la population résidant dans le canton de Genève, et non pas au bassin de prise en charge prenant en compte les cas d'importation et d'exportation (que l'on pourrait par exemple obtenir en extrapolant les données relatives aux cas d'importation et d'exportation au nombre d'habitants correspondant; il est également possible d'intervenir au niveau du résultat par ajout et déduction des lits correspondants). Le Conseil fédéral est d'avis que cette marge d'erreur reste tolérable en l'espèce, car elle n'affecte pas de manière sensible la détermination initiale de l'offre et de la demande: soit on retient les chiffres avancés par l'autorité intimée et on obtient des flux négligeables, soit on admet les estimations basées sur les données de l'ISE et on obtient des flux qui se compensent partiellement, ce qui donne un solde négligeable en fin de compte (voir cons. 3.2.1 et 3.2.2 ci-avant). En outre, et cette question sera examinée dès le considérant 4 ci-après, on peut regretter que l'état initial de l'offre et de la demande n'ait pas été établi de manière plus détaillée en fonction des différentes catégories de prestations.

Quant au nombre de lits exploités par les établissements privés, il s'élève à 472 unités en divisions semi-privée ou privée selon la liste hospitalière genevoise (474 unités pour l'année 1995 selon le rapport de planification).

3.3.3 Sur la base de ces chiffres et de l'évolution antérieure (diminution du nombre de lits de 20% entre 1980 et 1995, mouvement qui s'est accéléré dès 1992), il a été établi à juste titre que l'offre de lits présentait des surcapacités dans le canton de Genève. En conséquence, il a été décidé, dans une première phase comprise entre 1995 et 1997, de diminuer le nombre de lits de soins aigus de l'hôpital cantonal de 250 unités dans la plupart des départements médicaux à l'exception de la pédiatrie, puis de procéder, dans une deuxième phase (1998-2001), à une réduction supplémentaire de 94 lits. Cette seconde diminution est liée notamment au développement des soins à domicile et aux performances des structures ambulatoires. Le Conseil d'Etat s'est fixé pour objectif d'atteindre en 2001 le nombre de 1000 lits sur le site de l'hôpital cantonal (soins aigus). S'agissant des lits de soins de réadaptation des établissements publics y compris les cliniques de réadaptation de Joli-Mont et de Montana, leur nombre reste stable entre 1995 et 1997 (diminution de 3 lits à la clinique de Montana, augmentation de 10 lits en psy-

chiatricie), avant de subir une diminution globale de 45 unités entre 1998 et 2001 à l'hôpital cantonal pour passer de 1045 à 1000 lits. Le nombre de lits prévu pour les cliniques de Joli-Mont (104 lits) et de Montana (80 lits) reste inchangé. Ces données sont tirées des pages 164 et suivantes du rapport de planification.

Il s'agit dès lors pour l'autorité de recours d'établir si les besoins en lits fixés dans les objectifs de la planification hospitalière genevoise permettent de concrétiser les buts de la LAMal, savoir aboutir à une offre correspondant à la demande et réduire d'éventuelles surcapacités afin notamment de maîtriser les coûts. Le Conseil fédéral va donc vérifier pour les différents types de prestations si les capacités hospitalières respectivement les facteurs déterminants retenus par le Conseil d'Etat pour déterminer l'offre nécessaire à l'horizon de planification 2001 sont compatibles avec les exigences de la LAMal. Pour ce qui est des types de prestations sur lesquels va porter l'examen du Conseil fédéral, il faut relever que la loi mentionne une première distinction entre soins aigus et soins de réadaptation dispensés en milieu hospitalier (art. 39, 1<sup>er</sup> al., 1<sup>e</sup> phr. LAMal); il faut également structurer la liste hospitalière par catégories d'hôpitaux en fonction des mandats de prestations qui leur sont attribués (art. 39, 1<sup>er</sup> al., let. e LAMal). La plupart des cantons ont ainsi distingué entre soins somatiques aigus, soins de réadaptation, soins psychiatriques et autres soins spécialisés sur la base des recommandations de la CDS du 12 mars 1997 concernant la planification hospitalière (recommandation 18), ce que confirme la jurisprudence du Conseil fédéral. Comme mentionné au considérant 2.3 ci-avant, les besoins en soins de la population doivent être analysés en fonction de chaque catégorie médicale pour lesquelles il s'agit ensuite de déterminer les capacités requises (RAMA 6/1996 221 ss.<sup>17</sup>). Même s'il est concevable que la planification hospitalière puisse atteindre ses buts par la fixation de capacités globales toutes disciplines médicales confondues, le Conseil fédéral considère toutefois qu'une planification plus détaillée des capacités en accord avec la recommandation précitée de la CDS est nécessaire notamment pour les raisons pratiques suivantes. Il est en effet impératif de pouvoir déterminer quel grand secteur de prestations médicales souffre de surcapacités ou, au contraire, d'insuffisances quantitatives ne permettant pas d'assurer la couverture des besoins de la population cantonale, afin de pouvoir cibler au mieux les mesures à prendre. S'il est vrai qu'une comparaison globale avec l'offre hospitalière disponible dans d'autres cantons présente un intérêt certain (voir cons. 6.1 ci-après), il importe également de pouvoir effectuer des comparaisons plus détaillées par catégories de prestations. Le Conseil fédéral

---

<sup>17</sup> voir n° KV1 (1996) de ce recueil

utilise en effet ce moyen pour apprécier la situation qui prévaut dans un canton donné, en tenant compte de ses particularités.

#### 4. Capacités en soins somatiques aigus prévues pour 2001

4.1 Il y a lieu de soulever à titre préliminaire une question affectant la structure des catégories de lits utilisée dans la planification hospitalière genevoise. Cette dernière ainsi que la liste hospitalière sont en effet articulées non pas en fonction des catégories de prestations mais en fonction des hôpitaux, ce qui est en soi tout à fait conforme à la loi. Mais, alors que certains établissements déploient leurs activités dans plusieurs domaines, la liste hospitalière attribue presque toujours des capacités globales aux établissements indépendamment des catégories médicales en question, les capacités correspondant à chaque catégorie ne résultant pas non plus des documents de la planification hospitalière. Il n'est dès lors pas toujours évident de déduire de la planification le total des capacités hospitalières se rapportant à chacune des différentes catégories de prestations figurant dans les recommandations de la CDS, telles que suivies par le Conseil d'Etat genevois. En conséquence, lorsqu'un établissement est admis pour plusieurs catégories de prestations, le Conseil fédéral invite le Conseil d'Etat à établir les capacités hospitalières prévues dans le cadre de la planification pour chacune des catégories de prestations, sur la base des données déterminantes propres à ces prestations. En pratique, il s'agit de pouvoir déterminer précisément le nombre total de lits destinés aux soins somatiques aigus, aux soins de réadaptation, aux soins psychiatriques, voire à d'autres soins spécialisés.

4.2 L'offre en lits de soins somatiques aigus des hôpitaux publics prévue pour 2001 est constituée pour l'essentiel des 1000 lits de l'hôpital cantonal de Genève. Pour déterminer ce nombre avec plus de précision, deux groupes de lits doivent en être exclus et un groupe doit y être ajouté (voir les paragraphes ci-après). Quant aux cliniques privées, elles exploitent au total 472 lits selon la liste hospitalière genevoise (chiffres stables à partir de 1993, voir le rapport *Gilliland* p. 153), qui concernent tous les soins somatiques aigus.

4.2.1 Sur la base de l'article 1<sup>er</sup>, point A.2.2. de l'arrêté attaqué, les 26 lits du Centre romand pour paraplégiques ont été pris en compte dans les lits de soins aigus de l'hôpital cantonal, alors qu'ils sont destinés à la réadaptation des paraplégiques et tétraplégiques. Le Conseil fédéral remarque que l'hôpital de Loëx accueille également de nombreux patients paraplégiques et tétraplégiques nécessitant des soins de réadaptation (rapport *Gilliland*, p. 127). Or il est difficile, dans ce domaine, de tracer avec précision la frontière entre soins aigus, qui comprennent en principe le traitement pri-

naire et la pré-réadaptation (réadaptation postopératoire) et la réadaptation proprement dite, y compris les soins ultérieurs de re-réadaptation; ces différentes étapes varient également selon le caractère accidentel ou pathologique de l'affection (décision du Conseil fédéral du 30 août 2000 dans la cause Centre X contre Conseil d'Etat vaudois, cons. 4.2). En raison de ces difficultés et du fait que les lits du Centre romand pour paraplégiques ont été pris en compte comme lits de soins aigus par le Conseil d'Etat, il serait utile d'établir dorénavant la nature exacte de ces lits, bien que pour l'instant, sur la base du dossier, ces lits doivent effectivement être considérés comme des lits de réadaptation. En outre, le Conseil fédéral remarque que la prise en compte des lits du Centre romand pour paraplégiques dans la partie de la liste consacrée à l'hôpital cantonal pourrait fausser certaines données déterminantes de la planification hospitalière retenues pour les soins somatiques aigus, notamment la durée du séjour et le taux d'occupation des lits qui peuvent grandement différer. C'est pourquoi le Conseil fédéral invite le Conseil d'Etat, d'une part, à éclaircir à l'avenir le rôle des établissements qui dispensent des soins aux patients affectés de paralysie médullaire et, d'autre part, à veiller à ce que les données intéressant la planification soient traitées séparément en fonction des différentes catégories de prestations.

4.2.2 Selon les mandats de prestations de la liste hospitalière, l'hôpital cantonal universitaire dispense des soins psychiatriques. Les capacités en matière de psychiatrie seront évaluées au considérant 5.2 ci-après, si bien que les lits concernés doivent être déduits du total des lits somatiques aigus de l'hôpital cantonal. Il est toutefois regrettable que les pièces versées au dossier ne permettent pas de déterminer le nombre de lits concernés, et que les données déterminantes de la planification propres aux soins de psychiatrie ne puissent être isolées. Mais comme ces données présentent des écarts moins grands qu'en matière de réadaptation de cas de paralysie médullaire, et qu'en outre la déduction de ces lits conduit à une diminution du taux de lits de soins somatiques aigus et n'était ainsi pas l'argumentation de la recourante à propos des prétendues surcapacités dans ce domaine, l'absence d'indication sur le nombre de lits de psychiatrie et la faible influence de la prise en compte des données propres à la psychiatrie ne prêtent pas vraiment à conséquence.

4.2.3 En revanche, la nécessité d'ajouter des lits de soins aigus pour personnes âgées aux lits de soins somatiques aigus de l'hôpital cantonal pour parvenir à une comparaison valable avec les capacités de soins somatiques aigus admises dans d'autres cantons se révèle problématique, car l'autorité de céans n'est pas en mesure d'en déterminer le nombre avec précision.

En effet, l'hôpital de gériatrie (HOGER) exploite sur le site de Belle-Idée un nombre total de 408 lits destinées à des malades aigus, des malades en réadaptation et des malades en soins palliatifs, de même qu'à des patients de longue durée dans l'attente d'un placement dans une institution appropriée (rapport *Gilliand*, p. 87 et 128). Le Conseil fédéral n'est pas en mesure de déterminer la répartition de ces lits en fonction des différentes catégories de prestations, qui ont été attribués par le Conseil d'Etat uniquement en relation avec le type de patient (personnes âgées). Aucun de ces lits n'a été pris en compte comme lit de soins aigus dans le cadre de la planification hospitalière genevoise, et les données déterminantes qui leurs sont propres n'ont pas été établies comme telles. Par exemple, la durée moyenne du séjour pour les cas somatiques aigus en gériatrie pourrait s'avérer plus élevée que pour les patients moins âgés, ce qui pourrait éventuellement justifier une durée moyenne plus longue. Or cette valeur n'est pas connue, car d'une part, le rapport de planification (p. 156) ne mentionne que la durée moyenne du séjour de 49 jours enregistrée à l'HOGER concernant toutes les catégories de prestations, et d'autre part, le Conseil d'Etat n'a formulé aucune prévision quant à l'évolution de cette valeur pour 2001 (rapport de planification, p. 168 s.). En outre, le rapport *Gilliand* (p. 126) mentionne que le tiers des diagnostics des patients accueillis à la clinique de Montana concerne des cas de médecine interne générale, donc des soins aigus, ce qui n'apparaît pas clairement par la suite dans la liste des mandats de prestations confiés à cet établissement (art. 1<sup>er</sup>, point A.2.5 de l'arrêté attaqué). Bien que l'on soit aussi en droit de supposer que la clinique de Montana effectue des traitements primaires sur ses patients, impression renforcée par le fait que la moitié d'entre eux y sont directement envoyés par leur médecin traitant, la clinique de Montana est toutefois exclusivement considérée comme un établissement de réadaptation dans la présente décision (cons. 5.3 ci-après). Là également, il importe que le Conseil d'Etat établisse dorénavant le rôle que jouent les hôpitaux concernés en matière de soins somatiques aigus, et veille à ce que les données intéressant la planification fassent l'objet de prévisions séparées en fonction des différentes catégories de prestations.

4.3.1 Pour atteindre son objectif de 1000 lits de soins aigus à l'hôpital cantonal en 2001, l'autorité intimée s'est basée sur une durée moyenne d'hospitalisation de 10 jours et un taux d'occupation des lits de 85%; quant à la population genevoise, elle devrait se monter à environ 416 000 habitants alors que le nombre de journées d'hospitalisation devrait fléchir à 322 000 (rapport de planification, p. 143 et 168). On peut déduire de ces données que le nombre de cas d'hospitalisation (hôpitaux publics) devrait se monter à



32 200, ce qui donne un taux d'hospitalisation de 77,4 cas pour 1000 habitants. En application de la formule exposée au considérant 3.2.2 ci-avant, le nombre de lits nécessaire à la couverture des besoins devrait atteindre 1038 unités, soit un chiffre quelque peu supérieur aux 1000 lits prévus par l'autorité intimée. Il semblerait ainsi que le Conseil d'Etat, à moins qu'il n'ait tout simplement arrondi vers le bas le résultat de ses calculs, se soit fixé un objectif de réduction du nombre de lits un peu plus poussé que celui qui résulte du strict calcul issu de la formule précitée. On ne saurait lui en tenir grief, dans la mesure où la couverture des besoins en soins de la population semble effectivement bien assurée. En effet, d'une part la recourante est loin de contester l'éventuelle insuffisance de la couverture des besoins en soins de la population, estimant au contraire que la planification hospitalière genevoise conduit au maintien de surcapacités en lits hospitaliers. D'autre part, il semblerait que l'autorité intimée dispose encore d'une marge de manœuvre pour effectuer une diminution supplémentaire du nombre de lits après 2001, notamment en raison du fait que la durée du séjour retenue est encore un peu trop élevée sur le long terme et que le taux global de lits est plus élevé que dans d'autres cantons (voir cons. 4.3.4 ci-après). Dans ce contexte, il reste possible de ralentir le rythme de la diminution du nombre de lits si la couverture des besoins devait s'avérer insuffisante.

4.3.2 Il a été établi au considérant 3.1 ci-avant que l'évolution démographique de la population genevoise avait été appréciée correctement par l'autorité intimée. En revanche, la détermination initiale globale des flux de patients avec l'extérieur tant pour les cas importés que pour les cas exportés n'est pas satisfaisante; le Conseil fédéral a fait sien les chiffres de l'ISE et a retenu un flux net d'importation de 11% (voir cons. 3.2.2 ci-avant). Bien que cela soit resté sans incidence sensible sur l'établissement de la situation de départ de la planification hospitalière, ces lacunes et imprécisions n'ont évidemment pas non plus permis au Conseil d'Etat de se livrer à des projections sur l'évolution future de ces facteurs. Or, le fait que le nombre de cas exportés vers les hôpitaux hors canton publics et privés semble en forte augmentation, alors que les cas importés vers les hôpitaux publics genevois montrent une tendance à la stabilité, pourrait engendrer des surcapacités dans les hôpitaux figurant sur la liste hospitalière genevoise, suite à la diminution de leur bassin de population prise en charge (voir ci-avant cons. 3.2.1). Bien que ce risque semble actuellement très éloigné en raison du fait que le nombre de cas importés reste nettement supérieur au nombre de cas exportés, le Conseil fédéral réitère son injonction adressée au Conseil d'Etat d'établir les données nécessaires dans le cadre de la planification hospitalière ultérieure.

A ce sujet, il faut préciser que les cas d'importation sont susceptibles d'avoir un effet direct sur la liste hospitalière, en ce sens qu'une demande extracantonale d'une certaine importance requiert la mise à disposition de capacités correspondantes dans les établissements sis dans le canton, en leur attribuant le nombre de lits et les mandats de prestations nécessaires à la couverture de cette demande (décision du Conseil fédéral du 20 décembre 2000 en matière de liste hospitalière grisonne, cons. 6.4.2). Un flux net d'importation de patients est de nature à diminuer le taux de lits applicable au canton, soit en admettant que le nombre de lits mis à leur disposition doit être déduit lors du calcul du taux de lits, soit au contraire en tenant compte d'un bassin de population plus étendu en fonction du nombre de cas concernés. Dans le cas d'espèce (liste séparée entre établissements publics et privés, liste intégrale pour les établissements publics), seuls les cas conduisant à l'attribution de capacités auprès des établissements publics ont un effet éventuel sur la liste hospitalière. L'attribution de ces capacités permet également d'assurer la concordance avec la planification hospitalière des cantons dont les assurés viennent se faire hospitaliser dans le canton de Genève. En l'espèce, le Conseil fédéral a retenu un solde net d'importation de 11% pour 1995, qui devrait diminuer par la suite en raison de l'augmentation des cas exportés (voir cons. 3.2.1 et 3.2.2 ci-avant). Dans la mesure où ces chiffres concernent l'ensemble des prestations et non pas uniquement les prestations de soins aigus, et qu'aucune prévision n'a été formulée dans le cadre de la planification hospitalière genevoise, la seule conclusion que l'on saurait tirer des données disponibles à propos des soins somatiques aigus est que le canton de Genève reste un canton d'importation, le nombre de cas importés dépassant encore nettement le nombre de cas exportés en 2001.

Quant aux cas exportés, ils peuvent justifier l'éventuelle admission sur la liste genevoise d'hôpitaux sis en dehors du canton (voir cons. 8 ss. ci-après).

4.3.3 Selon les prévisions du Conseil d'Etat, le nombre de journées d'hospitalisation, qui s'élevait à 413 900 en 1995, devrait passer de 370 000 à 322 000 durant la période 1998–2001, soit un taux d'hospitalisation de 77 cas pour 1000 habitants (voir cons. 4.1 ci-avant).

L'ampleur de la baisse du nombre de journées d'hospitalisation n'est pas contestée par la recourante. Le Conseil fédéral note également que le Conseil d'Etat a réuni des éléments suffisants et convaincants pour fonder ses prévisions et utilisé des facteurs d'appréciation corrects. Il est parti du principe que l'effet de l'augmentation de la population, et particulièrement de la population âgée, sur le nombre de lits hospitaliers serait plus que com-

pensé notamment par l'accroissement du nombre de lits des établissements médico-sociaux, l'évolution des soins à domicile et des soins ambulatoires, la diminution de la durée du séjour à l'hôpital et un meilleur taux d'occupation des lits. Ce développement a tout lieu d'être considéré comme le plus vraisemblable par le Conseil fédéral, lequel confirme en conséquence les estimations du Conseil d'Etat.

4.3.4 Le Conseil d'Etat s'est basé sur une durée moyenne du séjour hospitalier de 10 jours pour l'hôpital cantonal universitaire, en baisse de 0,6 jour par rapport à 1995, considérée comme trop élevée par la recourante. L'OFAS observe dans sa prise de position du 23 octobre 1998 (p. 9 s.) que la durée moyenne du séjour dans les cinq hôpitaux universitaires suisses se montait à 10,1 jours (1995) et 9,6 jours (1996); la moyenne suisse de l'ensemble des hôpitaux de soins aigus s'élève à 11,2 jours (1995) et 10,9 (1996). Ces chiffres permettent de tirer deux constatations préliminaires: d'une part, les durées moyennes du séjour hospitalier au niveau suisse s'inscrivent à la baisse. D'autre part, la moyenne de l'ensemble des hôpitaux est supérieure de plus de 10% à celle des hôpitaux universitaires.

La situation genevoise dans le domaine des soins hospitaliers aigus est particulière en ce sens que le seul établissement public fournissant ce type de prestations est l'hôpital cantonal universitaire. Cet établissement doit donc dispenser aussi bien les soins spécialisés voire hautement spécialisés comme hôpital universitaire que les soins généraux qui, dans les autres cantons disposant d'un hôpital universitaire, sont en principe également assumés par des établissements régionaux. Pour ce motif, le Conseil fédéral juge en principe admissible de retenir, dans le cas de l'hôpital cantonal universitaire genevois, une durée du séjour supérieure à celle qui s'appliquerait exclusivement à un hôpital universitaire, comparable à celle qui devrait être retenue dans un canton disposant d'un réseau d'hôpitaux publics plus étoffé. Dès lors, on ne saurait se livrer à une stricte comparaison entre l'hôpital universitaire cantonal genevois et d'autres hôpitaux universitaires quant à la durée du séjour en général. Il y a lieu de mentionner en particulier le CHUV dans le canton de Vaud, la recourante comparant la durée de séjour de ces deux hôpitaux. En outre, il faut admettre que la prise en compte des lits de réadaptation pour les cas de paraplégie et de tétraplégie dans le domaine des soins aigus devrait augmenter quelque peu la durée moyenne du séjour telle que calculée par le Conseil d'Etat genevois. Il faut en effet compter avec des séjours de réadaptation de trois à six mois pour de tels cas, ce qui, malgré le faible nombre de lits concernés, peut avoir un effet sur la moyenne globale genevoise (décision du Conseil fédéral du 30. 8. 2000 dans la cause Centre X contre Conseil d'Etat vaudois, cons. 4.3). De même,

les soins aigus de psychiatrie nécessitent en principe de plus longs séjours, mais cet écart est beaucoup moins important (voir le rapport de planification, p. 156, qui relève une durée de séjour de 17 jours sur le site de Belle-Idée). Quant à la durée du séjour admissible pour les soins aigus dispensés aux personnes âgées sur les sites de Belle-Idée et de Loëx, qui devrait en toute logique se révéler plus longue, aucune donnée n'est disponible; on ne saurait donc admettre une élévation de la durée moyenne admissible pour ce motif.

Dans sa jurisprudence, le Conseil fédéral a admis une durée moyenne du séjour de 9 jours (décision du 17 février 1999 en matière de liste hospitalière argovienne, objectif pour 2005; décision du 5 juillet 2000 en matière de liste hospitalière thurgovienne<sup>18</sup>, objectif pour 2005) ou inférieure (décision du 8 novembre 2000 en matière de liste hospitalière lucernoise, objectif de 8,9 jours en moyenne en 2000/9,4 pour les hôpitaux publics et de 8,4 en moyenne en 2005/8,8 pour les hôpitaux publics); les valeurs retenues comme objectifs de durée du séjour dans le canton de Lucerne n'ont cependant pas été jugées exagérément optimistes par le Conseil fédéral, dans la mesure où ces valeurs ont pu être respectées. Pour les cantons qui disposent d'un hôpital universitaire, le Conseil fédéral n'a pas eu à apprécier la question particulière de la durée du séjour, notamment en raison de l'utilisation exclusive de la méthode normative de détermination du nombre de lits dans le cas du canton de Bâle, où un taux de lits de soins aigus de 3,8 a certes été admis pour l'échéance 2002 mais jugé plutôt élevé (décision du 23 juin 1999 en matière de liste hospitalière bâloise<sup>19</sup>); une comparaison portant sur ce facteur précis avec le canton de Bâle est dès lors impossible.

Le Conseil fédéral constate en premier lieu que la durée du séjour hospitalier dans le canton de Genève suit la tendance générale à la baisse observée au niveau suisse (1992: 11,7 jours, 1995: 10,6 jours, prévisions 2001: 10 jours). La durée du séjour à l'hôpital cantonal et universitaire de Genève se révèle en outre inférieure à la moyenne suisse de l'ensemble des hôpitaux de soins aigus pour l'année 1995 (10,9 contre 11,2). Si l'on se place sur l'horizon de la planification hospitalière genevoise (2001) et que l'on tient compte de la situation particulière du canton décrite au début du présent considérant, le Conseil fédéral considère la durée de 10 jours retenue par l'autorité intimée comme admissible au regard des données confirmées dans la décision concernant le canton de Lucerne. Le grief invoqué par la recourante sur la durée du séjour est en conséquence rejeté.

<sup>18</sup> voir n° KV 183 (2001) de ce recueil

<sup>19</sup> voir n° KV 84 (1999) de ce recueil

Il appartient au Conseil d'Etat genevois de déterminer l'évolution de la durée du séjour dans le cadre de la planification hospitalière au-delà de 2001, en fonction de l'environnement particulier du canton. Bien que ce point ne relève pas de l'objet du litige, le Conseil fédéral considère toutefois qu'une diminution de la durée du séjour pourrait probablement être envisagée à plus longue échéance dans le canton de Genève; la valeur de 10 jours semble en effet un peu élevée en comparaison intercantonale.

4.3.5 Le Conseil fédéral s'est basé dans plusieurs décisions (citées au cons. 4.3.4 ci-avant) sur un taux d'occupation des lits de 85% pour les hôpitaux de soins aigus disposant d'une unité d'urgences, ce qui est le cas de l'hôpital cantonal universitaire de Genève. Le Conseil d'Etat a donc retenu une valeur conforme aux exigences de la LAMal. Ce taux d'occupation de 85% est également valable pour les lits de réadaptation s'agissant de la planification hospitalière, même si les exigences en matière de tarif sont plus élevées. Or il y a tout lieu d'admettre en l'espèce que le taux d'occupation des lits de réadaptation des cas de paraplégie et de tétraplégie pris en compte dans les lits de soins aigus est supérieur à 85%, ce qui risque d'augmenter le taux moyen admissible alors qu'il serait en réalité trop bas. Toutefois, vu la faible différence relative de taux et le petit nombre de lits concernés, les incidences sur la moyenne globale du taux d'occupation prévu par l'autorité intimée peuvent être considérées comme insignifiantes.

4.4 Le canton de Bâle présente un bon point de comparaison avec le canton de Genève s'agissant du taux de lits admissible pour les soins somatiques aigus, tous deux étant des cantons ville dotés d'un hôpital universitaire et connaissant un taux d'importation de patients relativement important; en outre, le taux de 3,8 lits pour 1000 habitants toléré par le Conseil fédéral dans le cas bâlois se rapporte à l'échéance 2002, très proche de celle du canton de Genève (2001). Rappelons que ce taux de 3,8 a été jugé plutôt élevé (voir cons. 4.1.3 ci-avant). Il s'impose en conséquence de le considérer comme le taux maximal tolérable dans le cas d'espèce, en tenant compte du fait que le flux d'importation est certes plus élevé à Bâle qu'à Genève, mais que l'échéance retenue dans le cadre de la planification bâloise dépasse également d'une année celle du canton de Genève. L'application d'un taux de lits maximal de 3.8 au cas genevois permet de calculer que les capacités en lits hospitaliers de soins somatiques aigus ne sauraient dépasser les 1580 unités.

Le nombre déterminable de lits affectés aux soins somatiques aigus prévus pour 2001 dans le canton de Genève comprend les 472 lits des établissements privés, ainsi que les 974 lits de l'hôpital cantonal déduction faite des

26 lits de réadaptation du Centre romand pour paraplégiques. Cela conduit à un résultat intermédiaire de 1446 lits, auquel il faut encore d'une part retrancher les lits de psychiatrie et, d'autre part, ajouter les lits de soins aigus pour personnes âgées, ces deux éléments restant indéterminés (voir cons. 4.1 ci-avant). Il s'ensuit que la marge disponible pour les lits de soins somatiques aigus pour personnes âgées s'élève à 134 lits (1580 moins 1446) plus les lits de psychiatrie. Considérant le nombre total de lits de gériatrie et leur répartition entre plusieurs catégories de prestations, le Conseil fédéral juge cette marge juste suffisante pour admettre que le taux de 3,8 lits de soins somatiques aigus pour 1000 habitants n'est pas dépassé dans le canton de Genève. Il rappelle à ce propos que le taux précité est considéré comme élevé, et que certaines incertitudes quant aux capacités exactes en soins somatiques aigus subsistent dans le canton.

A la lumière de ce qui précède et sur la base de l'appréciation des capacités hospitalières globales effectuée au considérant 6.1 ci-après, le Conseil fédéral considère que les capacités en lits de soins somatiques aigus prévues par le Conseil d'Etat pour 2001 se situent au niveau maximal tolérable. La couverture des besoins en soins de la population est donc assurée sans que cela conduise au maintien de surcapacités, si bien que les exigences de l'article 39 LAMal quant à l'adéquation entre la demande et l'offre dans ce domaine de soins sont respectées. Quant à la réduction régulière du nombre de lits de l'hôpital cantonal à raison de 50 lits environ chaque année (1998–2001) pour atteindre le but fixé, elle est parfaitement justifiée.

5. Capacités en soins de psychiatrie, de réadaptation et de gériatrie prévues pour 2001

5.1 Les lits afférents aux soins psychiatriques ainsi qu'aux soins de réadaptation sont répartis sur deux sites des hôpitaux universitaires de Genève, savoir Belle-Idée (notamment psychiatrie et gériatrie) et Loëx (réadaptation et soins palliatifs), et comprennent également ceux des cliniques de Joli-Mont (suite de traitement et réadaptation, ainsi que maladies de longue durée) et de Montana (suite de traitement, réadaptation et réadaptation cardio-vasculaire). En outre, il y a également lieu de prendre en considération dans ces catégories de prestations les lits de psychiatrie de l'hôpital cantonal d'une part, et d'autre part les lits du Centre romand pour paraplégiques destinés à la réadaptation des paraplégiques et tétraplégiques et comptabilisés par le Conseil d'Etat dans les lits de l'hôpital cantonal (voir cons. 4.1 ci-avant). Le nombre de lits prévus pour 2001 par le Conseil d'Etat s'élève à 1000 pour les sites de Belle-Idée et de Loëx (diminution globale de 45 unités par rapport à 1998), à 104 pour la clinique de Joli-Mont et à 80 pour

la clinique de Montana (chiffres stables par rapport à 1998). Quant à l'établissement La Maison figurant au point A.2.6 de la liste pour 14 lits en division commune, il a cessé ses activités en février 1998 (prise de position du Conseil d'Etat du 21 avril 1998, p. 4).

La recourante demande l'annulation de la liste hospitalière dans son ensemble, si bien que le Conseil fédéral doit également examiner la situation des lits de psychiatrie et de réadaptation. La recourante se limite cependant à arguer de manière générale de surcapacités, mais ne conteste pas expressément les données retenues par le Conseil d'Etat pour fixer le nombre de lits nécessaires à la couverture de ces besoins, contrairement aux données servant à fixer le nombre de lits de soins aigus. Outre le fait que le Conseil fédéral n'est pas en mesure d'examiner toutes les données utiles pour la planification, soit qu'elles n'ont pas été établies en fonction des catégories de prestations, soit qu'elles n'ont carrément fait l'objet d'aucune prévision pour 2001, le Conseil fédéral ne voit aucun motif sérieux pour remettre en cause le seul facteur déterminant retenu par le Conseil d'Etat, c'est-à-dire l'évolution du nombre global de journées d'hospitalisation d'ici 2001 (p. 174 du rapport de planification). Dans ces circonstances, le Conseil fédéral va directement apprécier les résultats de la planification hospitalière dans ces domaines de prestations, sans passer par l'examen des données à la base des calculs.

Toutefois, le Conseil fédéral déplore à ce propos que le Conseil d'Etat n'ait pas établi de prévisions complètes sur les données permettant de déterminer les capacités nécessaires des sites de Belle-Idée et de Loëx, alors qu'il s'est expressément prononcé en faveur d'une planification basée sur la méthode analytique (voir cons. 3.3.1 ci-avant). Le Conseil d'Etat s'est limité à formuler un pronostic global sur le nombre de journées d'hospitalisation, alors qu'il eut été impératif, à défaut de planifier les besoins en fonction des catégories de prestations, de se fixer sur les valeurs à atteindre pour chaque département chargé d'une mission spécifique par le Conseil d'Etat (psychiatrie, gériatrie, hôpital de Loëx) en fonction de leurs données propres, telles que la durée du séjour et le taux d'occupation des lits. A supposer que le Conseil d'Etat n'ait pas été en mesure de déterminer les données nécessaires à la planification, il aurait alors dû opter pour la méthode normative de détermination des capacités hospitalières, et établir des objectifs propres aux différentes catégories de prestations ou, à défaut, du moins pour les différents établissements concernés.

5.2 S'agissant de la psychiatrie, le Conseil fédéral a déjà admis un taux de lits de 0,9 pour mille habitants dans le cas du canton de Lucerne; ce taux calculé pour l'année 1999 s'était révélé stable les années précédentes, et

avait été maintenu par le gouvernement cantonal comme objectif pour l'horizon de planification de 2005. Pour cette dernière échéance, les valeurs suivantes ont également été confirmées par le Conseil fédéral: 1,0 pour le canton d'Argovie, 1,2 pour le canton de Zurich (sans la gérontopsychiatrie mais avec les soins dispensés dans les homes), 0,95 à 1,1 dans le canton de Saint-Gall (seulement la psychiatrie pour adultes) et 1,0, respectivement 1,6 avec les cas d'importation pour le canton de Thurgovie (voir la décision du Conseil fédéral du 8 novembre 2000 en matière de liste hospitalière lucernoise, cons. 6.2).

Dans le canton de Genève, les soins de psychiatrie (psychiatrie adulte et infantile) sont pour l'essentiel dispensés sur le site de Belle-Idée, où 347 lits étaient exploités à cet effet en 1997. Bien que le Conseil d'Etat n'ait pas établi de prévisions séparées quant au nombre de lits nécessaires dans cette discipline médicale, on peut partir du principe que ce nombre devrait rester plutôt stable, et ne devrait en tout cas pas augmenter. D'une part, le nombre de lits en question n'a que peu varié depuis 1991 à l'intérieur d'une fourchette comprise entre 333 et 350 unités, et d'autre part, le nombre global de journées d'hospitalisation prévues pour les sites de Belle-Idée et de Loëx s'inscrit en légère baisse sur la période 1998-2001, passant de 365 000 à 349 000 journées soit une diminution de 4,4% qui se traduit par une diminution correspondante du nombre total de lits. Selon le rapport *Gilliand* (p. 87), les capacités réceptives sur le site de Belle-Idée ont déjà été passablement réduites et ne devraient guère changer à moyen terme. Dès lors, sur la base d'une population de 416 000 habitants et d'un parc de 347 lits, un taux de lits de psychiatrie de 0,83 devrait être atteint en 2001 dans le canton de Genève. Ce taux apparaît comme plutôt bas en comparaison intercantonale, ce d'autant plus qu'il se rapporte à une échéance plus rapprochée que la plupart des autres cantons mentionnés au paragraphe précédent. Toutefois, il convient de relativiser ce résultat qui, d'une part, ne comprend pas les lits de gérontopsychiatrie comptabilisés dans le cadre de l'HOGER (voir le rapport *Gilliand*, p. 128) et qui, d'autre part, n'englobe pas la totalité des lits de psychiatrie du canton de Genève. Il appert en effet que l'hôpital cantonal universitaire dispense également des soins de psychiatrie dans le canton (voir la liste des mandats de prestations de l'art. 1<sup>er</sup>, point A.1.1 de l'arrêté attaqué et le cons. 4.1 ci-avant). En admettant que cet établissement utilise jusqu'à 150 lits pour des soins de ce type, cela conduirait à une augmentation du taux de lits de psychiatrie à 1,2 pour mille habitants en 2001, qui resterait admissible en comparaison intercantonale (cf. le taux de 1,2 du canton de Zurich admis pour 2005, qui ne comprend pas non plus la psychiatrie gériatrique). La marge disponible jusqu'à un taux de 1,6 admis dans le cas



thurgovien atteint même les 318 lits. Sur la base de ces chiffres, le Conseil fédéral confirme que le nombre de lits planifiés par le Conseil d'Etat pour les soins psychiatriques sur le site de Belle-Idée est conforme à l'article 39 LAMal et ne conduit pas au maintien de surcapacités.

Il semblerait en outre que l'hôpital de Loëx et la clinique de Montana soient également actifs dans les soins psychiatriques (voir le rapport *Gilliland*, p. 126 ss.). Ainsi, la clinique de Montana utiliserait une importante partie de ses capacités dans ce domaine, le tiers des cas traités concernant des troubles psychosomatiques ou des maladie de la dépendance. Bien que l'on soit en droit de supposer que ces deux établissements dispensent des traitements psychiatriques, ils seront toutefois exclusivement considérés comme établissements de réadaptation dans la présente décision en raison des mandats de prestations qui leurs sont attribués sur la liste hospitalière. Il serait toutefois judicieux de clarifier à l'avenir le rôle qu'ils jouent dans cette catégorie de prestations dans le cadre de la planification hospitalière.

5.3 Dans le cas du canton de Thurgovie, le Conseil fédéral a confirmé le taux de 0,45 lits pour 1000 habitants, respectivement 0,73 avec les cas d'importation résultant des prévisions du gouvernement cantonal pour 2005 en matière de soins de réadaptation (décision du Conseil fédéral du 5 juillet 2000<sup>20</sup>); dans sa décision du 17 février 1999 concernant le canton d'Argovie, il a accepté un taux lié à la demande interne de 0,48–0,53 lits pour 1000 habitants.

Les lits de réadaptation planifiés par le Conseil d'Etat genevois se trouvent sur le site de Loëx (292 lits) et dans les cliniques de Joli-Mont (104 lits) et de Montana (80 lits), auxquels il convient d'ajouter les 26 lits du Centre romand de réadaptation pour paraplégiques ainsi qu'un nombre indéterminé de lits exploités dans cette catégorie de prestations à l'HOGER (voir cons. 4.2.1 et 4.2.3 ci-avant). Le Conseil fédéral rappelle qu'il y aura lieu, dans le cadre de la future planification hospitalière, d'isoler les lits de réadaptation parmi les lits de l'HOGER, et d'établir de manière distincte les données déterminantes afférentes à ces lits ainsi qu'à ceux du Centre romand pour paraplégiques. Sur la base des chiffres ci-dessus, le taux de lits de réadaptation pour 1000 habitants atteint 1,2 sans même tenir compte des lits de l'HOGER; il est probable qu'avec ces derniers, le taux de lits pourrait avoisiner 1,5. Le nombre de lits de réadaptation planifiés à ce titre par le Conseil d'Etat apparaît ainsi comme très élevé. Le Conseil fédéral entend toutefois l'accepter dans la mesure où il confirme également les capacités globales prévues dans le canton (voir cons. 6.1 ci-après), et que l'échéance

---

<sup>20</sup> voir n° KV 183 (2001) de ce recueil

de la planification hospitalière genevoise fixée à 2001 laisse entrevoir la possibilité d'une réduction ultérieure supplémentaire du nombre de lits. En outre, les éléments suivants atténuent le caractère élevé du nombre de lits de réadaptation tels qu'ils figurent sur la liste querellée. En premier lieu, il faut garder à l'esprit que le canton de Genève connaît un solde net d'importation positif; relevons à ce sujet en particulier que, dans cette catégorie de prestations, les 26 lits du Centre romand de réadaptation pour paraplégiques accueillent des patients de toute la Suisse romande. Ensuite, des réductions supplémentaires des lits exploités dans les cliniques de Joli-Mont et de Montana ont été prévues par le Conseil d'Etat si elles ne parviennent pas à atteindre les objectifs fixés en termes de durée du séjour et de taux d'occupation des lits (rapport de planification, p. 169). Enfin, les capacités visées dans le présent considérant comprennent également le traitement des maladies de longue durée à la clinique de Joli-Mont.

Le Conseil fédéral tient de surcroît à formuler deux hypothèses qui, si elles se vérifiaient, conduiraient à revoir à la baisse les réelles capacités en soins de réadaptation disponibles dans le canton. Il rappelle d'ailleurs l'invitation adressée au Conseil d'Etat visant à éclaircir le rôle exact joué par les établissements concernés en fonction des catégories de prestations. D'une part, le Conseil fédéral s'est déjà demandé, sur la base du rapport *Gilliand* (p. 126 s.; voir les cons. 4.2.3 et 5.2 ci-avant), si l'hôpital de Loëx et la clinique de Montana n'utilisaient pas une partie de leurs capacités dans d'autres catégories de prestations, savoir en soins somatiques aigus et en soins psychiatriques. D'autre part, il se pourrait que la liste hospitalière genevoise connaisse un problème de délimitation entre, d'une part, les lits hospitaliers au sens de l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal, c'est-à-dire qui servent au traitement hospitalier de maladies aiguës ou à l'exécution, en milieu hospitalier, de mesures médicales de réadaptation, et, d'autre part, les lits des établissements médico-sociaux au sens de l'article 39, 3<sup>e</sup> alinéa LAMal, soit les lits des établissements, des institutions ou de leurs divisions qui prodiguent des soins, une assistance médicale ainsi que des mesures de réadaptation à des patients pour une longue durée. En effet, on ne saurait exclure que, dans le cas de l'hôpital de Loëx et, dans une moindre mesure, dans celui de l'HOGGER, des lits de la dernière catégorie citée n'aient été englobés dans les lits hospitaliers sur la base des faits suivants. Les patients accueillis à Loëx sont très âgés, les deux tiers ayant plus de 70 ans et la moitié même plus de 80 ans, et une trentaine de personnes âgées y vivaient par ailleurs depuis plusieurs années en 1993; la durée moyenne du séjour y est de 349 jours en 1995, ce qui semble élevé pour un hôpital de réadaptation même en tenant compte de sa mission de traitement des maladies de longue durée (rapport *Gilliand*,

p. 127 et rapport de planification, p. 156). S'agissant de l'HOGGER, la durée moyenne du séjour y atteint 49 jours en 1995 sans compter la gérontopsychiatrie, ce qui est élevé pour les soins somatiques comprenant le traitement aigu et, le cas échéant, la réadaptation, même en tenant compte de l'âge des patients. Le rapport *Gilliand* (p. 87) mentionne d'ailleurs que «les institutions universitaires gériatriques, à terme, ne devraient plus avoir que des malades aigus, ou en réadaptation intensive, ou en soins palliatifs. La courbe des durées de séjour indique en effet qu'un nombre restreint de patients occupent longuement des lits, faute de pouvoir être placés dans des institutions appropriées. Ces patients devraient relever du type C une fois l'observation, le traitement et/ou la réadaptation terminés».

La loi ne définit pas précisément les notions de «maladie aiguë», de «traitement hospitalier» ou encore de «patients pour une longue durée», qui sont difficiles à cerner dans la pratique et dont l'application dans le temps est loin d'être évidente; la question de savoir si et quand il y a «maladie aiguë», s'il s'agit d'un «patient pour une longue durée» et si le patient a besoin de soins ambulatoires, semi-hospitaliers ou hospitaliers doit toujours être résolue dans la pratique sur la base du cas concret (Message du Conseil fédéral du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie, FF 1992 I 149 s.). Selon la jurisprudence du Conseil fédéral, qui ne s'est prononcé sur cette distinction que dans le cadre de litiges en matière tarifaire (décision du 14 avril 1999 en matière de tarif hospitalier 1998 dans le canton de Bâle-Campagne), seuls les coûts provoqués par le traitement des patientes et des patients nécessitant un séjour hospitalier peuvent être englobés dans le calcul du tarif hospitalier stationnaire; un séjour hospitalier peut s'imposer pour le traitement des patients de longue durée, à condition que le séjour hospitalier de longue durée soit nécessaire pour effectuer la thérapie (soins aigus, réadaptation médicale active). Outre le fait que la prise en charge des frais par les assureurs-maladie et le calcul des tarifs correspondants obéissent à des règles différentes selon qu'il s'agit d'un séjour hospitalier ou d'un séjour en établissement médico-social (cf. les art. 49 et 50 LAMal et la décision précitée), les lits des établissements médico-sociaux doivent être portés sur une liste correspondante, et ne sauraient figurer sur la liste hospitalière. Le Conseil fédéral demande en conséquence au Conseil d'Etat de s'assurer que seuls des lits hospitaliers au sens de la LAMal soient pris en compte dans le cadre de la future liste hospitalière. Il note toutefois un signe positif dans le sens où les capacités réceptives des établissements médico-sociaux vont être augmentées dans les années qui viennent, et que lesdits établissements seront ainsi en mesure d'accueillir les patients ne nécessitant pas de soins hospitaliers au sens de la LAMal.

## 6. Capacités globales et appréciation générale

6.1 Rien ne s'oppose à ce que les cantons usent de leurs propres critères de distinction des lits en fonction des différentes catégories de prestations auxquels ils sont affectés. Bien qu'il ne soit dès lors pas toujours aisé de comparer avec précision les capacités hospitalières planifiées dans les différents cantons, étant donné que la répartition des lits en fonction des catégories de prestations peut varier d'un canton à l'autre, le Conseil fédéral s'efforce de tenir compte autant que faire se peut de ces particularités pour effectuer des comparaisons, par exemple en tenant compte du fait que la catégorie «psychiatrie» englobe ou non la psychiatrie infantile, comprise alors dans la pédiatrie et les soins aigus. Lorsque, dans un canton donné, les critères utilisés ont tendance à faire entrer un plus grand nombre de lits dans une certaine catégorie de prestations (par exemple la réadaptation, qui comprendrait la réadaptation en phase aiguë à un stade précoce), il faut partir du principe que le taux de lits plus élevé qui, logiquement, devrait en découler en raison d'une plus longue durée moyenne du séjour sera compensé par un taux moindre dans une autre catégorie de prestations, où les lits sont admis comme tels sur la base de critères plus restrictifs (par exemple le traitement aigu). Une comparaison entre les capacités hospitalières globales des cantons permet de vérifier que les taux de lits relatifs aux différentes catégories de prestations admises selon des critères hétérogènes se compensent à un certain point, notamment là où la répartition des lits en fonction des catégories de prestations est, comme dans le cas d'espèce, difficile à cerner. Il s'agit d'imposer aux cantons les exigences de la LAMal dans le respect du principe d'égalité.

En l'espèce, ainsi que cela ressort des considérants qui précèdent, les différents taux de lits ne peuvent pas être établis en fonction des principales catégories de prestations, ce qui nuit aux comparaisons esquissées par le Conseil fédéral avec les taux admis dans d'autres cantons. Afin de justifier les capacités hospitalières planifiées dans le canton de Genève, le Conseil fédéral s'est ainsi vu dans l'obligation de raisonner principalement sur la base des marges de capacités disponibles jusqu'à atteindre un taux de lits maximal encore tolérable dans les différentes catégories de prestations. Dans ces conditions, il paraît utile de compléter l'appréciation de la planification hospitalière genevoise en procédant à une comparaison du taux global des capacités hospitalières, afin de déterminer si le total de l'offre en lits d'hôpitaux est ou non admissible dans le canton de Genève par rapport à d'autres cantons.

Ce n'est que dans le cas du canton de Thurgovie que le Conseil fédéral s'est prononcé sur les taux de lits de toutes les catégories de prestations dans

un canton donné, admettant un taux de 3,3 lits pour 1000 habitants en soins somatiques aigus, de 0,73 s'agissant des soins de réadaptation et de 1,6 en psychiatrie (décision du Conseil fédéral du 5 juillet 2000<sup>21</sup>). Il en résulte un taux global de lits hospitaliers de 5,63 à l'horizon 2005, dans un canton où les flux d'importation et d'exportation se compensent grosso modo dans le domaine des soins aigus, et où des flux nets d'importation ont été retenus pour la psychiatrie et la réadaptation; sans tenir compte de ces flux, le taux des capacités hospitalières liées exclusivement à la demande interne se monte à 4,75 lits pour 1000 habitants (3,3 pour les soins somatiques aigus, 0,45 pour la réadaptation et 1,0 pour la psychiatrie). Le nombre total de lits exploités dans les hôpitaux du canton de Genève devrait quant à lui atteindre 2656 unités en 2001 selon les prévisions de l'autorité intimée, pour une population totale de 416 000 habitants, ce qui représente un taux de 6,38 lits pour 1000 habitants. Ce résultat comprend un flux net d'importation indéterminé qui n'a fait l'objet d'aucune prévision pour 2001, mais qui s'établissait selon toute vraisemblance à 11 % en 1995 selon les données de l'ISE, ce qui conduirait à un taux de lits liés à la population cantonale exclusivement de 5,68. Bien qu'il faille considérer comme élevé le taux global de lits hospitaliers prévu pour 2001 dans le canton de Genève, le Conseil fédéral le juge tolérable au regard des éléments suivants déjà relevés lors de l'appréciation des capacités dans les différentes catégories de prestations. D'une part, la planification hospitalière genevoise se rapporte à l'année 2001, soit une échéance plus courte que dans les autres cantons pris en compte par l'autorité de céans pour ses comparaisons, ce qui laisse entrevoir à plus long terme la possibilité d'opérer des réductions supplémentaires de lits là où les données déterminantes retenues peuvent encore faire l'objet d'améliorations, telle que, par exemple, la diminution de la durée du séjour en soins somatiques aigus. D'autre part, le canton de Genève est un canton-ville doté d'un grand hôpital universitaire, cet état de fait étant de nature à induire un taux d'hospitalisation supérieur à la moyenne et à maintenir un certain niveau de cas d'importation en raison de la mise à disposition de soins spécialisés et hautement spécialisés. Enfin, il a été envisagé au considérant 5.3 ci-avant qu'un certain nombre de lits ne relevant pas des soins hospitaliers à proprement parler pourrait avoir été englobé dans la planification genevoise, si bien que le taux réel de lits hospitaliers devrait faire l'objet d'une révision vers le bas.

6.2 Tout en confirmant les capacités en lits résultant de la planification hospitalière, le Conseil fédéral demande au Conseil d'Etat genevois de respecter au mieux les principes suivants dans le cadre de la future planification hospitalière qui servira de base à la liste hospitalière après 2001:

---

<sup>21</sup> voir n° KV 183 (2001) de ce recueil

Opérer une distinction aussi nette que possible entre les lits servant au traitement hospitalier de maladies aiguës ou à l'exécution, en milieu hospitalier, de mesures médicales de réadaptation (lits hospitaliers) et les lits servant à prodiguer des soins, une assistance médicale ainsi que des mesures de réadaptation à des patients pour une longue durée (lits médico-sociaux), ces derniers devant impérativement être exclus le cas échéant de la liste hospitalière;

Déterminer la demande en soins ainsi que les capacités nécessaires à la couverture des besoins en soins en fonction des principales catégories de prestations (soins somatiques aigus, psychiatrie, réadaptation, éventuellement autres soins spécialisés), voire de manière plus détaillée;

Pour chaque catégorie de prestations envisagée, établir l'ensemble des données déterminantes pour la planification hospitalière, d'abord au moment où la planification est élaborée (état initial basé sur les données effectives les plus récentes), puis sous forme de prévisions formulées pour l'échéance de la planification (état final basé sur le développement le plus vraisemblable de la situation initiale). Parmi ces données, prendre en particulier en considération les flux d'importation et d'exportation des cas d'assurance.

## Mandats de prestations

7.1 En tant que condition liée à la publicité et à la transparence de la liste hospitalière, l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa lettre e LAMal prévoit que la liste hospitalière mentionne les mandats de prestations attribués aux différentes catégories d'hôpitaux. Ainsi, après avoir examiné les capacités quantitatives en lits hospitaliers prévues par l'autorité intimée, il faut se pencher sur l'attribution des mandats de prestations aux hôpitaux figurant sur la liste. La recourante allègue en effet que le Conseil d'Etat, au lieu d'attribuer les mandats de prestations selon les besoins en soins de la population ainsi que l'exige la LAMal, se serait limité à reprendre l'inventaire des disciplines médicales autorisées selon les indications fournies par les établissements. Il y a lieu de remarquer, à titre préliminaire, que le reproche formulé par la recourante à l'endroit du Conseil d'Etat peut lui être retourné, en ce sens qu'elle se borne à contester de manière générale l'attribution des mandats de prestations aux hôpitaux, sans requérir l'annulation ou la modification de mandats bien précis et sans avancer de griefs tangibles à leur encontre.

S'agissant des établissements admis pour leur division commune, le Conseil fédéral rappelle la situation particulière du canton de Genève où l'offre en soins est assurée exclusivement par l'hôpital cantonal universitaire et ses

différentes divisions, à l'exception des deux cliniques de réadaptation de Joli-Mont et de Montana. Dans ces conditions, la question de la répartition des différentes missions médicales entre plusieurs hôpitaux ne se pose même pas. Comme la planification hospitalière doit permettre d'assurer autant que possible la couverture de tous les besoins en soins de la population, il paraît logique que l'hôpital cantonal universitaire se voie attribuer un très large spectre de mandats de prestations, qu'il est incontestablement en mesure d'assumer. La recourante ne démontre nullement qu'un ou plusieurs de ces mandats ne répondraient pas aux besoins de la population à prendre en charge. En outre, le Conseil fédéral ne voit pas matière à critiquer la formulation des mandats de prestations attribués à l'hôpital cantonal universitaire et à ses divisions, ainsi qu'aux deux cliniques de réadaptation (sur la pratique à ce sujet, voir la décision du Conseil fédéral du 5 juillet 2000 en matière de liste hospitalière thurgovienne, cons. 4.2.3<sup>22</sup>).

7.2 Quant aux cliniques privées admises pour leurs seules divisions privées et semi-privées, l'inscription sur la liste hospitalière a pour seul effet d'indiquer qu'elles remplissent les exigences de la LAMal fixées à l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa, lettres a à c (voir cons. 2.6 ci-avant). La liste hospitalière ne leur attribue pas de mandats de prestations au sens de l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa lettre e LAMal, car l'offre qu'elles représentent n'est pas directement soumise à la planification hospitalière. Les prestations qu'elles peuvent dispenser à charge de l'assurance-maladie correspondent dès lors en principe à celles qu'elles sont en droit de fournir en vertu de l'autorisation d'exploiter délivrée par les instances cantonales compétentes, sans restriction due aux impératifs de la planification. A l'instar de la règle qui prévaut pour l'inscription sur la liste hospitalière des capacités quantitatives de ces établissements, la mention de tels «mandats de prestations» est recommandée sans être obligatoire (cf. cons. 2.6 ci-avant).

#### Liste des établissements sis en dehors du canton de Genève

8.1 L'article 1<sup>er</sup>, partie B de l'arrêté querellé contient la liste des hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics extracantonaux admis au sens de l'article 39, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal. Ces établissements, qui ont tous leur siège dans le canton de Vaud, sont les suivants: le Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV), l'Hôpital de zone de Nyon, les Etablissements psychiatriques, l'Hôpital orthopédique de Lausanne, l'Hôpital ophthalmique de Lausanne et l'Hôpital de l'Enfance de Lausanne. Alors que les mandats de prestations pour lesquels ces hôpitaux figurent sur la liste genevoise sont précisés, le nombre de lits n'y figure pas, l'autorité intimée invo-

<sup>22</sup> voir n° KV 183 (2001) de ce recueil

quant une recommandation de la CDS dans ce sens. Il y a lieu de rappeler que la clinique de Montana, bien que sise en Valais, est un établissement interne genevois.

La recourante attaque cette partie de la liste hospitalière genevoise en s'étonnant du fait que cette dernière englobe plusieurs établissements extracantonaux nonobstant les surcapacités en lits qui affecteraient déjà l'offre genevoise; il faudrait au moins prévoir le nombre maximum de lits pour lesquels ces hôpitaux sont admis. Dans sa prise de position du 21 avril 1998 et ainsi que cela ressort de la liste hospitalière, le Conseil d'Etat justifie l'admission de l'ensemble des Hospices cantonaux vaudois sur la base du Concordat instituant le réseau hospitalo-universitaire de Suisse romande (ci-après Concordat RHUSO) conclu entre les cantons de Vaud et de Genève; seul l'hôpital de zone de Nyon a été admis sur la liste en vertu d'un accord particulier de collaboration (art. 1<sup>er</sup>, partie B.1.2 de l'arrêté attaqué). Il y a lieu de relever que les Hospices cantonaux vaudois comprennent notamment le CHUV, les établissements psychiatriques, l'Hôpital orthopédique, l'Hôpital ophtalmique et l'Hôpital de l'Enfance de Lausanne, c'est-à-dire tous les établissements figurant sur la liste hospitalière extracantonale genevoise à l'exception de l'hôpital de Nyon.

8.2 La loi instituant le Concordat RHUSO n'est pas entrée en vigueur en raison de son refus en votation populaire (prise de position du Conseil d'Etat du 23 décembre 1998, p. 5). Ainsi a disparu la seule et unique cause qui, aux yeux du Conseil d'Etat, justifiait l'admission sur la liste hospitalière des établissements des Hospices cantonaux vaudois. Dans la mesure où la planification hospitalière est une tâche permanente et où la liste hospitalière doit être constamment mise à jour, on peut se demander si le rejet du Concordat RHUSO ne devait pas logiquement conduire à une adaptation en conséquence de la liste hospitalière genevoise, dans le sens d'une éviction des établissements concernés, ce qui n'a pas été le cas; même du point de vue formel, les renvois au Concordat RHUSO figurant aux points B.1.1 et B.2.1 de la liste n'ont été ni modifiés ni supprimés. Toutefois, cette question peut être laissée ouverte, car les éléments qui suivent permettent de trancher le litige sur ce point.

8.3.1 Selon la pratique constante du Conseil fédéral, il est loisible aux cantons de pourvoir aux besoins de chaque catégorie de patientes et de patients en soins médicaux et en lits hospitaliers en recourant tout d'abord à l'offre intracantonale. Il ne sera procédé à l'évaluation d'établissements hors cantonaux et, le cas échéant, à leur admission sur la liste hospitalière que si la prise en charge de la population ne peut être garantie par des éta-



blissements sis dans le canton (RAMA 6/1996 221<sup>23</sup> et 6/1998 521<sup>24</sup>). Selon la jurisprudence du Conseil fédéral, les petits cantons sont toutefois susceptibles d'adopter une liste dite ouverte et se trouvent ainsi déliés de l'obligation à planification et à évaluation des établissements extracantonaux (RAMA 6/1998 546, cons. 4.1.2<sup>25</sup>). Avec une population d'environ 400 000 habitants, le canton de Genève ne peut prétendre bénéficier de cette exception. Le Conseil fédéral a également affirmé à plusieurs reprises que l'obligation du canton à évaluation et à admission d'établissements extracantonaux sur la liste tombe lorsque les lacunes de la prise en charge dans le canton même ne sont que marginales (décision du Conseil fédéral du 25. 11. 1998 en la cause EMS X contre la liste zurichoise des EMS; décision du Conseil fédéral du 13. 11. 1999 en la cause clinique Z contre la liste hospitalière zurichoise, catégorie psychiatrie; décision du Conseil fédéral du 13. 1. 1999 en la cause clinique W contre la liste hospitalière zurichoise). Une lacune au sens précité est marginale lorsqu'il y a lieu d'admettre que les patientes et patients concernés peuvent sans autre être traités dans le cadre des capacités disponibles au sein d'hôpitaux admis dans leurs cantons de siège respectifs et qu'il n'y a par conséquent aucune nécessité de réserver de telles capacités par l'attribution d'un mandat de prestations. Ce faisant, il y a lieu de s'assurer que le flot des patients n'est pas de nature à entraver la planification hospitalière des autres cantons. Ces conditions étant satisfaites, il est loisible aux cantons d'attribuer ou non des mandats de prestations à des établissements précis pour couvrir les besoins en cause. S'ils le font, la couverture intégrale des coûts n'est garantie qu'aux assurés du canton qui se font traiter dans ces hôpitaux. Dans le cas du canton de Lucerne, le Conseil fédéral a jugé qu'une lacune de 26 à 36 lits n'était pas marginale dans le sens précité, notamment en raison du fait qu'elle portait sur des prestations hautement spécialisées, ce qui rendait nécessaire le recours à l'offre extracantonale (décision du 8 novembre 2000, cons. 4.2.4).

Les données disponibles dans le cas d'espèce indiquent que les patients genevois ne doivent recourir que de manière très limitée à l'offre extracantonale, et plus particulièrement à celle des hôpitaux vaudois figurant sur la liste attaquée. En 1996, l'autorité intimée a ainsi retenu que les patients genevois ont effectué un total de 1038 journées d'hospitalisation dans les établissements vaudois dans le cadre du Concordat RHUSO (rapport de planification, p. 158), ce qui nécessiterait la mise à disposition d'une offre de 4 lits seulement sur la base d'un taux d'occupation des lits de 85 %. Un tel be-

<sup>23</sup> voir n° KV1 (1996) de ce recueil

<sup>24</sup> voir n° KV54 (1998) de ce recueil

<sup>25</sup> voir n° KV54 (1998) de ce recueil

soin, réparti entre les six hôpitaux admis pour des mandats de prestations les plus divers, apparaît selon toute vraisemblance comme marginal aux yeux du Conseil fédéral. On ne saurait toutefois exclure que ledit besoin ne se rapporte à la mise à contribution effective que d'un nombre limité d'hôpitaux, et ce pour quelques mandats de prestations seulement (prestations spécialisées). Dans cette éventualité, dont le bien-fondé devra faire l'objet d'un nouvel examen par l'autorité intimée, il se pourrait que le besoin n'apparaisse plus comme marginal et soit ainsi de nature à entraver la planification hospitalière d'un autre canton, ce qui nécessiterait l'admission ciblée d'établissements extracantonaux sur la liste genevoise.

Le caractère marginal des besoins en soins extracantonaux sert à délimiter l'obligation imposée à un canton d'en planifier la couverture conformément à l'article 39 LAMal. L'existence d'une telle délimitation, qui vise à l'instauration d'un standard minimal exigé par le droit fédéral en matière de planification hospitalière, n'interdit nullement à un canton d'entreprendre une planification plus détaillée qui comprendrait tout ou partie de ce «besoin marginal». Mais que le canton entende effectuer dans ce sens ses tâches de planification hospitalière au-delà des exigences de la LAMal ne change rien au fait que seuls les établissements correspondant à la planification établie par le canton afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers peuvent figurer sur la liste hospitalière. Or force est de constater que, dans le cas d'espèce, aucune planification hospitalière au sens de l'article 39 LAMal n'a présidé à l'admission des hôpitaux extracantonaux sur la liste genevoise. D'une part, les établissements qui font partie des Hospices cantonaux vaudois ont été inscrits «d'office» sur la liste genevoise en vertu d'une disposition du Concordat RHUSO et, d'autre part, l'Hôpital de zone de Nyon y figure sur la base d'un accord particulier de collaboration (voir l'art. 1<sup>er</sup>, points B.1.1, B.1.2 et B.2.1 de l'arrêté attaqué), sans qu'il soit établi que leur admission correspond bien aux besoins de la population genevoise. Le fait que les établissements hors canton aient été admis sur la liste genevoise pour des mandats couvrant une extrêmement large palette de prestations conforte le Conseil fédéral dans son opinion qu'aucun choix de l'offre nécessaire n'a été opéré en fonction des besoins; de plus, il s'avère que le Conseil d'Etat charge le CHUV de missions relatives à des prestations de soins hospitaliers de base (médecine interne, gynécologie, obstétrique etc.), alors que ce secteur doit faire l'objet d'une réduction du nombre de lits dans le cadre de la planification interne en raison de surcapacités reconnues par l'autorité intimée. Il n'est pas non plus établi que, dans le cadre des accords précités, on ait tenu compte de l'adéquation entre la demande et l'offre concernées; l'inscription «d'office» des hôpitaux de l'autre canton prévue à l'ar-

ticle 6, 3<sup>e</sup> alinéa du Concordat RHUSO constitue simplement une clause de réciprocité, et ne résulte pas d'une éventuelle planification menée conjointement par plusieurs cantons et encouragée par la LAMal (art. 39, 1<sup>er</sup> al., let. d LAMal).

Ainsi, contrairement à l'avis du Conseil d'Etat exprimé à la page 9 de sa prise de position du 21 avril 1998, l'admission des établissements extracantonaux n'a pas eu lieu dans le respect de l'article 39 LAMal; les admissions ainsi effectuées en dehors de toute planification, loin de permettre une rationalisation et une réduction des coûts des prestations LAMal, risquent au contraire de conduire à une extension injustifiée de l'offre mise à la disposition des assurés genevois.

8.3.2 Selon la jurisprudence du Conseil fédéral (décision du 30 août 2000 dans la cause Centre X contre Conseil d'Etat vaudois, cons. 6), l'autorité de planification doit en outre procéder à l'évaluation des établissements extracantonaux susceptibles de couvrir les besoins en soins sur la base de critères objectifs conformes à la LAMal, ce afin de choisir l'offre la plus appropriée. Dans la décision précitée, il a également été dit que le canton planificateur ne saurait admettre à la procédure d'évaluation les seuls établissements liés par un accord avec le canton. Dans le cas d'espèce, aucune procédure d'évaluation conforme à la LAMal n'a été conduite à l'occasion de l'admission des établissements extracantonaux sur la liste genevoise.

8.3.3 Sur la base des motifs qui viennent d'être exposés, le recours de la FGAM est admis en tant qu'il porte sur la liste des établissements extracantonaux. En conséquence, le Conseil fédéral prononce l'annulation de l'inscription du Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV), de l'Hôpital de zone de Nyon, des Etablissements psychiatriques, de l'Hôpital orthopédique de Lausanne, de l'Hôpital ophtalmique de Lausanne et de l'Hôpital de l'Enfance de Lausanne, tels qu'ils figurent à l'article 1<sup>er</sup>, partie B de l'arrêté querellé. Le Conseil fédéral renvoie la cause au Conseil d'Etat genevois pour nouvelle décision en matière de liste extracantonale. Il est précisé à ce propos que le Conseil d'Etat genevois a l'obligation, comme dans le cadre de la future planification hospitalière, d'établir l'étendue des besoins en soins extracantonaux de la population; dans l'éventualité où ce besoin, déterminé en fonction des mandats de prestations à prendre en compte, ne saurait être qualifié de marginal selon la pratique mentionnée du Conseil fédéral, il y aura lieu d'en planifier la couverture conformément à l'article 39 LAMal.

...

# **Verlängerung eines Tarifvertrages durch die Kantonsregierung**

## **KV 218 Entscheid des Bundesrates vom 30. November 2001 in Sachen CD Holding AG gegen Regierungsrat des Kantons St. Gallen**

Im Falle einer Vertragsverlängerung gemäss Artikel 47 Absatz 3 KVG besteht – obschon formell verlangt (Art. 14 Abs. 1 PüG) – keine Pflicht zur Konsultation der Preisüberwachung (Erw. II. 2).

Ohne Belang ist im Zusammenhang mit einer Vertragsverlängerung, ob der Tarifvertrag deshalb nicht mehr wirksam ist, weil ein Vertragspartner (z. B. ein Kassenverband) den Vertrag (im Namen sämtlicher Verbandsmitglieder) gekündigt hat oder weil ein einzelnes Verbandsmitglied vom Vertrag zurückgetreten ist, und damit ein vertragsloser Zustand lediglich hinsichtlich dieses Mitglieds droht (Erw. II. 3).

Präzisierung der Rechtsprechung des Bundesrates hinsichtlich der Zulässigkeit einer Vertragsverlängerung: Vertretbar ist eine Vertragsverlängerung auch gegen den Willen einer Vertragspartei, wenn Tarifverhandlungen in aussichtsreichem Stadium abgebrochen wurden. Weiterhin Aussicht auf Erfolg haben Vertragsverhandlungen beispielsweise dann, wenn mit einem (neuen) Angebot der einen Vertragspartei gerechnet werden kann, falls die Gegenpartei Zahlenmaterial, welches für eine angemessene Tarifierung erforderlich erscheint, vorlegt (Erw. II. 4.1).

Eine Vertragsverlängerung darf nicht lediglich dazu benutzt werden, um Zeit zu gewinnen oder vertragslose Zustände zu verhindern. Eine Verlängerung des Tarifvertrages wäre jedoch nur dann nicht rechtmässig, wenn sich die Kantonsregierung ausschliesslich oder zumindest hauptsächlich von dieser Überlegung leiten liesse (Erw. II. 4.2).

Dans le cas d'une prolongation d'une convention tarifaire selon l'article 47 alinéa 3 LAMal, il n'existe – malgré une exigence formelle (art. 14 al. 1 LSPr) – aucune obligation de consulter la surveillance des prix (cons. II. 2).

Dans le contexte d'une prolongation d'une convention tarifaire, peu importe si la convention n'est plus valable parce qu'une partie (par exemple une association de caisses) a résilié la convention (au nom de tous ses membres) ou parce qu'un membre individuel de l'association a dénoncé la convention et qu'ainsi, il n'y a menace d'une situation sans convention qu'en ce qui concerne ce membre (cons. II. 3).

Précision de la jurisprudence du Conseil fédéral concernant l'admissibilité d'une prolongation d'une convention tarifaire: lorsque les négociations tarifaires ont été interrompues à un stade prometteur, une prolongation d'une convention tarifaire est soutenable même si elle intervient contre la volonté d'une partie à la convention. Des négociations ont encore des perspectives de succès par exemple lorsqu'une (nouvelle) offre d'une des parties peut être attendue au cas où l'autre partie présente des indications chiffrées qui apparaissent nécessaires en vue d'une tarification appropriée (cons. II 4.1).

Une prolongation d'une convention tarifaire ne saurait être utilisée simplement pour gagner du temps ou pour empêcher des situations sans convention. Une prolongation d'une telle convention ne serait toutefois alors contraire au droit que si le gouvernement cantonal se laissait guider exclusivement ou au moins principalement par de telles réflexions (cons. II 4.2).

In caso di proroga di una convenzione giusta l'articolo 47 capoverso 3 LAMal – sebbene formalmente richiesto (art. 14 cpv. 1 LSPR) – non vi è nessun obbligo di consultare la Sorveglianza dei prezzi (cons. II. 2).

In relazione alla proroga di una convenzione non ha importanza se la convenzione tariffale non è più valida perché una parte alla convenzione, ad esempio una federazione delle casse malati, l'ha disdetta (a nome di tutti i suoi membri) o perché uno dei suoi membri vi ha desistito e quindi incombe una situazione di assenza di convenzione tariffale solo per quanto concerne questo membro (cons. II. 3).

Precisazione della giurisprudenza del Consiglio federale in merito all'ammissibilità della proroga di una convenzione: la proroga di una convenzione è sostenibile anche contro la volontà di una parte, se le trattative per la stipulazione di una convenzione tariffale sono state interrotte al momento in cui vi erano buone probabilità di successo. Le trattative hanno ancora buone speranze di andare in porto quando, ad esempio, c'è da attendersi una (nuova) offerta da una delle parti alla convenzione, avendo l'altra presentato cifre considerate necessarie per una tariffazione adeguata (cons. II. 4.1).

Non si deve prorogare una convenzione tariffale solo per guadagnare tempo o per impedire una situazione di assenza di convenzione. Una proroga sarebbe però illegittima solo qualora il governo cantonale si lasciasse guidare esclusivamente o perlomeno principalmente da questa considerazione (cons. II. 4.2).

## I.

### Übersicht – *Condensé*

Die CD Holding AG, die im Kanton St. Gallen drei private Pflegeheime vertritt, ist auf den 1. Januar 2000 vom Tarifvertrag zwischen dem Verband St. Gallischer Betagten- und Pflegeheime und Kantonalverband Krankenversicherer St. Gallen-Thurgau (KST) zurückgetreten. Nachdem sich die CD Holding AG und der KST nicht auf einen neuen Vertrag hatten einigen können, hat der Regierungsrat mit Beschluss vom 19. Dezember 2000 den Tarifvertrag um ein Jahr, längstens jedoch bis zu einer vertraglichen Einigung, verlängert (Art. 47 Abs. 3 KVG).

Dagegen führt die CD Holding AG Beschwerde an den Bundesrat und beantragt, den angefochtenen Beschluss vollumfänglich aufzuheben und die Tarife für die drei Heime der Beschwerdeführerin hoheitlich festzusetzen.

*Le 1<sup>er</sup> janvier 2000, la société CD Holding SA, qui représente trois EMS privés dans le canton de St. Gall, s'est retirée de la convention tarifaire conclue entre l'Association st-galloise des établissements de jour et de soins et l'Association cantonale des assureurs-maladie St. Gall-Thurgovie (KST). CD Holding SA et la KST n'ayant pu s'entendre sur la conclusion d'une nouvelle convention, le Conseil d'Etat, par décision du 19 décembre 2000, a prolongé la convention tarifaire en vigueur pour une année au plus, respectivement jusqu'à ce que les parties parviennent à un accord conventionnel (art. 47, 3<sup>ème</sup> al. LAMal).*

*CD Holding SA a interjeté recours au Conseil fédéral contre cette décision, en concluant à son annulation et à la fixation d'un tarif applicable aux trois établissements dont elle assume la représentation.*

## II.

Der Bundesrat hat die Beschwerde aus folgenden Erwägungen abgewiesen:

...

2. Bevor die Exekutive eines Kantons einen Preis festsetzt oder genehmigt, der von den Beteiligten an einer Wettbewerbsabrede oder von einem marktmächtigen Unternehmen beantragt wird, hört sie nach Artikel 14 Absatz 1 des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20) die Preisüberwachung an (VPB 56.44, E. 5a; 45, E. 3a). Diese kann empfehlen, auf eine Preiserhöhung ganz oder teilweise zu verzichten oder einen missbräuchlich beibehaltenen Preis zu senken. Dies gilt namentlich auch für die hoheitliche Festsetzung von Tarifen gemäss den Bestimmungen

des KVG. Die Behörde führt die Stellungnahme in ihrem Entscheid an. Folgt sie ihr nicht, hat sie dies zu begründen (vgl. RKUV 6/1997, S. 348 ff., E. II.4<sup>1</sup>).

Es ist im Folgenden zu prüfen, ob die Kantonsregierung auch bei einer Vertragsverlängerung gemäss Artikel 47 Absatz 3 KVG verpflichtet ist, die Preisüberwachung zu konsultieren.

Da es sich bei einer Verlängerung des Tarifvertrages ebenfalls um eine Tariffestsetzung handelt – denn mit der Vertragsverlängerung wird indirekt der bisherige Tarif für anwendbar erklärt – wäre nach dem Wortlaut von Artikel 14 Absatz 1 PüG eine Anhörung der Preisüberwachung an sich vorgeschrieben. Im Gegensatz zu jenen Fällen, in welchen die Kantonsregierung einen neuen Tarif erlässt oder genehmigt, ist bei der Verlängerung eines bereits vorbestehenden Tarifvertrages indes nicht erneut zu prüfen, ob dieser mit dem Gesetz und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit im Einklang steht. Der Gesetzgeber hat vielmehr zu Gunsten des Vorrangs der vertraglichen Vereinbarung von Tarifen in Kauf genommen, dass ein verlängerter Vertrag nicht mehr in allen seinen Teilen den gesetzlichen Anforderungen und Zielsetzungen entspricht. Unter diesen Umständen erscheint eine Stellungnahme der Preisüberwachung wenig sinnvoll, setzt sich diese doch ausschliesslich mit materiellen Fragen auseinander, die den Tarif selbst betreffen, um vornehmlich allfällige Widersprüche zum Gesetz, insbesondere zum Gebot der Wirtschaftlichkeit und Billigkeit, aufzudecken. Eine Konsultation der Preisüberwachung wäre somit im Falle einer Vertragsverlängerung nach Artikel 47 Absatz 3 KVG leerer Formalismus und widerspräche bereits daher dem Rechtssinn von Artikel 14 PüG. Zu berücksichtigen gilt zudem, dass eine Empfehlung der Preisüberwachung geradezu kontraproduktiv sein könnte, indem sie künftige erfolgreiche Vertragsverhandlungen verhindern oder zumindest erschweren dürfte, wenn sich eine Vertragspartei durch die Stellungnahme der Preisüberwachung in ihrer Position bestärkt fühlte.

Aus diesen Gründen ist der Bundesrat der Ansicht, dass Artikel 14 Absatz 1 PüG insoweit restriktiv auszulegen ist, als im Falle einer Vertragsverlängerung gemäss Artikel 47 Absatz 3 KVG – obschon formell verlangt – keine Pflicht zur Konsultation der Preisüberwachung besteht, zumal eine solche Verlängerung auf ein Jahr beschränkt ist.

3. Die Kantonsregierung kann einen ausser Kraft getretenen Tarifvertrag um ein Jahr verlängern, wenn sich Leistungserbringer und Versicherer

---

<sup>1</sup> siehe Nr. KV 16 (1997) dieser Sammlung

nicht auf dessen Erneuerung einigen können (vgl. Art. 47 Abs. 3 KVG). Ohne Belang ist in diesem Zusammenhang, ob der Tarifvertrag deshalb nicht mehr wirksam ist, weil ein Vertragspartner den Vertrag (im Namen sämtlicher Verbandsmitglieder) gekündigt hat oder weil ein einzelnes Verbandsmitglied vom Vertrag zurückgetreten ist, und damit ein vertragsloser Zustand lediglich hinsichtlich dieses Mitglieds droht. Statt den Vertrag zu verlängern, kann die Kantonsregierung aber auch einen neuen Tarif (im Sinne von Art. 47 Abs. 1 KVG) festsetzen, wie die Beschwerdeführerin dies im vorliegenden Fall beantragt.

Beim Entscheid, einen neuen Tarif festzusetzen oder einen bestehenden Vertrag zu verlängern, verfügt der Regierungsrat nach der Praxis des Bundesrates über ein weites Auswahlmessen, in welches der Bundesrat nicht ohne Not eingreift (RKUV 4/1997, S. 230 E. 3<sup>2</sup>). Der Regierungsrat darf insbesondere berücksichtigen, dass den Vertragsparteien mit der Vertragsverlängerung eine zusätzliche Chance zur autonomen Konfliktlösung geboten wird (KVG-Botschaft, BBl 1992 I 181), weil der autonomen Gestaltung der Tarife in Verträgen zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern gemäss Artikel 43 Absatz 4 KVG Vorrang zukommt (KVG-Botschaft, BBl 1992 I 172). Nur wenn auf diesem Wege kein Tarif vereinbart werden kann, sieht das Gesetz die hoheitliche Festsetzung eines Tarifs gemäss Artikel 47 Absatz 1 KVG durch die Kantonsregierung vor.

4. Die Beschwerdeführerin rügt, es habe keine Aussicht auf eine Einigung unter den Vertragsparteien bestanden, die eine Vertragsverlängerung gerechtfertigt hätte. Wenn erkennbar sei, dass die Parteien auf der Verhandlungsbasis nicht weiterkämen, weil eine Seite jedes Entgegenkommen ablehne, sei es mit einer Verlängerung nicht getan. Die Regierung habe den Verlängerungsbeschluss aus sachfremden Überlegungen gefällt.

4.1 Unter welchen Voraussetzungen eine Vertragsverlängerung zulässig ist, hat der Bundesrat bereits ausführlich erörtert (RKUV 5/2001 S. 450 E. 4.1<sup>3</sup>). Dabei liess er sich von folgenden Überlegungen leiten:

Der KVG-Botschaft (BBl 1992 I 181) lässt sich zur Tragweite des Parteiwillens entnehmen, dass eine Kantonsregierung im Falle gescheiterter Vertragsverhandlungen nach der Kündigung eines bestehenden Vertrages auch beschliessen könne, den gekündigten Vertrag um ein Jahr zu verlängern, um den Tarifpartnern eine zusätzliche Chance zur autonomen Lösung ihres Konfliktes einzuräumen. Dass eine Vertragsverlängerung nach dem Scheitern von Verhandlungen zum vornherein ausgeschlossen ist und somit in je-

<sup>2</sup> siehe Nr. KV 8 (1997) dieser Sammlung

<sup>3</sup> siehe Nr. KV 184 (2001) dieser Sammlung



dem Fall der Wille der Vertragsparteien zur Fortführung der Verhandlungen erforderlich ist, trifft demnach nicht zu. Vorausgesetzt wird in der Botschaft vielmehr nur die Absicht der Kantonsregierung, den Tarifpartnern eine zusätzliche Chance zur vertraglichen Regelung einzuräumen. Es versteht sich, dass die Kantonsregierung sich dabei auf vertretbare Gründe stützen können muss und der Wille der Vertragsparteien zur Fortführung der Verhandlungen als solcher Grund gelten darf. Solche Gründe können sich aber auch aus objektiven Umständen ergeben, die ausserhalb des Parteiwillens liegen, beispielsweise daraus, dass in naher Zukunft Entscheide des Bundesrates oder richterlicher Behörden zu erwarten sind, die Fragen regeln, welche für die hoheitliche oder vertragliche Festsetzung des neuen Tarifs von Belang sein können. Denkbar sind aus dieser Sicht noch weitere Gründe, die eine Vertragsverlängerung rechtfertigen können, so etwa der Umstand, dass binnen Jahresfrist neues und besseres Zahlenmaterial zu erwarten ist, welches eine angemessenere Tarifierung erlaubt. Wenn eine Kantonsregierung aus solchen Gründen einen Vertrag verlängert, so verstösst sie nicht gegen Artikel 47 Absatz 3 KVG, auch dann nicht, wenn im Zeitpunkt der Verlängerung die Vertragsverhandlungen gescheitert sind und die Parteien nicht weiter verhandeln wollen. In diesem Sinne kann es auch nicht darauf ankommen, ob und wie weit die Vertragsparteien zu diesem Zeitpunkt an einer Vertragsverlängerung interessiert sind.

Für den Bundesrat besteht kein Grund, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Allerdings sieht er sich veranlasst, folgende Präzisierung anzubringen:

Die Initiative für ein hoheitliches Tariffestsetzungsverfahren geht in der Regel von einer Vertragspartei aus. Wenn eine Partei aber Antrag auf Festsetzung des Tarifs stellt, dürfte dies in den meisten Fällen deshalb geschehen, weil es an deren Willen zur Fortführung der Tarifverhandlungen mangelt oder weil die andere Vertragspartei nicht mehr verhandeln möchte. Es kann daher für die Frage, ob die Kantonsregierung einen Tarifvertrag verlängern durfte, bereits deshalb nicht in erster Linie auf den Willen der Vertragsparteien zur Fortführung der Verhandlungen ankommen, weil Vertragsverlängerungen sonst in der Regel von vornherein unmöglich wären. Hinzu kommt, dass den Vertragsparteien auf Grund des KVG eine Verhandlungspflicht obliegt; sie müssen daher Vertragsverhandlungen in aussichtsreichem Stadium fortsetzen (vgl. RKUV 2/1999, S. 174, E. 3–5<sup>4</sup>). Vertretbar ist eine Vertragsverlängerung daher auch gegen den Willen einer Vertragspartei, wenn Tarifverhandlungen in aussichtsreichem Stadium ab-

---

<sup>4</sup> siehe Nr. KV 70 (1999) dieser Sammlung

gebrochen wurden. Weiterhin Aussicht auf Erfolg haben Vertragsverhandlungen beispielsweise dann, wenn mit einem (neuen) Angebot der einen Vertragspartei gerechnet werden kann, falls die Gegenpartei Zahlenmaterial, welches für eine angemessene Tarifierung erforderlich erscheint, vorlegt.

4.2 Im vorliegenden Fall weist der Regierungsrat darauf hin, dass der KST die Beschwerdeführerin in seinem Schreiben vom 22. September 2000 aufgefordert hat, die am 29. August 2000 eingereichten Unterlagen zu ergänzen. Mit diesem Schreiben lehnte der KST das Angebot der Beschwerdeführerin ab, weil die Begründung und der Nachweis fehle, wieweit die Kostenstruktur der Heime der Beschwerdeführerin von jener eines durchschnittlichen Heimes abweiche. Ebenso fehle der Ausweis der konkreten Stellenprozente pro Funktion. Von besonderer Bedeutung seien der Ausweis der Personal- und Sachkosten, jeweils aufgeteilt in KVG-relevante und nicht relevante Kosten, sowie die Grundsätze der Kostenverteilung und der Umlagen. Für Fragen stehe der KST zur Verfügung. Zwar zeigte sich die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 28. September 2000 erstaunt über die verlangten Unterlagen, indem sie meinte, dass sie die geforderten Informationen doch mittels Abrechnungsbogen bereits geliefert habe, jedoch versprach sie dem KST, diesbezüglich mit ihm in Kontakt zu treten.

Mit Schreiben vom 20. Oktober 2000 teilte die Beschwerdeführerin der Kantonsregierung mit, der KST habe erklärt, er sei nicht mehr bereit, über die Tarife 2001 neu zu diskutieren. Diese Aussage widerspricht indes dem oben genannten Schriftverkehr, welcher dem Regierungsrat vom KST mit Stellungnahme vom 15. Dezember 2000 zur Kenntnis gebracht wurde.

Vorliegend ist unbestritten, dass die vom KST von der Beschwerdeführerin verlangten Angaben für eine angemessene Tarifierung zumindest zum grossen Teil erforderlich sind. Dass diese Daten beigebracht werden können, wurde von der Beschwerdeführerin ebenfalls nicht bestritten, im Gegenteil, sie machte sogar geltend, die dem KST am 29. August 2000 eingereichten Unterlagen enthielten bereits alle verlangten Informationen. Für die Frage, ob der Regierungsrat den Tarifvertrag verlängern durfte, spielt es keine Rolle, ob die Beschwerdeführerin dem KST Zahlenmaterial und Informationen bislang vorenthalten hat oder ob die Unterlagen zwar eingereicht worden sind, jedoch erklärungsbedürftig sind. Aufgrund des Schriftverkehrs zwischen den Vertragsparteien durfte der Regierungsrat im Zeitpunkt seines Entscheids davon ausgehen, dass der KST nach wie vor bereit war, seinen Standpunkt zu überprüfen, und die Verhandlungen gegebenenfalls weitergeführt werden könnten, und zwar sowohl im Falle, dass die Beschwerdeführerin dem KST die verlangten Unterlagen noch herauszugeben

hat, als auch im Falle, dass die bereits eingereichten lediglich erläutert werden müssen. Angesichts der geschilderten Umstände erscheint die Einschätzung des Regierungsrates, der Abbruch der Vertragsverhandlungen durch die Beschwerdeführerin sei in einem aussichtsreichen Stadium erfolgt, vertretbar. Der Regierungsrat war daher berechtigt, den Vertragsparteien eine zusätzliche Chance zur autonomen Lösung einzuräumen, auch wenn die Beschwerdeführerin die Vertragsverhandlungen abgebrochen hatte und damit bekundete, dass sie im Zeitpunkt der Verlängerung nicht mehr verhandeln wollte. Da den Vertragsparteien eine Verhandlungspflicht obliegt (Ziff. II./4.1 hiervor), muss die Beschwerdeführerin die Verhandlungen wieder aufnehmen. Damit konnte die Vorinstanz auch rechnen, hatte die Beschwerdeführerin doch nach eigenen Angaben wenig Interesse an der weiteren Anwendung des ausser Kraft getretenen Tarifs.

Der Regierungsrat durfte daher im Rahmen des ihm zustehenden weiten Ermessens mit Beschluss vom 19. Dezember 2000 den Tarifvertrag verlängern, ohne gegen Artikel 47 Absatz 3 KVG zu verstossen.

Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass die Kantonsregierung des Weiteren im Interesse der Versicherten mit dem Verlängerungsbeschluss das Eintreten eines vertragslosen Zustandes verhindern wollte. Sie macht geltend, ein Tariffestsetzungsverfahren gemäss Artikel 47 Absatz 1 KVG hätte bis Ende des Jahres 2000 nicht durchgeführt werden können. Es ist der Beschwerdeführerin zwar insofern Recht zu geben, als es sich hierbei um ein sachfremdes Kriterium der Vorinstanz handelt, denn – wie vorne dargelegt – soll eine Vertragsverlängerung der autonomen Lösung des Konfliktes der Tarifpartner dienen und darf nicht lediglich dazu benutzt werden, um Zeit zu gewinnen oder vertragslose Zustände zu verhindern. Zum Schutz der Versicherten hat die Kantonsregierung die Möglichkeit, im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme einen einstweiligen Tarif festzulegen und schliesslich den Tarif rückwirkend festzusetzen; dazu braucht es keine Vertragsverlängerung. Eine Verlängerung des Tarifvertrages wäre jedoch nur dann nicht rechtens gewesen, wenn sich die Kantonsregierung ausschliesslich oder zumindest hauptsächlich von dieser Überlegung hätte leiten lassen, was auf Grund der Akten verneint werden kann. Wie erwähnt, hatte sie offensichtlich vor allem die Absicht, den Tarifpartnern eine zusätzliche Chance zur vertraglichen Regelung einzuräumen.

...

## **Aufnahme in die Spitalliste**

### **KV 219 Entscheid des Bundesrates vom 19. Dezember 2001 in Sachen Privatklinik P. gegen den Regierungsrat des Kantons Bern**

Weil im Kanton Bern im Bereich der Psychiatrie noch keine KVG-konforme Spitalplanung vorliegt, befindet sich eine neue Heilanstalt, welche um Aufnahme in die kantonale Spitalliste ersucht, rechtlich in der gleichen Lage, wie sie bei der Einführung der kantonalen Spitallisten bestanden hatte. Demzufolge hat die Vorinstanz die allgemeine Abteilung der beschwerdeführenden Klinik vor Vorliegen einer KVG-konformen Spitalplanung im Psychatriebereich im Resultat zu Recht nicht in die Spitalliste aufgenommen (Erw. II. 2.).

Auch bezüglich der Aufnahme der halbprivaten und privaten Abteilung der Beschwerdeführerin zeigt sich die gleiche Ausgangslage wie bei der Aufnahme ihrer allgemeinen Abteilung: eine neue Klinik kann im Gegensatz zu einer bestehenden nicht gestützt auf Artikel 101 Absatz 2 KVG provisorisch zugelassen werden, bevor die kantonale Spitalplanung im Bereich Psychiatrie vorliegt. Mittel- und langfristig kann die Vorinstanz indes keine weiteren Gesuche von Leistungserbringern um Aufnahme in die Spitalliste mit der Begründung abweisen, es bestehe noch keine kantonale Spitalplanung (Erw. II. 3.).

Angesichts der Tatsache, dass im Kanton Bern keine KVG-konforme Spitalplanung vorliegt, anhand deren das Gesuch beurteilt werden konnte, sind der Beschwerdeführerin trotz ihres Unterliegens keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Erw. 4.).

Comme il n'existe pas encore, dans le canton de Berne, une planification hospitalière conforme à la LAMal dans le domaine de la psychiatrie, un nouvel établissement de soins qui demande à être enregistré dans la liste cantonale des hôpitaux se trouve juridiquement dans la même situation que celle qui aurait été la sienne lors de l'introduction des listes cantonales d'hôpitaux. En conséquence, c'est en fin de compte à juste titre que l'instance inférieure n'a pas enregistré la division commune de la clinique recourante avant l'existence d'une planification hospitalière conforme à la LAMal dans le domaine de la psychiatrie (cons. II. 2.).

Concernant l'enregistrement de la division semi-privée et privée de la recourante, la situation de départ se révèle être la même que pour l'enregistrement de sa division commune: contrairement à un établissement déjà existant, une nouvelle clinique ne peut pas être enregistrée à titre provisoire sur la base de l'article 101 alinéa 2 LAMal avant qu'existe la planification hospitalière cantonale dans le

domaine de la psychiatrie. Cependant, à moyen et long terme, l'instance inférieure ne saurait invoquer le fait qu'il n'y ait pas encore de planification hospitalière cantonale pour refuser d'autres requêtes de fournisseurs de prestations souhaitant être enregistrés dans la liste des hôpitaux (cons. II. 3.).

Compte tenu du fait que le canton de Berne ne dispose pas d'une planification hospitalière conforme à la LAMal lui permettant de se prononcer sur la requête, il y a lieu de ne pas mettre les frais de la procédure à la charge de la recourante bien qu'elle n'ait pas obtenu gain de cause (cons. 4.).

Poiché nel Canton Berna non è stata ancora approntata una pianificazione ospedaliera conforme alla LAMal nell'ambito della psichiatria, un nuovo stabilimento ospedaliero che chiede di essere ammesso nell'elenco cantonale degli ospedali si trova, dal punto di vista giuridico, nella stessa situazione di quella che avrebbe avuto al momento dell'introduzione degli elenchi cantonali degli ospedali. A diritto, quindi, l'istanza precedente non ha ammesso nell'elenco degli ospedali il reparto comune della clinica ricorrente prima che venisse allestita una pianificazione ospedaliera conforme alla LAMal nell'ambito della psichiatria (cons. II. 2.).

Anche riguardo all'ammissione dei reparti semiprivato e privato della clinica ricorrente risulta la stessa situazione iniziale di quella esistente per l'ammissione del suo reparto comune: contrariamente a quanto avviene per una clinica già esistente, una nuova clinica non può essere autorizzata a titolo provvisorio giusta l'articolo 101 capoverso 2 LAMal prima che venga allestita la pianificazione ospedaliera nell'ambito della psichiatria. A medio e a lungo termine, però, l'istanza precedente non può respingere altre richieste di ammissione nell'elenco degli ospedali inoltrate da fornitori di prestazioni adducendo quale motivo la mancanza di una pianificazione ospedaliera cantonale (cons. II. 3.).

Considerando che nel Canton Berna non esiste una pianificazione ospedaliera conforme alla LAMal che permetta di valutare la richiesta, non vanno addossate spese di procedura alla ricorrente, nonostante abbia perso la causa (cons. 4.).

I.

## Übersicht – *Condensé*

**Am 6. Dezember 1999 stellte die Privatklinik P. bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (im Folgenden: GEF) das Gesuch, für die Behandlung von Patienten und Patientinnen mit Zusatzversicherung auf**

die Spitalliste aufgenommen zu werden. Im Laufe der Verhandlungen bot die Trägerschaft der geplanten Klinik an, neben den zusatzversicherten auch allgemeinversicherte Patientinnen und Patienten aufzunehmen. Am 11. Juli 2000 erteilte die GEF der Klinik die Bewilligung zum Betrieb eines Privatspitals im Sinne von Artikel 4 des kantonalen Spitalgesetzes (BSG 812.11) mit insgesamt 89 Betten sowie 10 Therapieplätzen für Tagespatienten.

Mit Beschluss vom 20. September 2000 wies der Regierungsrat des Kantons Bern das Gesuch der Klinik um Aufnahme in die Spitalliste sowohl für die allgemeine Abteilung als auch die Halbprivat- und Privatabteilungen ab mit der Begründung, die neue Klinik entspreche keinem ausgewiesenen Bedarf.

Gegen diesen Beschluss erhob die Klinik am 21. Dezember 2000 Beschwerde an den Bundesrat und beantragte, mit allen drei Abteilungen in die Spitalliste des Kantons Bern aufgenommen zu werden; eventuell sei sie mit ihrer Halbprivat- und Privatabteilung in die Spitalliste aufzunehmen. Zur Beschwerdebegründung brachte sie vor, es müsse auch bei Fehlen der Spitalplanung möglich sein, neue Institutionen in die Spitalliste aufzunehmen, und von der Verteilung der Beweislast her könne es nicht ihre Aufgabe sein, den Bedarf durch Nachholen der kantonalen Spitalplanung nachzuweisen. Sie habe den Bedarf an einer neuen Klinik rechtsgenügend nachgewiesen. Nach der Rechtsprechung des Bundesrates habe sie einen Anspruch darauf, mit ihrer Halbprivat- und Privatabteilung in die Spitalliste aufgenommen zu werden.

*Le 6 décembre 1999, la clinique privée P., dont l'exploitation était encore au stade du projet, a abordé la Direction de la santé et des affaires sociales du canton de Berne (ci-après: GEF) d'une requête tendant à être admise sur la liste cantonale des hôpitaux pour le traitement des patientes et des patients au bénéfice de l'assurance complémentaire. Dans le cadre des discussions portant sur cette admission, la direction de la clinique a proposé d'accueillir également les patientes et patients au bénéfice de l'assurance de base uniquement, en plus de ceux bénéficiant de l'assurance complémentaire. Par décision du 11 juillet 2000, la GEF a fourni une autorisation d'exploitation à la requérante à titre d'hôpital privé au sens de l'article 4 de la loi cantonale sur les hôpitaux (BSG 812.11), avec un total de 89 lits, ainsi que 10 places de thérapie pour patient de jour. Par décision du 20 septembre 2000, le Conseil d'Etat du canton de Berne a rejeté la requête de la clinique tendant à son intégration dans la liste des hôpitaux pour sa division commune, demi-privée et privée. Cette décision a été motivée par le défaut de besoin, dans le canton, des prestations offertes par la requérante.*

*Par acte du 21 décembre 2000, la clinique a déposé un recours au Conseil fédéral contre cette décision, en concluant à son admission sur la liste bernoise des hôpitaux pour ses trois divisions, éventuellement pour sa division semi-privée et privée uniquement. A l'appui de son recours, la clinique fait valoir qu'il doit être possible d'admettre des nouvelles institutions sur la liste des hôpitaux, et ce même en cas d'absence de planification hospitalière. S'appuyant sur répartition de la charge de la preuve, la recourante se prévaut également du fait qu'il ne lui appartient pas de démontrer qu'un besoin existe effectivement, palliant ainsi à une planification cantonale déficiente. A son avis, le besoin d'une nouvelle clinique a été suffisamment démontré du point de vue du droit.*

*Conformément à la jurisprudence du Conseil fédéral, la recourante détient le droit d'être admise dans la liste cantonale des hôpitaux pour sa division demi-privée et privée.*

## II.

Der Bundesrat hat die Beschwerde aus folgenden Erwägungen abgewiesen:

...

2. Um zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen zu werden, müssen Spitäler die in Artikel 39 Absatz 1 Buchstaben a–c KVG umschriebenen Voraussetzungen erfüllen. Dies sind die ausreichende ärztliche Betreuung, das erforderliche Fachpersonal sowie die zweckentsprechende medizinische Einrichtung und pharmazeutische Versorgung. Die Prüfung der Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzungen erfolgt in erster Linie durch die Behörden des Standortkantons, welche aufgrund ihrer besonderen Kenntnisse der lokalen Verhältnisse dazu am besten in der Lage sind (RKUV 4/1997 262, E. 4.1<sup>1</sup>).

Im vorliegenden Fall hat die GEF der Beschwerdeführerin am 11. Juli 2000 die Bewilligung zum Betrieb eines Privatspitals im Sinne von Artikel 4 des kantonalen Spitalgesetzes mit insgesamt 89 Betten sowie 10 Therapieplätzen für Tagespatientinnen und -patienten erteilt. Die Bewilligungsvoraussetzungen sind in Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung vom 2. Oktober 1985 über die Bewilligung zur Führung eines Privatspitals oder einer anderen Krankenpflegeeinrichtung (BSG 812.131.11) geregelt und entsprechen inhaltlich den in Artikel 39 Absatz 1 Buchstaben a–c KVG genannten Erfordernissen. Der Bundesrat geht demzufolge davon aus, dass die Beschwerdeführerin die personellen und infrastrukturellen Voraussetzungen

---

<sup>1</sup> siehe Nr. KV 10 (1997) dieser Sammlung

für die Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erfüllt.

Im Weiteren müssen die Spitäler für die Zulassung der von einem oder mehreren Kantonen gemeinsam aufgestellten Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung entsprechen, wobei private Trägerschaften angemessen zu berücksichtigen sind (Bedarfsdeckungs- und Koordinationsvoraussetzung; Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG).

Im Sinne einer Publizitäts- und Transparenzvoraussetzung – an welche Rechtswirkungen geknüpft werden – setzt die Zulassung nach Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe e KVG schliesslich voraus, dass die Spitäler oder die einzelnen Abteilungen in der nach Leistungsaufträgen in Kategorien gegliederten Spitalliste des Kantons enthalten sind.

Die genannten Voraussetzungen sollen eine Koordination der Leistungserbringer, eine optimale Ressourcennutzung und eine Eindämmung der Kosten bewirken (Botschaft des Bundesrates über die Revision der Krankenversicherung vom 6. 11. 1991, BBl 1992 I 167).

2.1 Nach der Praxis des Bundesrates (RKUV 4/1997 262 ff., E. 4.2–4.6<sup>2</sup>) gehört zur Spitalplanung eine Bedarfsanalyse, nämlich die Definition der Versicherten nach medizinischen Kategorien sowie die Zuweisung und Sicherung der entsprechenden Kapazitäten durch Leistungsaufträge an die in die Liste aufgenommenen Spitäler. Die Planung bedarf einer laufenden Überprüfung. Für die Zuweisung und Sicherung der Kapazitäten sind die Angebote der Leistungserbringer zu evaluieren und Lösungen für eine bedarfsgerechte Versorgung zu erarbeiten. Die Suche nach der im Sinne einer Gesamtbetrachtung wirtschaftlich günstigsten Lösung muss aufgrund objektiver Kriterien erfolgen und hat dem Gebot der Kostenwahrheit zu entsprechen. Die Auswahl darf sich nicht allein nach Kriterien der Wirtschaftlichkeit richten; ein blosser Zahlenvergleich trüge weiteren wichtigen Kriterien, wie beispielsweise der Bereitschaft und Fähigkeit der Spitäler zur Tarifbindung und zur Aufnahme schwieriger Fälle, nicht Rechnung. Nur ein umfassender und entsprechend fundierter Vergleich der Angebote berücksichtigt das Gebot der Gleichbehandlung tatsächlich.

Bei der Wahl unter den planerischen Varianten verfügt der Regierungsrat über ein Auswahlmessen. Das Bundesrecht schreibt den Kantonen für die Spitalplanung nicht einen bestimmten Weg vor, sondern lässt ihnen die Wahl unter verschiedenen Lösungen, sofern diese die Erfordernisse des KVG in Bezug auf die Spitalplanung und die Spitalliste sowie deren Ziele erfüllen.

---

<sup>2</sup> siehe Nr. KV 10 (1997) dieser Sammlung



Staatliche Ordnungen, in welchen die Koordination von Angebot und Nachfrage über einen Plan erfolgt, bilden den Gegensatz zu einer vom Markt gesteuerten Wettbewerbswirtschaft. Planung bedeutet, dass der Wettbewerb im Bereich der Grundversicherung und der Versorgung der allgemein Versicherten seine Funktion als Koordinations- und Steuerungsprinzip stets nur beschränkt wird entfalten können.

2.2 Bezüglich des Streitgegenstandes im vorliegenden Verfahren gilt es vorab Folgendes klarzustellen:

Zur Diskussion steht einzig die Aufnahme der Beschwerdeführerin in die Spitalliste. Die Liste als solche ist, da nicht angefochten, in Rechtskraft erwachsen. Dies ergibt sich nicht nur aus dem angefochtenen Beschluss, sondern auch aus dem Umstand, dass eine einzelne Institution eine kantonale Spital- oder Pflegeheimliste nur soweit anfechten kann, als ihre eigenen schützenswerten Interessen reichen. Die vorliegende Spitalliste ist demnach verbindlich, und zwar unbeschrieben der Erkenntnisse des Bundesrates, die sich aus der Überprüfung der Einwände der Beschwerdeführerin ergeben.

Weiter gilt es zu beachten, dass die Beschwerdeführerin ein Gesuch um Aufnahme in die Liste für eine neue Einrichtung gestellt hat, die noch nie zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gearbeitet hat. Das bedeutet, dass sie den Bedarf für die neuen Leistungen nachzuweisen beziehungsweise mindestens glaubhaft zu machen hat. Zwar können auch unter der Herrschaft des KVG grundsätzlich neue Spitäler in die Spitalliste für die allgemeine Abteilung aufgenommen werden. Die Aufnahme setzt indes voraus, dass sich diese vorgängig im Rahmen einer KVG-konformen Spitalplanung als für die Spitalversorgung bedarfsgerecht erwiesen haben. Da die Eindämmung der Kosten und insbesondere der Abbau von Überkapazitäten eines der Hauptziele des neuen Zulassungssystems darstellt, erscheint es sachgerecht, dass die Kantone den Bedarf für neue Heilanstalten kritisch überprüfen (RKUV 4/1997 266<sup>3</sup>). Damit ein solches Gesuch rechtsgenügend beurteilt werden kann, braucht es jedoch eine entsprechende kantonale Planung inklusive Bedarfsermittlung, an welcher das neue Angebot gemessen werden kann. Ob diese Bedingung erfüllt ist, wird im Folgenden summarisch zu untersuchen sein.

2.3 Die Psychiatrieplanung ist im Kanton Bern seit einiger Zeit sistiert. Dieser Zustand wird von keiner Seite bestritten. Im Psychiatriebereich liegen zudem keine Bettenrichtwerte oder ähnliche Vorgaben vor. Die Vorin-

---

<sup>3</sup> siehe Nr. KV 10 (1997) dieser Sammlung

stanz führt dazu im angefochtenen Entscheid aus, anerkannte Parameter zur Feststellung des Bedarfs für das spezielle Leistungsangebot, das die Klinik bereitzustellen beabsichtige, würden auf internationaler, nationaler und kantonaler Ebene fehlen. Dementsprechend bestünden auch keine einschlägigen umfassenden Bedarfsplanungen. In der Vernehmlassung vom 14. Februar 2001 bringt die Vorinstanz zudem vor, der Kanton Bern habe in den letzten zehn Jahren wegen seiner schlechten finanziellen Situation im stationären Bereich fünf Akutspitäler geschlossen. Dies sei die Folge eines empirisch festgestellten Bettenüberhangs gewesen und gewährleiste eine langfristig wirtschaftlich tragbare Spitalversorgung. In der Psychiatrie habe jedoch kein Bettenüberhang bestanden. Dort sei die Bettenzahl zwischen 1971 und 1998 um mehr als 50% zurückgegangen. Weiter lässt der Regierungsrat ausführen, es sei in der Psychiatrie ein sehr schwieriges, wenn nicht gar unmögliches Unterfangen, einen Bettenrichtwert festzulegen, da dieser Wert in der Literatur zwischen 0,75 und 1,5 Betten pro 1000 Einwohner variere. Der Regierungsrat geht aber davon aus, dass nach dem heutigen Planungsstand – der erwähnte Wert liegt im Kanton Bern bei 1,1 – die vorhandene Bettenzahl im Psychiatriebereich in etwa dem Bedarf entspreche.

Die Ausführungen des Regierungsrates bestätigen, dass es keine Spitalplanung im Psychiatriebereich gibt, die den Anforderungen von Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d KVG genügt. An dieser Tatsache ändern auch die bei den Vorakten liegende Kurzdokumentation mit dem Titel «Psychiatrieverversorgung im Kanton Bern» sowie die im Rahmen des Zulassungsverfahrens durchgeführte Erhebung bei 22 Leistungserbringern und Verbänden mit der Frage, ob Versorgungslücken bestünden, nichts. Diese Informationen können zwar zusammen mit dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Gutachten durchaus als Indizien bei der Beurteilung des Bedarfs am neuen Angebot herangezogen werden, vermögen aber eine kantonale Planung im Sinne des Gesetzes nicht zu ersetzen. Somit steht fest, dass die Spitalliste für Psychiatrie nicht Resultat einer KVG-konformen Planung ist, sondern lediglich ein Verzeichnis der zur Zeit im diesem Bereich im Kanton Bern tätigen Einrichtungen darstellt, die zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung stationäre Psychiatrieleistungen erbringen dürfen.

2.4 Vor diesem Hintergrund ist zuerst die Frage zu prüfen, ob die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um Aufnahme ihrer allgemeinen Abteilung auf die Spitalliste zu Recht abgewiesen hat.

Die Vorinstanz hat das Gesuch der Beschwerdeführerin im Wesentlichen deshalb abgelehnt, weil in der allgemeinen Abteilung nach ihren Ermittlungen für das neue Angebot kein Bedarf bestehe. Diese Begründung

ist indessen nicht sonderlich stichhaltig, nachdem es, wie vorne (Ziff. II.2.3) festgestellt, im Kanton Bern keine KVG-konforme Spitalplanung im Psychiatriebereich gibt, an der der Bedarf des Angebotes der Beschwerdeführerin beurteilt werden kann. Die Beschwerdeführerin befindet sich mit ihrem Gesuch für die allgemeine Abteilung als neue Leistungserbringerin rechtlich nicht in der gleichen Lage, wie sie bei der Einführung der kantonalen Spitallisten für bestehende Einrichtungen bestanden hatte: Damals waren nach den Übergangsbestimmungen des KVG (Artikel 101 Absatz 2 Satz 1) und Artikel 2 Absatz 2 der Verordnung über die Inkraftsetzung und Einführung des KVG (Inkraftsetzungsverordnung; SR 832.101) Spitäler und andere Einrichtungen, die nach altem Recht als Heilanstalten galten, provisorisch als Leistungserbringer nach dem neuen Recht zugelassen, solange der Kanton die Planung und die Listen nicht erstellt hatte. Neue, erst unter dem Geltungsbereich des KVG errichtete Spitäler oder vom alten Recht nicht anerkannte Heilanstalten konnten lediglich verlangen, in die Spitalplanung und Evaluation der Leistungserbringer für die Spitalliste einbezogen zu werden (vgl. RKUV 4/1997 261 f., E. 2.1 und 2.2<sup>4</sup>).

Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin zur Zeit im Resultat zu Recht abgelehnt hat, denn der Bedarf im stationären Psychiatriebereich in der allgemeinen Abteilung ist nicht bekannt, und es widerspräche in dieser Situation den Zielen des KVG, neue Einrichtungen ohne Prüfung ihrer Notwendigkeit zuzulassen. Der Klarheit halber ist anzufügen, dass neue Gesuche der Beschwerdeführerin oder anderer Trägerschaften für eine allgemeine Abteilung nur auf der Grundlage einer Planung und Bedarfsermittlung beurteilt werden dürfen, die den gesetzlichen Anforderungen genügt.

Damit ist die Beschwerde, soweit sie die Aufnahme der allgemeinen Abteilung in die Spitalliste beantragt, abzuweisen und der angefochtene Entscheid in diesem Punkt zu bestätigen.

3. Sodann ist die Rüge der Beschwerdeführerin zu behandeln, sie sei zu Unrecht nicht mit ihrer Halbprivat- und Privatabteilung auf die Spitalliste des Kantons Bern genommen worden.

3.1 Wie der Bundesrat im Entscheid vom 24. Oktober 1998 in Sachen Spitalliste des Kantons A. ausgeführt hat (vgl. RKUV 6/1998 537 f.<sup>5</sup>), dienen Zusatzversicherungen dazu, Leistungen, welche gemäss KVG keine Pflichtleistungen darstellen, zu versichern, das vom KVG eingeschränkte Wahlrecht betreffend die Heilanstalten auszudehnen und damit im Spital-

<sup>4</sup> siehe Nr. KV 10 (1997) dieser Sammlung

<sup>5</sup> siehe Nr. KV 54 (1998) dieser Sammlung

bereich die freie Arztwahl sicherzustellen sowie den Komfort bei Spitalaufenthalt zu erhöhen (z. B. Aufenthalt in Einzel- oder Zweierzimmern).

In seiner Botschaft vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung (KVG-Botschaft, BBl 1992 I 93 ff.) hat der Bundesrat darauf hingewiesen, dass sich bezüglich der zu ergreifenden Massnahmen zur Kosteneindämmung zwei fundamental divergierende Optionen gegenüberstünden. Die eine setze auf die kostendämpfende Wirkung eines stärkeren Wettbewerbs, die andere auf interventionistische Instrumente, das heisst die Planung (KVG-Botschaft, a. a. O., S. 124).

In den Erläuterungen zu Artikel 1 des Entwurfes hat der Bundesrat festgehalten, es gebe keinen Grund, die Zusatzversicherungen der Sozialgesetzgebung zu unterstellen (KVG-Botschaft, a. a. O., S. 140). Bei der Unfallversicherung seien Sozialversicherung und Zusatzversicherung bereits heute unterschiedlich geregelt, ohne dass sich daraus besondere Probleme ergeben hätten. Die Zusatzversicherungen, die vor allem den Aufenthalt in der halbprivaten und privaten Abteilung betreffen, unterstünden daher dem Versicherungsvertragsgesetz und die entsprechende Aufsicht obliege im Gegensatz zu den Grundversicherungen nicht dem BSV, sondern dem Bundesamt für Privatversicherungswesen (Art. 9 u. 16 des Entwurfs; a. a. O., S. 145 f. u. 149 f.).

Im Rahmen der Darstellung der Grundzüge der Vorlage hat der Bundesrat die Spitalplanung nur kurz gestreift (KVG-Botschaft, a. a. O., S. 129); eingehender hat er sie bei der Erläuterung von Artikel 33 seines Entwurfes vorgestellt (KVG-Botschaft, a. a. O., S. 166 ff.). Die entsprechenden Erwägungen lassen aber nicht erkennen, dass die Spitalplanung auch den Bereich der Zusatzversicherungen umfassen sollte. Der Bundesrat ging davon aus, dass auf diesem Gebiet die Kosteneindämmung grundsätzlich über den Wettbewerb erfolgen sollte.

Das Parlament ist dieser Konzeption gefolgt und hat im KVG grundsätzlich nur die obligatorische Krankenpflegeversicherung geregelt, nicht dagegen den Bereich der Zusatzversicherungen (Amtl. Bull. S 1992 1273, 1275, 1288, 1293, 1303, 1305 u. 1308; 1993 1066; Amtl. Bull. N 1993 1828). Im gleichen Sinne hat sich – mit einer Ausnahme hinsichtlich Artikel 39 KVG – auch das Eidgenössische Versicherungsgericht in seiner Entscheidung vom 16. Dezember 1997 i. S. Kanton Schwyz gegen H. und das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz geäußert (RKUV 1/1998 13 ff., E. 6.c)cc, S. 30<sup>6</sup>).

3.2 Aufgrund des Versicherungsobligatoriums können aber nicht nur Patienten und Patientinnen, die sich in der allgemeinen Abteilung behan-

---

<sup>6</sup> siehe Nr. KV 21 (1998) dieser Sammlung

deln lassen, sondern auch solche, welche die Halbprivat- und Privatabteilungen beanspruchen, einen Sockelbeitrag aus der Grundversicherung beziehen (vgl. RKUV 3/1999 218 f., E. 2.17).

Der Bundesrat hat in seiner Rechtsprechung ausgeführt (vgl. den bereits zitierten Entscheid in Sachen Spitalliste A. in: RKUV 6/1998 521 ff.<sup>8</sup>) und in der Folge regelmässig bestätigt (vgl. RKUV 3/1999 218<sup>9</sup>; RKUV 4/1999 345 ff.<sup>10</sup>; RKUV 4/1999 356 ff.<sup>11</sup>), dass auch Halbprivat- und Privatabteilungen zumindest im Standortkanton auf der Spitalliste figurieren müssen, damit ihre Patienten den Sockelbeitrag aus der sozialen Grundversicherung beanspruchen können.

Gemäss Rechtsprechung des Bundesrates müssen die Kantone sowohl für die allgemeinen Abteilungen wie auch für die Halbprivat- und Privatabteilungen der Spitäler eine Spitalplanung im Sinne von Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d KVG durchführen. Das bedeutet namentlich, dass das Angebot und der Bedarf für alle Versicherungsklassen gesamthaft zu ermitteln sind. Im Gegensatz zu den allgemeinen Abteilungen müssen aber die Leistungen, welche die Halbprivat- und die Privatabteilungen anbieten, auf der Liste nicht umschrieben werden und es besteht keine Pflicht für die Kantone, diesen Institutionen Betten zuzuteilen und Leistungsaufträge zuzuweisen. Für die Zulassung der Halbprivat- und der Privatabteilungen reicht es aus, dass die Einrichtungen die Infrastruktur- und Dienstleistungsvoraussetzungen gemäss Artikel 39 Absatz 1 Buchstaben a–c KVG erfüllen. Weitere Voraussetzungen sind nach der Praxis des Bundesrates nicht verlangt; insbesondere sind Leistungen des Zusatzversicherungsbereichs nicht zwingend auf der Spitalliste aufzuführen (RKUV 6/1998 538 ff., E. 3.2<sup>12</sup>).

Die Aufnahme auf die Spitalliste stellt somit eine Art fachtechnisches Attest dar, wonach der Leistungserbringer die Infrastruktur- und Dienstleistungsvoraussetzungen des KVG erfüllt und deshalb zu Lasten der Grundversicherung praktizieren kann.

3.3 Weder im Zusammenhang mit der Spitalliste des Kantons Aargau noch mit jener des Kantons Appenzell Ausserrhoden stellte sich die Frage, wie sich die Zulassung der Halbprivat- und Privatabteilungen jener Spitäler gestalten, deren allgemeine Abteilungen nicht in die Spitalliste aufgenommen wurden. Diese Frage hat der Bundesrat erstmals in den Entscheiden

---

<sup>7</sup> siehe Nr. KV 72 (1999) dieser Sammlung

<sup>8</sup> siehe Nr. KV 54 (1998) dieser Sammlung

<sup>9</sup> siehe Nr. KV 72 (1999) dieser Sammlung

<sup>10</sup> siehe Nr. KV 83 (1999) dieser Sammlung

<sup>11</sup> siehe Nr. KV 84 (1999) dieser Sammlung

<sup>12</sup> siehe Nr. KV 54 (1998) dieser Sammlung

vom 23. Juni 1999 in Sachen Klinik J. gegen die gemeinsame Spitalliste beider Basel beantwortet (RKUV 4/1999 356 ff.<sup>13</sup>) und in der Folge im Entscheid vom 5. Juli 2000 gegen die Spitalliste des Kantons Thurgau (RKUV 5/2001 438<sup>14</sup>) bestätigt. Hat ein Kanton einem Spital eine Betriebsbewilligung erteilt und sind deren Voraussetzungen weiterhin erfüllt, besteht nach dem vom KVG vorgegebenen Zulassungssystem für Halbprivat- und Privatabteilungen beschränkt auf diese Abteilungen ein Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Spitalliste des Standortkantons.

Bis jetzt hat sich diese Praxis des Bundesrates nur auf bestehende Institutionen bezogen, die bereits nach altem Recht als Heilanstalt anerkannt waren, und deren Angebot, Anzahl Patientinnen und Patienten und bisherige Leistungsaufträge bekannt waren, so dass deren Auswirkung auf die Spitalplanung abgeschätzt werden konnte. Dadurch war es auch möglich, sie gestützt auf Artikel 101 Absatz 2 KVG bereits während des Planungsverfahrens zuzulassen, bevor ihre Position auf der Liste rechtskräftig geklärt war. Sodann ist im Sinne einer Klarstellung daran zu erinnern, dass sich die dargelegte Praxis bezüglich Halbprivat- und Privatabteilungen stets auf Fälle bezogen hat, die auf der Grundlage einer gesetzeskonformen Spitalplanung zu beurteilen waren (vgl. die zitierten Entscheide vom 23. Juni 1999 in Sachen Klinik J. gegen die gemeinsame Spitalliste beider Basel in: RKUV 4/1999 356 ff.<sup>15</sup>, sowie den Entscheid des Bundesrates vom 5. Juli 2000 in Sachen Spitalliste TG, Übersicht mit Hinweis auf die Fundstelle für den Volltext in: RKUV 5/2001 438 ff.<sup>16</sup>). In diesem Zusammenhang macht die Vorinstanz geltend, diese Praxis sei für neue Institutionen nicht anwendbar. In der Tat unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt von oben angeführten Konstellationen grundlegend, weil im Kanton Bern für den Bereich der Psychiatrie keine gesetzeskonforme Spitalplanung vorliegt.

Unter diesen Umständen ergibt sich für die Beurteilung der Frage, ob die Beschwerdeführerin mit ihrer Halbprivat- und Privatabteilung auf die Spitalliste des Kantons Bern aufzunehmen ist, die gleiche Lage wie sie sich bei der Prüfung der Aufnahme ihrer allgemeinen Abteilung präsentierte (vgl. E. II.2.4.): Bevor eine kantonale Spitalplanung nach Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d KVG für alle drei Versicherungsklassen erstellt ist, sind gestützt auf Artikel 101 Absatz 2 KVG nur diejenigen Anstalten beziehungsweise deren Abteilungen, die nach bisherigem Recht als Heilanstalten galten, als Leistungserbringer zuzulassen, während neue Institutionen lediglich verlangen können, in die Spitalplanung und Evaluation der Leistungserbringer für die Spitalliste

<sup>13</sup> siehe Nr. KV 84 (1999) dieser Sammlung

<sup>14</sup> siehe Nr. KV 183 (2001) dieser Sammlung

<sup>15</sup> siehe Nr. KV 84 (1999) dieser Sammlung

<sup>16</sup> siehe Nr. KV 183 (2001) dieser Sammlung

einbezogen zu werden (RKUV 4/1997 261, E 2.2<sup>17</sup>). Andernfalls wird den Kantonen die Spitalplanung unnötig erschwert, weil sich mit der provisorischen Zulassung neuer Anstalten in der Planungsphase deren Grundlagen ständig verändern würden. Liesse man provisorisch neue Institutionen zu, bevor der Gesamtbedarf für alle Versicherungsklassen in der Psychiatrie erhoben ist, würde eine kohärente Planung des medizinischen Angebotes in diesem Bereich namentlich auch im Bezug auf die Planung der allgemeinen Abteilungen erschwert. Im jetzigen Zeitpunkt kann nämlich nur schwer abgeschätzt werden, welche Einflüsse die neue Klinik auf die bestehenden Leistungsangebote und die Patientenströme haben könnte. Demzufolge kann die Beschwerdeführerin vor Vorliegen einer KVG-konformen Spitalplanung im Psychiatriebereich auch mit ihrer Halbprivat- und Privatabteilung nicht provisorisch auf die Spitalliste des Kantons Bern aufgenommen werden.

3.4 In Bezug auf die Zulassungen von Halbprivat- und Privatabteilungen ist ebenfalls darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz neue Gesuche der Beschwerdeführerin oder anderer Trägerschaften um Aufnahme auf die Spitalliste nur auf der Grundlage einer Planung beurteilen darf, die den gesetzlichen Anforderungen genügt. Denn das KVG ist seit dem 1. Januar 1996 in Kraft und laut Artikel 2 Absatz 2 der Inkraftsetzungsverordnung hätten die Kantone bis zum 1. Januar 1998 die Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung sowie die Listen gemäss Artikel 39 des Gesetzes erstellen sollen. Es ist damit schwer nachvollziehbar, weshalb im Kanton Bern im Psychiatriebereich immer noch keine KVG-konforme Spitalplanung vorliegt. In dem Zusammenhang geht auch der Einwand des Regierungsrates fehl, die Planung im Psychiatriebereich erweise sich als ein besonders schwieriges Unternehmen, waren doch andere Kantone durchaus in der Lage, in diesem Bereich eine KVG-konforme Planung durchzuführen. Der Bundesrat weist darauf hin, dass mittel- und langfristig die Zulassung von psychiatrischen Kliniken nicht mit dem Argument abgelehnt werden kann, es bestehe keine entsprechende Planung.

4. Gemäss Artikel 63 Absatz 1 VwVG auferlegt die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden. In Anbetracht der besonderen Umstände – es liegt keine gesetzeskonforme Planung vor, an der die Beschwerde hätte beurteilt werden können – sind der Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu erlassen.

...

---

<sup>17</sup> siehe Nr. KV 10 (1997) dieser Sammlung

# **Festsetzung der Pauschalen für Einwohnerinnen und Einwohner des Kantons Zürich in der allgemeinen Abteilung der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Zürich (stationäre Leistungen)**

KV 220 Entscheid des Bundesrates vom 19. Dezember 2001 in Sachen Verband Zürcher Krankenversicherer (VZKV) gegen Regierungsrat des Kantons Zürich

Vertragsloser Zustand

- Zuständigkeit der Kantonsregierung zur Regelung der Modalitäten der Umsetzung des gewählten Tarifmodells und – im Beschwerdefall – Zuständigkeit des Bundesrates zur Beurteilung dieser Modalitäten (Erw. II. 1.3.2)
- Massgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der auf die Spitalpauschalen anrechenbaren Kosten (Erw. II. 1.6.2)

Zulässigkeit eines Vorentscheides über Streitfragen, welche spruchreif sind und die Ausgangslage für den definitiven Entscheid klären können (Erw. II. 1.7)

Kognition des Bundesrates, wenn die Preisüberwachung im Beschwerdeverfahren einen Amtsbericht erstattet (Erw. II. 4.3)

Materielle Anforderungen an die Qualität der Rechnungsdaten der Spitäler (Erw. II. 6 und 9)

Wechsel vom bisherigen Tarifmodell mit Tages-Vollpauschalen zu einem Modell mit Teilpauschalen (Erw. II. 8)

Kostenneutralität beim Wechsel des Tarifmodells (Erw. II. 8.2.6 und II. 11.2)

Bestimmung der anrechenbaren Kosten (Bereinigungsfaktoren)

- Abzug der Kosten für Lehre und Forschung (Erw. II. 1.6.3 und II. 10.1)
- Abzug von Kosten aus Überkapazitäten und infolge Benchmarking (Erw. II. 10.2)
- Bildung von Gruppentaxen (Erw. II. 10.5)

System des Tiers garant und weitere materielle Schranken bei der Regelung der Modalitäten des PLT-Modells (Erw. II. 11)

Grad der Kostendeckung durch die Krankenversicherer (Erw. II. 13)



#### Absence de convention tarifaire

- Compétence du gouvernement cantonal pour régler les modalités d'application du modèle tarifaire choisi et compétence du Conseil fédéral – en cas de recours – pour juger de ces modalités (cons. II. 1.3.2)
- Moment décisif pour déterminer les coûts imputables aux forfaits hospitaliers (cons. II. 1.6.2)

Admissibilité d'une décision préalable sur des questions litigieuses qui sont déjà susceptibles d'être tranchées et qui peuvent clarifier la situation de départ en vue de la décision définitive (cons. II. 1.7)

Cognition du Conseil fédéral lorsque la surveillance des prix établit un rapport officiel dans la procédure de recours (cons. II. 4.3)

Exigences matérielles pour la qualité des données comptables des hôpitaux (cons. II. 6 et 9)

Changement de l'ancien modèle tarifaire comportant des forfaits journaliers complets pour passer à un modèle à forfaits partiels (cons. II. 8)

Neutralité des coûts en cas de changement du modèle tarifaire (cons. II. 8.2.6 et II.11.2)

#### Détermination des coûts imputables (facteurs de correction)

- Déductions des coûts de l'enseignement et de la recherche (cons. II.1.6.3 et II.10.1)
- Déduction des coûts provenant de surcapacités et consécutifs au benchmarking (cons. II.10.2)
- Fixation de taxes de groupes (cons. II.10.5)

Système du tiers garant et autres limites matérielles dans la réglementation des modalités du modèle PLT (Prozess-Leistungs-Tarifierung; cons. II.11)

Degré de la couverture des coûts par les assureurs-maladie (cons. II.13)

#### Assenza di convenzione tariffale

- Competenza del governo cantonale per regolamentare le modalità di applicazione del modello tariffale scelto e – in caso di ricorso – competenza del Consiglio federale per valutare queste modalità (cons. II. 1.3.2)
- Momento determinante per stabilire i costi imputabili agli importi forfetari ospedalieri

Ammissibilità di una decisione preliminare concernente controversie mature per una decisione e che possono chiarire la situazione iniziale per la decisione definitiva (cons. II. 1.7)

Cognizione del Consiglio federale quando la Sorveglianza dei prezzi redige un rapporto ufficiale durante la procedura di ricorso (cons. II. 4.3)

Requisiti materiali per la qualità dei dati contabili degli ospedali (cons. II. 6 e 9)

Passaggio dal modello tariffale attuale con importi forfetari giornalieri completi ad un modello con importi forfetari parziali (cons. II. 8)

Neutralità dei costi in caso di cambiamento di modello tariffale (cons. II. 8.2.6 e II. 11.2)

Determinazione dei costi fatturabili (fattori di correzione)

- Deduzione dei costi di formazione e di ricerca (cons. II. 1.6.3 e II. 10.1)
- Deduzione dei costi derivanti da sovracapacità e in seguito a benchmarking (cons. II. 10.2)
- Fissazione di tasse di gruppo (cons. II. 10.5)

Sistema del terzo garante e altri limiti materiali per quanto riguarda la regolamentazione delle modalità del modello PLT (Prozess-Leistungs-Tarifierung; cons. II. 11)

Grado di copertura dei costi da parte degli assicuratori-malattie (cons. II. 13)

**Anmerkung der Redaktion: Der Volltext dieses Entscheides ist ca. 56 Seiten lang. Er ist unter <http://www.bsv.admin.ch/publikat/> in RKUV 4/2002 (pdf-Datei) abrufbar.**

**Note de la rédaction: Le texte complet de cette décision compte environ 56 pages. Il peut être consulté sous <http://www.bsv.admin.ch/publikat/> dans le RAMA 4/2002 (Document-pdf).**

**Nota della redazione: Il testo integrale della presente decisione è di circa 56 pagine. e può essere consultato all'indirizzo <http://www.bsv.admin.ch/publikat/> nella RAMI 4/2002 (documento pdf).**

## **Tarif applicable dès le 1<sup>er</sup> janvier 1999 par les services neuchâtelois de soins à domicile pour les assureurs-maladie non signataires de la convention du 10 décembre 1998 et de son avenant n°1 (tarif SPITEX)**

KV 221 Décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2001 dans la cause opposant la Conférence suisse d'assureurs maladie et accidents (COSAMA) et consorts au Conseil d'Etat de la République et Canton de Neuchâtel

Le membre qui refuse d'adhérer à une convention tarifaire conclue par sa fédération n'est pas directement touché par la convention ni par la décision d'approbation en résultant prise par le gouvernement cantonal en application de l'article 46, 4<sup>e</sup> alinéa LAMal; partant, il n'a pas qualité pour recourir contre ladite décision (art. 48 PA; cons. II. 1.3; confirmation de la jurisprudence parue dans: RAMA 5/2001 371<sup>1</sup>).

Saisi d'un recours contre un tarif LAMal fixé par le gouvernement cantonal en application de l'article 47, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal pour des partenaires refusant d'adhérer à une convention conclue par leur fédération, le Conseil fédéral dispose en tout cas d'un pouvoir d'examen complet en fait comme en droit sur le litige, y compris sous l'angle de l'opportunité conformément à l'article 49 PA, dans la mesure où le tarif fixé diverge du tarif conventionnel. Les divergences peuvent non seulement porter sur le montant prévu par le tarif, mais également sur d'autres éléments matériels tels que les données utilisées pour le calcul du tarif (cons. II. 2.1 à 2.4).

Le gouvernement cantonal ne peut fixer le tarif conformément à l'article 47, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal que si les négociations entre les partenaires tarifaires ont effectivement échoué, ou s'ils ont au moins eu l'occasion de négocier un accord. En annonçant de son propre chef, au moment où il approuve une convention, le tarif qu'il entend fixer à titre définitif pour les partenaires qui n'entendraient pas y adhérer, le gouvernement cantonal rend de facto impossible la conclusion d'une autre convention entre les partenaires concernés. Pour éviter tout vide juridique suite à la non adhésion de certains partenaires, le gouvernement cantonal peut décider de mesures provisionnelles en conservant une attitude neutre, par exemple en déclarant applicable le tarif conventionnel ou en prolongeant l'ancien tarif (cons. II. 3.1).

Droit d'être entendu (art. 47, 1<sup>er</sup> al. LAMal; cons. II. 3.2).

Consultation du Surveillant des prix (art. 14 LSPr; cons. II. 3.3).

---

<sup>1</sup> voir n° KV 178 (2001) de ce recueil

Principes applicables à la tarification des prestations de soins à domicile (art. 43 LAMal; cons. II. 4.1 à 4.3).

Bases de calcul des coûts (art. 59a OAMal). L'existence de bases de calcul des coûts établies en commun entre les partenaires tarifaires et permettant de s'affranchir des tarifs-cadre figurant à l'article 9a, 1<sup>er</sup> alinéa OPAS est reconnue si, d'une part, les bases de calcul résultent d'un commun accord entre partenaires (condition formelle) et si, d'autre part, elles reposent sur un modèle permettant, tout à fait généralement, de mettre en évidence de manière exhaustive et transparente les coûts des prestations à la charge des assureurs-maladie et de déterminer des tarifs échelonnés selon la nature et la difficulté des prestations (condition matérielle). En l'espèce, ces conditions sont remplies (cons. II. 5.1 et 5.2).

Imputation des charges salariales du personnel de terrain et administratif (cons. II. 5.3.1 et 5.3.2).

Tous les coûts nécessairement induits par la fourniture des prestations de soins à domicile, qu'il s'agisse de coûts directs ou indirects, sont imputables dans le tarif à charge des assureurs-maladie. L'article 7, 3<sup>e</sup> alinéa OPAS, qui prévoit que les frais généraux d'infrastructure et d'exploitation des fournisseurs de prestations ne sont pas pris en compte dans le coût des prestations, n'introduit pas une exception permanente à ce principe. Cette disposition doit bien plutôt être comprise comme excluant du tarif des frais de ce genre ne relevant pas de l'assurance-maladie, dans la mesure où les organisations de soins à domicile dispensent à la fois des prestations LAMal et non LAMal. En l'espèce, tous les coûts englobés dans le tarif sont liés à la fourniture de prestations de soins à domicile, sauf quelques exceptions insignifiantes (cons. II. 5.3.3).

Facturation du matériel médical d'exploitation (cons. II. 5.3.4).

Les subventions allouées en application de l'article 101<sup>bis</sup> LAVS par la Confédération aux organisations Spitex au titre de l'aide à la vieillesse doivent être partiellement déduites du tarif à la charge de l'assurance-maladie, étant donné que les prestations fournies par ces organisations relèvent à la fois des soins à domicile et de l'aide à la vieillesse. Dans l'impossibilité d'établir quel est le poids des subventions versées aux organisations Spitex pour leurs activités LAMal et non LAMal, le Conseil fédéral confirme en l'espèce une déduction des subventions à hauteur de 80 % (cons. II. 5.3.5).

Le fait de ne pas fixer le tarif sur la base des coûts effectifs moyens des différentes prestations fournies, mais de modifier les résultats ainsi obtenus de manière à fixer un tarif dont l'échelonnement se rapproche de celui du tarif conventionnel, contrevient au principe de la transparence des coûts ancré dans la LAMal (cons. II. 5.5).

Aufgrund von Artikel 46 Absatz 2 KVG ist ein Verbandsmitglied, das es ablehnt, einem von seinem Verband unterzeichneten Tarifvertrag beizutreten, weder vom Tarif noch vom Genehmigungsbeschluss, den die Kantonsregierung fällt, direkt berührt; folglich besteht auch keine Beschwerdelegitimation (Art. 48 VwVG; Erw. II. 1.3; Bestätigung der Rechtsprechung in: RKUV 5/2001 371<sup>2</sup>).

Im Falle einer Beschwerde gegen einen KVG-Tarif, den die Kantonsregierung in Anwendung von Artikel 47 Absatz 1 KVG für Tarifpartner festsetzt, die dem von ihrem Verband abgeschlossenen Tarifvertrag nicht beitreten wollen, hat der Bundesrat in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung in jedem Fall volle Überprüfungsbefugnis und zwar einschliesslich in Bezug auf die Angemessenheit gemäss Artikel 49 VwVG, soweit der behördlich festgesetzte Tarif vom vertraglich vereinbarten Tarif abweicht. Streitgegenstand können ausser einem Tarifbetrag auch andere materielle Komponenten sein, wie etwa das für die Tarifberechnung verwendete Datenmaterial (Erw. II. 2.1 bis 2.4).

Die Kantonsregierung kann die Tarife erst dann nach Artikel 47 Absatz 1 KVG festsetzen, wenn die Verhandlungen zwischen den Tarifpartnern tatsächlich gescheitert sind oder wenn die Partner zumindest Gelegenheit hatten, eine Vereinbarung zu treffen. Wenn die Kantonsregierung im Zeitpunkt der Genehmigung des Tarifvertrages von sich aus den Tarif bekannt gibt, der definitiv für nichtbeitragswillige Partner gelten soll, verunmöglicht sie de facto den Abschluss eines anderen Vertrages zwischen den betroffenen Tarifpartnern. Damit bei einem Nichtbeitritt gewisser Partner kein rechtliches Vakuum entsteht, kann die Kantonsregierung provisorische Massnahmen treffen, indem sie eine neutrale Haltung einnimmt und beispielsweise den Vertragstarif als anwendbar erklärt oder die Geltungsdauer des bisherigen Tarifs verlängert (Erw. II. 3.1).

Anhörungsrecht (Art. 47 Abs. 1 KVG; Erw. II. 3.2).

Anhörung des Preisüberwachers (Art. 14 PüG; Erw. II. 3.3.).

Grundsätze für die Tarifierung von Krankenpflegeleistungen zu Hause (Art. 43 KVG; Erw. II. 4.1 bis 4.3).

Kostenberechnungsgrundlagen (Art. 59a KVV). Von den Tarifpartnern gemeinsam erarbeitete und für die Befreiung von den in Artikel 9a Absatz 1 KLV vorgesehenen Rahmentarifen zulässige Kostenberechnungsgrundlagen liegen dann vor, wenn sie die Tarifpartner gemeinsam vereinbart haben (formelle Voraussetzung) und sie auf einem Modell beruhen, das es ganz allgemein erlaubt, die Kosten zu Lasten der Krankenversicherung abschliessend und transparent aufzuzeigen und sie nach Art und Schwierigkeit der notwendigen Leis-

---

<sup>2</sup> voir n° KV 178 (2001) de ce recueil

tungen abzustufen (materielle Voraussetzung). In casu sind diese Voraussetzungen erfüllt (Erw. II. 5.1 und 5.2).

Anrechnung der Lohnkosten des Einsatz- und Administrativpersonals (Erw. II. 5.3.1 und 5.3.2).

Sämtliche durch die Erbringung von Pflegeleistungen zu Hause unmittelbar entstandenen direkten oder indirekten Kosten lassen sich dem Tarif zu Lasten der Krankenversicherung zurechnen. Artikel 7 Absatz 3 KLV, der vorsieht, dass allgemeine Infrastruktur- und Betriebskosten der Leistungserbringer bei der Ermittlung der Kosten der Leistungen nicht angerechnet werden, ist nicht als dauernde Ausnahme von diesem Grundsatz zu verstehen. Vielmehr sollen mit dieser Bestimmungen jene Leistungen vom Tarif ausgeschlossen werden, die nicht unter die Krankenversicherung fallen, insofern als die Organisationen der Krankenpflege zu Hause gleichzeitig Leistungen nach KVG und nicht-KVG-Leistungen anbieten. Vorliegend ergeben sich alle im Tarif enthaltenen Kosten aus der Erbringung von Pflegeleistungen zu Hause, mit Ausnahme einiger unbedeutender Einzelheiten (Erw. II. 5.3.3).

Abrechnung des medizinischen Betriebsmaterials (Erw. II. 5.3.4).

Die Beiträge zur Förderung der Altershilfe, die der Bund den Spitex-Organisationen gemäss Artikel 101<sup>bis</sup> gewährt, müssen zum Teil vom zu Lasten der Krankenversicherung verrechneten Tarif abgezogen werden, da die von diesen Organisationen erbrachten Leistungen gleichzeitig zum Spitex-Bereich und zur Altershilfe gehören. Da sich die Gewichtung der den Spitex-Organisationen für ihre KVG- und nicht KVG-Aktivitäten entrichteten Beiträge nicht eruieren lässt, bestätigt der Bundesrat im vorliegenden Fall einen Beitragsabzug von 80% (Erw. II. 5.3.5).

Die Tarife nicht aufgrund der effektiven Durchschnittskosten der verschiedenen erbrachten Leistungen festzusetzen, sondern die daraus hervorgehenden Ergebnisse so anzupassen, dass ein Tarif entsteht, dessen Abstufung in etwa jener des Vertragstarifs entspricht, läuft dem im KVG verankerten Grundsatz der Kostentransparenz zuwider (Erw. II. 5.5).

Il membro che rifiuta di aderire ad una convenzione tariffale conclusa dalla sua federazione non è toccato direttamente né dalla convenzione stessa né dalla relativa decisione di approvazione presa dal governo cantonale in applicazione dell'articolo 46 capoverso 4 LAMal; non ha pertanto diritto di ricorrere contro la decisione in questione (art. 48 PA; cons. II. 1.3; conferma della giurisprudenza apparsa sulla RAMI 5/2001 371<sup>3</sup>).

<sup>3</sup> voir n° KV 178 (2001) de ce recueil

Investito di un ricorso contro una tariffa LAMal fissata dal governo cantonale in applicazione dell'articolo 47 capoverso 1 LAMal per le parti che rifiutano di aderire ad una convenzione conclusa dalla loro federazione, il Consiglio federale dispone in ogni caso di un potere d'esame completo di fatto e di diritto sulla controversia, anche dal punto di vista dell'adeguatezza conformemente all'articolo 49 PA, nella misura in cui la tariffa fissata diverge da quella prevista dalla convenzione. Le divergenze possono vertere non solo sull'importo previsto dalla tariffa, ma anche su altri elementi materiali quali i dati utilizzati per il calcolo della medesima (cons. II. 2.1–2.4).

Il governo cantonale può fissare la tariffa conformemente all'articolo 47 capoverso 1 LAMal solo se le trattative tra le parti tariffali sono effettivamente fallite o se per lo meno vi è stata l'occasione di negoziare un accordo. Annunciando d'autorità, quando approva una convenzione, la tariffa che intende fissare definitivamente per le parti che non vogliono aderirvi, il governo cantonale rende de facto impossibile la conclusione di un'altra convenzione tra le parti interessate. Per evitare qualsiasi vuoto giuridico dovuto alla non adesione di alcune parti, il governo cantonale può decidere misure provvisorie mantenendo un'attitudine neutra, per esempio dichiarando applicabile la tariffa prevista dalla convenzione o prorogando la validità della vecchia tariffa (cons. II. 3.1).

Diritto di essere ascoltato (art. 47 cpv. 1 LAMal; cons. II. 3.2).

Parere del Sorvegliante dei prezzi (art. 14 LSP; cons. II. 3.3).

Principi applicabili alla tariffazione delle cure a domicilio (art. 43 LAMal; cons. II. 4.1–4.3).

Basi di calcolo dei costi (art. 59a OAMal). L'esistenza di basi di calcolo dei costi, stabilite d'intesa dalle parti tariffali, che permettano di affrancarsi dalle tariffe limite che figurano all'articolo 9a capoverso 1 OPre viene riconosciuta se le basi di calcolo risultano da un accordo comune tra le parti (condizione formale) e si basano su un modello di carattere del tutto generale che permette di mettere in evidenza in modo esaustivo e trasparente i costi delle prestazioni a carico degli assicuratori-malattie e di determinare tariffe graduate secondo la natura e la difficoltà delle prestazioni (condizione materiale). Nella fattispecie queste condizioni sono adempite (cons. II. 5.1 e 5.2).

Imputazione degli oneri salariali del personale sul campo e amministrativo (cons. II. 5.3.1 e 5.3.2).

Tutti i costi necessariamente indotti dalla fornitura di cure a domicilio, indipendentemente dal fatto che si tratti di costi diretti o indiretti, sono imputabili nella tariffa a carico degli assicuratori-malattie. L'articolo 7 capoverso 3 OPre, che prevede che le spese generali

d'infrastruttura e di gestione dei fornitori di prestazioni non debbano essere computate nel costo delle prestazioni, non introduce un'eccezione permanente a questo principio. Questa disposizione deve piuttosto essere compresa come volta ad escludere dalla tariffa le spese di questo genere che non fanno parte del campo d'attività dell'assicurazione malattia, nella misura in cui le organizzazioni di cure a domicilio forniscono sia prestazioni secondo la LAMal che prestazioni di altro tipo. Nella fattispecie tutti i costi inclusi nella tariffa sono legati alla fornitura di cure a domicilio, a parte qualche eccezione insignificante (cons. II. 5.3.3).

Fatturazione del materiale medico d'esercizio (cons. II. 5.3.4).

I sussidi assegnati in applicazione dell'articolo 101<sup>bis</sup> LAVS dalla Confederazione alle organizzazioni Spitex a titolo di aiuto alla vecchiaia devono essere parzialmente dedotti dalla tariffa a carico dell'assicurazione malattie, visto che le prestazioni fornite da queste organizzazioni rientrano sia nel campo delle cure a domicilio che in quello dell'aiuto alla vecchiaia. Non potendo stabilire un rapporto tra i sussidi versati alle organizzazioni Spitex per le loro prestazioni secondo la LAMal e quelli destinati ad altre prestazioni, il Consiglio federale conferma nella fattispecie una deduzione dei sussidi pari all'80% (cons. II. 5.3.5).

Il fatto di non fissare la tariffa sulla base dei costi medi effettivi delle diverse prestazioni fornite, ma di modificare i risultati così ottenuti in modo da fissare una tariffa la cui graduazione si avvicini a quella della tariffa convenzionale, contravviene al principio della trasparenza dei costi ancorato nella LAMal (cons. II. 5.5).

## I.

### *Condensé – Übersicht*

Le tarif des prestations de soins à domicile a fait l'objet d'une convention complétée par un avenant n° 1 conclue en date du 10. 12. 1998 entre, d'une part, la Fédération neuchâteloise des fondations d'aide et de soins à domicile (FF) et la Société neuchâteloise de médecine (SNM), et d'autre part, la Fédération neuchâteloise des assureurs-maladie (FNAM). Le Conseil d'Etat neuchâtelois a approuvé le régime conventionnel par deux arrêtés du 27. 1. 1999. Il a aussi fixé, par arrêté du 10. 2. 1999, le tarif applicable dès le 1. 1. 1999 pour les assureurs-maladie non signataires de la convention. L'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté précité prévoit les tarifs horaires suivants: fr. 97.- (évaluation et conseils), fr. 86.- (soins infirmiers), fr. 78.- (soins de base complexes) et fr. 48.- (soins de base simples).

Refusant d'adhérer au régime conventionnel, COSAMA et consorts ont recouru au Conseil fédéral en date du 5.3.1999 contre les trois arrêtés sus-



mentionnés, concluant à leur annulation et au renvoi de la cause au Conseil d'Etat pour nouvelle décision de fixation du tarif.

*Der Tarif für die Krankenpflege zu Hause war Gegenstand einer Vereinbarung sowie eines Zusatzes Nr. 1, abgeschlossen am 10. Dezember 1998 zwischen der Fédération neuchâteloise des fondations d'aide et de soins à domicile (FF) sowie der Société neuchâteloise de médecine (SNM) einerseits und der Fédération neuchâteloise des assureurs-maladie (FNAM) andererseits. Der Regierungsrat des Kantons Neuenburg hat die Vereinbarung mit zwei Beschlüssen vom 27. Januar 1999 genehmigt. Am 10. Februar 1999 hat er diesen Tarif ab 1. Januar 1999 auch für jene Krankenversicherer für anwendbar erklärt, die den Vertrag nicht unterzeichnet hatten. Artikel 1 des erwähnten Beschlusses sieht Stundenansätze von Fr. 97.- (Abklärung und Beratung), Fr. 86.- (Pflege durch Krankenschwester), Fr. 78.- (komplexe Grundpflege) und Fr. 48.- (einfache Grundpflege) vor.*

*Da sie die Vertrag nicht beigetreten sind, erheben COSAMA und Mitbeteiligte gegen die drei Beschlüsse Beschwerde beim Bundesrat und beantragen, diese seien aufzuheben und der Regierungsrat sei zum Erlass eines neuen Tarifes anzuweisen.*

## II.

Extraits des considérants:

...

1.3 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 digne de protection peut être de nature juridique ou constituer en un simple intérêt de fait; en tout état de cause, il doit être particulier, direct et actuel. La qualité pour recourir se détermine d'après des critères objectifs et présuppose un rapport spécial, étroit et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige. Le recourant doit également être touché par la décision de manière plus marquée que le public en général (sur ces différentes questions, voir ATF 123 II 376).

En l'espèce, les recourantes, qui n'ont pas adhéré à la convention neuchâteloise des soins à domicile du 10 décembre 1999, sont toutes des caisses-maladie qui doivent prendre en charge les coûts des prestations de soins à domicile dispensées dans le canton de Neuchâtel en faveur de leurs assurés. Dans la mesure où elles contestent le niveau de leur point de vue trop élevé des tarifs horaires fixés, elles sont directement touchées par l'arrêté du Conseil d'Etat du 10 février 1999 fixant le tarif applicable par les services de

soins à domicile pour les assureurs-maladie non signataires de la convention. Les recourantes sont dès lors légitimées à recourir contre l'arrêté précité.

Les recourantes ont également interjeté recours contre les deux arrêtés du Conseil d'Etat du 27 janvier 1999, l'un approuvant la convention du 10 décembre 1999 et l'autre approuvant l'avenant n°1 à ladite convention. Elles ont invoqué en cela la jurisprudence du Conseil fédéral, selon laquelle un fournisseur de prestations ou une caisse-maladie ne souhaitant pas adhérer à une convention tarifaire devait faire part de son désaccord à l'occasion de la procédure d'approbation de la convention par l'autorité cantonale (décision du 1<sup>er</sup> juillet 1998 en matière de tarif hospitalier jurassien, RAMA 5/1998 410<sup>4</sup>). En vertu de cette pratique, le partenaire en désaccord devait déjà recourir contre la décision d'approbation de la convention si l'autorité cantonale ne donnait pas suite à ses griefs, sans attendre la procédure de fixation du tarif; dans ces conditions, il est évident que la qualité pour recourir lui était reconnue nonobstant sa non adhésion à la convention. Cependant, il s'avère que le Conseil fédéral est revenu sur la jurisprudence précitée, jugeant que le partenaire tarifaire qui refuse d'adhérer à une convention n'est pas directement touché par la convention ni par la décision d'approbation en résultant (décision du 19 avril 2000 dans la cause X contre le Conseil d'Etat soleurois en matière d'approbation d'une convention tarifaire relative à la médecine complémentaire, cons. 3.2.3<sup>5</sup>). Partant, il n'a pas qualité pour recourir contre la décision d'approbation de la convention; il doit plutôt s'employer à négocier une autre convention et, en cas d'échec, demander au gouvernement cantonal de fixer le tarif. Seule la décision de fixation du tarif prise à ce moment par l'autorité cantonale touche directement le partenaire tarifaire, et fonde sa qualité pour agir.

Le Conseil fédéral confirme dans le cas d'espèce sa nouvelle jurisprudence. Les caisses recourantes, qui n'ont pas adhéré au régime conventionnel, ne sont pas directement touchées par les deux arrêtés du 27 janvier 1999 relatifs à l'approbation de la convention du 10 décembre 1999 et de son avenant n°1, et n'ont dès lors pas qualité pour recourir à leur encontre. Leur recours est donc irrecevable sur ce point. Toutefois, dans la mesure où les recourantes étaient en droit de se fier à l'ancienne jurisprudence invoquée, elles n'ont pas à subir les désavantages liés à l'irrecevabilité partielle du recours s'agissant notamment des frais de procédure. Quant à la possibilité matérielle qui leur est offerte de contester le tarif fixé par le Conseil d'Etat,

<sup>4</sup> voir n° KV 42 (1998) de ce recueil

<sup>5</sup> voir n° KV 178 (2001) de ce recueil

elle demeure intacte en raison du fait qu'elles ont recouru contre l'arrêté du 10 février 1999.

...

2. Le Conseil d'Etat a fixé le tarif querellé en tant qu'autorité cantonale de première instance. Il s'ensuit que le Conseil fédéral dispose en principe d'un pouvoir d'examen complet en fait comme en droit sur le litige, y compris sous l'angle de l'opportunité de la décision (art. 49 PA). Toutefois, saisi d'un recours contre un tarif, le Conseil fédéral peut restreindre son pouvoir d'examen lorsqu'il s'agit de permettre l'application du système de détermination du tarif prévu par la législation sur l'assurance-maladie obligatoire (RAMA 2/1999 169, cons. 3.<sup>6</sup>)

2.1 Le système de détermination des tarifs dans l'assurance-maladie obligatoire repose sur la primauté du principe de la liberté contractuelle, c'est-à-dire que les tarifs doivent en règle générale faire l'objet d'une convention entre fournisseurs de prestations et assureurs-maladie (art. 43, 4<sup>e</sup> al. LAMal); la convention tarifaire constitue ainsi l'instrument essentiel pour la fixation des tarifs dans l'assurance-maladie obligatoire. Ce n'est que si aucune convention ne peut être conclue entre les partenaires tarifaires malgré des négociations et des tentatives à cet effet, s'il n'existe aucune réglementation conventionnelle pour des cas précis ou si le renouvellement d'une convention tarifaire existante mais dénoncée échoue, que le législateur a prévu, à titre subsidiaire, la fixation du tarif par le gouvernement cantonal après avoir consulté les intéressés (art. 47, 1<sup>er</sup> al. LAMal; Message du Conseil fédéral concernant la révision de l'assurance-maladie, FF 1992 I 77, p. 161 ss.).

Aux termes de l'article 46, 2<sup>e</sup> alinéa, 1<sup>ère</sup> phrase LAMal, en cas de conclusion d'une convention tarifaire, «si la partie à une convention est une fédération, la convention ne lie les membres de la dite fédération que s'ils ont adhéré à la convention». Il est donc possible d'être membre d'une fédération, mais d'avoir conclu ou de conclure une autre convention tarifaire que celle liant la fédération. On a voulu ainsi éviter que les conventions conclues par les fédérations règlent de manière obligatoire et automatique les rapports tarifaires entre les membres de la fédération. Ce système renforce le principe de la liberté contractuelle, en donnant aux partenaires tarifaires la possibilité, là où cela est indiqué et efficace, de contribuer à la maîtrise des coûts grâce à l'harmonisation et à la coordination en adhérant à la convention conclue par leur fédération et, là où la différenciation et la concurren-

---

<sup>6</sup> voir n° KV 70 (1999) de ce recueil

ce se révèlent plus appropriées, de conclure une autre convention tarifaire que celle liant la fédération dont ils sont membres (FF 1992 I 160 ss.).

2.2 Lorsque les membres non adhérents à la convention signée par leur fédération n'ont pas pu conclure leur propre accord avec les autres partenaires tarifaires, ces membres et leurs assurés se retrouvent dans un régime sans convention qu'il faut à tout prix combler. La question se pose ici de savoir si des membres non adhérents peuvent renoncer à une convention en sachant que, par cette situation, ils créent un vide juridique et si oui, dans quelle mesure.

Selon la jurisprudence du Conseil fédéral (RAMA 5/1998 410, cons. 3.3<sup>7</sup>), les membres non adhérents, quand ils actionnent l'article 46, 2<sup>e</sup> alinéa LAMal, doivent se donner les moyens de respecter le mécanisme général de la loi basé sur la liberté contractuelle et tout mettre en œuvre pour conclure un accord tarifaire avant de reconnaître l'échec des négociations et de s'adresser au gouvernement cantonal. Ce n'est en effet que de cette façon que l'on pourra rendre compatible la situation particulière engendrée par l'article 46, 2<sup>e</sup> alinéa LAMal avec le système mis en place par la loi sur l'assurance-maladie. Toutefois, le Conseil fédéral est bien conscient que la tâche peut être difficile pour les membres non adhérents du moment que, dans certains cas, ceux-ci devront négocier avec les mêmes partenaires sociaux que leur fédération mais obtenir un tarif différent de celui conclu. Dès lors, il paraît nécessaire et conforme à la loi qu'en cas d'échec des négociations, les partenaires puissent s'adresser au gouvernement cantonal pour qu'il fixe un tarif conformément à l'article 47, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal (FF 1992 I 161). Il n'en demeure pas moins que, dans ce cas également, les membres non adhérents doivent non seulement motiver leur demande en arguant des éléments qui les poussent à ne pas adhérer à la convention signée par leur fédération, mais doivent aussi proposer des solutions constructives et substantielles pour l'élaboration d'un nouveau tarif (RAMA 2/1999 169, cons. 3.3<sup>8</sup>). Ce serait en effet contredire le système de la loi basé sur le principe de la liberté contractuelle que de s'opposer à une convention conclue par différents partenaires sociaux en principe soucieux de respecter les exigences de la loi sans apporter les raisons qui les forcent à s'en écarter et surtout sans participer par des propositions concrètes à la fixation d'un tarif contribuant à la maîtrise des coûts. Cette solution se justifie également du fait qu'elle permet l'application de l'article 46, 2<sup>e</sup> alinéa LAMal tout en évitant qu'il soit utilisé abusivement.

<sup>7</sup> voir n° KV 42 (1998) de ce recueil

<sup>8</sup> voir n° KV 70 (1999) de ce recueil

2.3 Les membres non adhérents qui ne se sont pas pliés à ces exigences doivent en supporter les conséquences, dans le sens où le gouvernement cantonal peut leur opposer le tarif de la convention conclue par leur fédération en le déclarant applicable ou en fixant un tarif correspondant (RAMA 2/1999 169, cons. 3.4<sup>9</sup>). Saisi d'un recours contre le tarif ainsi fixé, le Conseil fédéral ne saurait alors le réexaminer sous l'angle matériel sans risquer de mettre en péril le système tarifaire décrit ci-avant. Ce n'est que dans la mesure où le partenaire tarifaire non adhérent à la convention a formulé des propositions constructives et substantielles pour l'élaboration d'un nouveau tarif, et par rapport à ces éléments seulement, que le Conseil fédéral exerce un pouvoir d'examen complet.

Le gouvernement cantonal peut également fixer un tarif qui se distancie du tarif conventionnel. Dans une telle situation, il serait contraire au principe d'égalité d'admettre qu'une différence par rapport au tarif conventionnel puisse amener le Conseil fédéral à réexaminer de manière illimitée le tarif attaqué, alors que les membres non adhérents ont manqué à leurs obligations découlant du système conventionnel. C'est pourquoi, dans ce cas-là, le Conseil fédéral se limite à réexaminer librement les seuls points de divergence entre le tarif fixé par l'autorité et le tarif conventionnel. Cette solution se justifie parce que le réexamen matériel des divergences ne va pas à l'encontre du système tarifaire de la LAMal puisqu'elles ne s'inscrivent pas dans le cadre de la solution conventionnelle. Réfuter la possibilité d'un tel réexamen comporterait en outre un risque d'arbitraire, dans la mesure où la conformité des éléments de divergence avec les exigences du droit fédéral ne pourrait plus faire l'objet d'un contrôle matériel par l'autorité de recours. Lorsque le gouvernement cantonal fixe un tarif qui s'écarte complètement de la solution conventionnelle, l'autorité de recours doit pouvoir examiner sans restriction la conformité de ce tarif aux exigences de la LAMal, établi indépendamment de la solution négociée. Les divergences peuvent non seulement porter sur le montant prévu par le tarif, mais également sur d'autres éléments matériels tels que les données utilisées pour le calcul du tarif.

2.4 En l'espèce, il s'avère que le Conseil d'Etat n'a pas déclaré le tarif conventionnel applicable aux assureurs-maladie dissidents. Hormis une différence de tarif horaire de 1 à 2 francs entre le tarif fixé et le tarif conventionnel, le Conseil d'Etat déclare en effet que le tarif fixé se base certes sur le même modèle de calcul que celui utilisé par les partenaires à la convention, savoir sur un plan comptable identique, mais que les données retenues diffèrent dans la mesure où l'autorité cantonale a appliqué d'autres clés

---

<sup>9</sup> voir n° KV 70 (1999) de ce recueil

d'imputation à certains postes (voir les observations du Conseil d'Etat du 31 mars 1999, p. 2). Plus loin (p. 4), le Conseil d'Etat précise que, si le tarif conventionnel résulte d'un accord entre partenaires tarifaires, le tarif fixé tient compte des coûts réels en conformité avec les exigences de la LAMal et procède d'un autre calcul. Dans ces circonstances, et dans l'impossibilité d'établir dans quelle mesure les données retenues dans le cadre des négociations ayant abouti à la convention diffèrent ou convergent avec celles utilisées pour fixer le tarif, force est de constater que le Conseil d'Etat a fixé le tarif indépendamment du tarif conventionnel dont il se distancie dès lors complètement. Le Conseil fédéral jouit par conséquent d'un pouvoir d'examen complet sur le présent litige.

3. Les recourantes font valoir que le Conseil d'Etat n'aurait pas respecté les dispositions relatives au droit d'être entendu y compris s'agissant de l'obligation de motiver la décision, car il ne les aurait ni entendues, ni même informées des procédures d'approbation et de fixation du tarif en cours. Maintenues dans l'ignorance, elles n'auraient donc pas été en mesure d'exprimer leurs griefs à l'encontre de la convention et de formuler des propositions de tarif. Elles se disent également surprises par le fait que l'approbation de la convention ait suivi de près sa signature par les partenaires tarifaires. Le Conseil d'Etat rappelle que l'approbation de la convention a été annoncée plus de trois semaines après sa conclusion par les parties. Il rejette les griefs tirés du droit d'être entendu au motif que, dans son courrier du 19 janvier 1999, il a bien informé la FNAM de son intention, d'une part, d'approuver la convention 1999 et son avenant n° 1 lors de sa prochaine séance et, d'autre part, de fixer le tarif applicable aux non adhérents à la convention au début du mois de février. Les recourantes reprochent également au Conseil d'Etat de ne pas avoir entendu le Surveillant des prix.

3.1 Le Conseil fédéral relève en premier lieu qu'on ne saurait reprocher au Conseil d'Etat d'avoir approuvé la convention de manière précipitée. L'article 46, 4<sup>e</sup> alinéa LAMal ne mentionne aucun délai particulier pour ce faire, et il paraît même souhaitable que cette approbation intervienne dès que possible, ce dans l'intérêt de toutes les parties. Dès la signature de la convention, les partenaires tarifaires la soumettent au canton pour approbation, si bien que non seulement les fédérations concernées, mais également leurs membres, doivent s'attendre à l'approbation. En cas de décision positive du canton, les membres individuels d'une fédération ne sont pas directement visés par la procédure d'approbation comme telle, leur choix se limitant à adhérer ou non à la convention approuvée. Par ailleurs, les partenaires concernés par le présent litige n'en subissent aucun préjudice, dans la mesure où leur possibilité de contester le tarif fixé reste intacte et où leurs

propositions en matière de tarif formulées au cours de la présente procédure sont prises en compte par l'autorité de céans (voir cons. 3.2 ci-après).

Le problème qui se pose en l'espèce concerne bien plutôt l'enchaînement entre la procédure d'approbation et celle de fixation du tarif. Le courrier précité du Conseil d'Etat du 19 janvier 1999 mentionne les quatre tarifs horaires qu'il a l'intention de fixer pour les caisses-maladie dissidentes une fois que la convention sera approuvée, ce qui, de l'avis du Conseil fédéral, va à l'encontre du système tarifaire de la LAMal prévoyant la primauté du régime conventionnel. A ce stade de la procédure d'élaboration du tarif, les membres qui n'entendent pas adhérer à la convention conclue par leur fédération doivent encore, dans la mesure du possible, s'efforcer de trouver une autre solution conventionnelle avec leurs partenaires; le Conseil fédéral admet toutefois que cette tâche peut s'avérer très difficile, à tel point que les parties peuvent s'adresser directement au gouvernement cantonal pour qu'il fixe un tarif (RAMA 5/1998 410, cons. 3 et 3.3<sup>10</sup>). Mais dans un tel cas, le fait que ce soient bien les parties elles-mêmes qui requièrent la fixation du tarif permet en principe de conclure à l'échec des nouvelles négociations, soit qu'elles n'ont plus rien à en espérer ou qu'elles n'ont pas l'intention de les faire aboutir. L'intervention du gouvernement cantonal conformément à l'article 47, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal est ainsi pleinement justifiée.

En l'espèce, lors de sa communication du 19 janvier 1999, la seule certitude du Conseil d'Etat se rapportait au fait que certains assureurs-maladie n'allaient pas adhérer à la convention. A cette occasion, le Conseil d'Etat a matériellement «fixé» de manière préjudicielle, par courrier du 19 janvier 1999, le tarif applicable aux dissidents, sans disposer d'éléments suffisants pour croire que la voie des négociations était fermée. La fixation anticipée du tarif par le Conseil d'Etat a même privé de fait les partenaires de la possibilité de conclure une nouvelle convention, car ils ont perdu tout intérêt à négocier, soit que le tarif annoncé leur convenait, soit au contraire qu'il leur interdisait tout espoir d'obtenir un tarif conforme à leurs attentes. Il est à noter qu'au moment de l'annonce du futur tarif, on ne saurait reprocher aux intéressés de ne pas avoir entamé de nouvelles discussions, la procédure d'approbation de la convention n'ayant pas encore abouti.

Le gouvernement cantonal ne peut fixer le tarif que dans la situation visée à l'article 47, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal («si aucune convention tarifaire ne peut être conclue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs, [...]»), qui suppose, de l'avis du Conseil fédéral, que les partenaires tarifaires ont effectivement mené des négociations qui se sont soldées par un échec, ou que

---

<sup>10</sup> voir n° KV 42 (1998) de ce recueil

les partenaires ont au moins eu l'occasion de négocier. Il s'avère que cette condition n'est pas réalisée en l'espèce s'agissant des assureurs-maladie dissidents. Le Conseil d'Etat a en effet fixé formellement le tarif par arrêté du 10 février 1999, alors qu'aucune négociation n'avait pu se dérouler entre les fournisseurs de prestations et les caisses-maladie refusant la convention, et non sans priver, de par son action consistant à révéler de manière anticipée le tarif qui serait fixé, les partenaires de toute possibilité d'aboutir à un autre accord. En outre, le Conseil d'Etat a agi de sa propre initiative, ce qui n'est en soi nullement problématique, mais en l'absence d'une requête de fixation du tarif émanant des partenaires concernés dont il aurait pu déduire que les négociations étaient vouées à l'échec. La violation de ces règles formelles devrait en principe conduire à la cassation du tarif fixé et au renvoi de la cause auprès de l'instance inférieure pour nouvelle décision, après avoir donné aux partenaires tarifaires une nouvelle chance de s'entendre. Le Conseil fédéral est toutefois d'avis qu'un tel renvoi ne se justifie pas au regard du principe de l'économie de procédure. Les positions des parties se sont en effet durcies au cours du présent litige, au point que toute solution conventionnelle paraît définitivement exclue pour la période et les partenaires en cause.

Le Conseil fédéral remarque finalement qu'il est tout à fait souhaitable que le gouvernement cantonal veuille éviter tout vide juridique suite à la non adhésion de certains membres à la convention conclue par leur fédération. A cet effet, le gouvernement cantonal peut décider de mesures provisionnelles applicables jusqu'à la conclusion d'une nouvelle convention ou jusqu'à la fixation du tarif conformément à l'article 47, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal. Afin de ne pas nuire, comme exposé dans le présent considérant, à de nouvelles négociations, il sera bien inspiré de conserver une attitude aussi neutre que possible, par exemple en déclarant applicable le tarif conventionnel ou en prolongeant l'ancien tarif. Comme le tarif définitivement convenu ou fixé peut entrer en vigueur avec effet rétroactif, il n'en résulte aucune période de vide tarifaire.

3.2 Selon l'article 47, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal, le gouvernement cantonal fixe le tarif après avoir consulté les intéressés. Parmi ces intéressés figurent bien évidemment les caisses-maladie qui n'adhèrent pas à la convention signée par leur fédération, qui sont les destinataires directs du tarif fixé. En l'espèce, le Conseil d'Etat n'a pas directement consulté les recourantes; il a uniquement recueilli l'avis de la FNAM dans sa lettre du 19 janvier 1999.

Le gouvernement cantonal qui entend fixer le tarif applicable aux membres dissidents d'une fédération n'est pas toujours en mesure de les identi-



fier, ce qui ne va pas sans poser des problèmes pratiques relatifs au droit d'être entendu. Idéalement, le gouvernement cantonal devrait s'adresser à tous les membres qui n'ont pas encore adhéré à la convention ou procéder par voie de publication. Par souci de simplification et en raison du fait que la fédération est certainement mieux informée des intentions de ses membres, le Conseil fédéral estime que le gouvernement cantonal peut également s'adresser valablement aux membres dissidents par l'intermédiaire de leur fédération, à condition de prendre certaines précautions. Le gouvernement cantonal doit ainsi, d'une part, charger expressément la fédération de la transmission du tarif projeté aux membres susceptibles de refuser la convention et, d'autre part, vérifier que ladite transmission s'est déroulée à satisfaction, notamment sur la base des échos de la procédure de consultation. En cas de doute, il faut reprendre la procédure de consultation en s'adressant directement à tous les intéressés, voire en publiant le tarif envisagé.

En l'espèce, il est loin d'être certain que les membres dissidents ont effectivement eu l'occasion de donner leur avis dans le cadre de la consultation menée par le Conseil d'Etat. Dans son courrier du 19 janvier 1999 adressé à la FNAM, il ne mentionne nullement que la consultation concerne aussi et principalement les membres dissidents, auxquels elle devrait être transmise. Par ailleurs, la prise de position de la FNAM du 1<sup>er</sup> février 1999 ne reflète que sa propre opinion, sans que l'on puisse en déduire qu'une consultation ait eu lieu au niveau des membres concernés. La FNAM, qui n'est pas partie à la procédure de fixation du tarif, ne formule ainsi aucune objection à l'encontre du tarif projeté. En outre, aucune trace de la position des caisses-maladie dissidentes, pourtant en total désaccord avec le tarif proposé, ne figure dans le dossier. Convaincu que certaines caisses-maladie n'allaient pas adhérer à la convention, le Conseil d'Etat aurait dû pour le moins s'étonner de ne recevoir aucun avis de leur part. Enfin, en affirmant que le droit d'être entendu aurait été respecté parce que les recourantes étaient effectivement bien informées, en tant que membres de la FNAM, des éléments retenus lors de la négociation de la convention 1999, le Conseil d'Etat oublie qu'il s'est basé sur d'autres données et d'autres principes pour fixer le tarif querellé (voir cons. 2.4 ci-avant). Dans ces conditions, force est de constater que les recourantes n'ont pas été valablement consultées avant la fixation du tarif par le Conseil d'Etat.

Une violation du droit d'être entendu peut toutefois être réparée lors de la procédure de recours si le lésé peut faire valoir son point de vue auprès de l'autorité de recours, et pour autant que cette dernière dispose d'un pouvoir d'examen aussi étendu que l'instance inférieure (JAAC 61.30, cons. 3.1). Il appert que ces conditions sont remplies dans le cas présent. D'une

part, le Conseil fédéral dispose d'un pouvoir d'examen complet sur le litige qui lui est soumis (voir cons. 2.4 ci-avant). D'autre part, les recourantes ont pu exposer leur point de vue sur tous les éléments de fixation du tarif utilisés par l'autorité intimée dans le cadre de la procédure de recours. En relation avec l'impossibilité d'entamer des négociations exposée au considérant 3.1 ci-avant, la réparation de la violation du droit d'être entendu passe également par la prise en compte, par l'autorité de recours, des propositions de tarif que les recourantes n'ont pas eu l'occasion de présenter lors de la procédure par-devant le Conseil d'Etat. C'est ainsi que le Conseil fédéral prend en considération la requête des recourantes visant à l'application des tarifs-cadre de l'article 9a, 1<sup>er</sup> alinéa OPAS (courrier du 29 avril 1999), sans toutefois se prononcer sur la qualité de cette proposition (proposition effective de tarif ou grief conduisant pour des raisons purement juridiques à l'application de certains tarifs, caractère constructif d'une telle proposition), étant donné qu'elle doit de toute façon être examinée en tant que conséquence juridique liée à l'absence de bases communes de calcul invoquée par les recourantes (voir cons. 5.1 ci-après). Dans le cadre de leurs observations finales du 15 février 2000, les recourantes plaident enfin pour l'exclusion ou la réduction des charges imputées aux assureurs-maladie, qui aboutirait selon elles à un tarif horaire moyen de fr. 40.55 (ces griefs sont examinés aux cons. 5.3 ss. ci-après).

Quant à la violation de l'obligation de motiver ses décisions, le point de savoir si la brève motivation contenue dans le préambule de l'arrêté du Conseil d'Etat du 10 février 1999 suffit à remplir les exigences posées en la matière (voir ATF 126 I 97 cons. 2) peut rester indécis. Les motifs exposés par l'autorité de ceans se substituent en effet à ceux de l'autorité de première instance, si bien qu'un vice éventuel peut être considéré comme réparé (JAAC 52.60 cons. 6).

3.3 Selon l'article 14 de la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (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 un cartel ou une organisation analogue, elle prend au préalable l'avis du Surveillant des prix. Le Surveillant propose 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; voir ég. JAAC 56.45 et 56.44).

Par courrier du 21 janvier 1999, le Conseil d'Etat a bien consulté le Surveillant des prix avant d'approuver la convention 1999; ce dernier a toutefois renoncé à rendre une recommandation en raison de ses capacités en personnel limitées. Selon la jurisprudence du Conseil fédéral (RAMA 2/3 1998 161, cons. 4<sup>11</sup>), il y lieu d'admettre que l'autorité cantonale a satisfait à son obligation relative à l'approbation de la convention, étant donné que la loi ne fait pas obligation au Surveillant des prix de se prononcer sur chaque tarif qui lui est soumis.

En revanche, il est incontesté que le Conseil d'Etat a omis de recueillir l'avis du Surveillant des prix dans le cadre de la fixation du tarif applicable aux membres dissidents, ce qui est peu compréhensible du fait que le Conseil d'Etat avait déjà matériellement arrêté le tarif au moment où il a soumis le tarif conventionnel au Surveillant des prix (voir le courrier du 19 janvier 1999 adressé à la FNAM, soit deux jour avant la consultation du Surveillant des prix). Or, il se justifie pleinement de consulter la surveillance des prix tant lors de la procédure d'approbation de la convention qu'à l'occasion de la fixation du tarif, en particulier lorsque, comme en l'espèce, le tarif fixé diffère du tarif conventionnel. D'un autre côté, le Conseil fédéral entend toutefois relativiser l'atteinte à la loi sur la surveillance des prix, en raison du fait que la procédure de recommandation du Surveillant des prix quant au tarif applicable aux assureurs dissidents aurait très vraisemblablement connu le même sort que celle du tarif conventionnel. Cette forte probabilité se fonde sur deux éléments: d'une part, la différence quantitative entre les deux tarifs est très limitée (au maximum environ 2%), si bien que le tarif fixé ne saurait avoir attiré outre mesure l'attention du Surveillant des prix par rapport au tarif conventionnel, et d'autre part, la situation objective qui a conduit le Surveillant des prix à renoncer à formuler une recommandation quant au tarif conventionnel, savoir des capacités en personnel limitées, est évidemment restée la même étant entendu que la procédure de fixation du tarif s'est déroulée pratiquement en même temps que celle d'approbation de la convention. Dès lors, et en dépit du caractère formel de la consultation du Surveillant des prix, le Conseil fédéral est d'avis qu'une annulation du tarif attaqué pour ce motif serait disproportionnée dans les circonstances exceptionnelles du cas d'espèce.

3.4 A la suite des manquements aux règles de procédure constatés aux considérants ci-avant, il est rappelé au Conseil d'Etat que:

le gouvernement cantonal qui annonce prématurément, c'est-à-dire avant d'avoir constaté l'échec ou du moins la vanité des négociations, le ta-

---

<sup>11</sup> voir n° KV 27 (1998) de ce recueil

rif qui sera fixé pour les partenaires non adhérents à la convention rend de fait impossible toute nouvelle négociation, ce qui va à l'encontre du système tarifaire de la LAMal basé sur la primauté du régime conventionnel;

le gouvernement cantonal n'est habilité à fixer un tarif que si aucune convention tarifaire ne peut être conclue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs (art. 47, 1<sup>er</sup> al. LAMal); lorsqu'il fixe le tarif de sa propre initiative, cela suppose qu'il s'assure que des négociations ont effectivement eu lieu entre les partenaires tarifaires, mais sans résultat, ou que lesdits partenaires ont au moins eu l'occasion d'entamer des négociations;

les partenaires tarifaires dissidents doivent être entendus dans le cadre de la fixation du tarif conformément à l'article 47, 1<sup>er</sup> alinéa in fine LAMal;

les procédures d'approbation de la convention et de fixation du tarif sont formellement distinctes, si bien que le Surveillant des prix doit être consulté dans les deux cas.

4. Par arrêté du 10 février 1999, le Conseil d'Etat a fixé le tarif applicable par les services de soins à domicile pour les assureurs-maladie non signataires de la convention neuchâteloise des soins à domicile. L'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté prévoit quatre tarifs horaires applicables à différentes prestations, savoir fr. 97.00 pour l'évaluation et les conseils, fr. 86.00 pour les soins infirmiers, fr. 78.00 pour les soins de base complexes et fr. 48.00 pour les soins de base simples. L'article 2 fixe l'entrée en vigueur de l'arrêté au 1<sup>er</sup> janvier 1999 et indique la voie de recours, alors que l'article 3 mentionne l'autorité chargée de l'appliquer et traite de sa publication. Les recourantes demandent l'annulation de l'arrêté précité au motif que les tarifs fixés seraient trop élevés, ce que le Conseil fédéral entend maintenant examiner à la lumière des principes suivants.

4.1 L'article 43, 4<sup>e</sup> alinéa LAMal fait obligation aux assureurs et aux fournisseurs de prestations de veiller à ce que les conventions tarifaires soient fixées d'après les règles applicables en économie d'entreprise et structurées de manière appropriée. Conformément à l'article 43, 6<sup>e</sup> alinéa LAMal, les parties à la convention et les autorités doivent veiller à ce que les soins soient appropriés et leur qualité de haut niveau, tout en étant le plus avantageux possible. Enfin, en vertu de l'article 46, 4<sup>e</sup> alinéa LAMal, l'autorité d'approbation doit vérifier que la convention tarifaire est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie. L'autorité qui, comme en l'espèce, fixe le tarif en cas d'absence de convention tarifaire doit également appliquer ces principes (*Alfred Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel/Frankfurt am Main, 1996, p. 79*). L'autorité qui ap-

prouve ou adopte un tarif peut et doit se montrer sévère dans son examen, car il s'agit d'atteindre l'objectif visé par l'article 43, 6<sup>e</sup> alinéa (FF 1992 I 162).

La LAMal a notamment pour objectif la maîtrise des coûts dans l'assurance-maladie. Parallèlement, elle prévoit une extension du catalogue des prestations, ce qui peut paraître paradoxal en regard de l'objectif de maîtrise des coûts, mais relève d'une nécessité dans le cadre d'une assurance obligatoire, qui prévoit des primes en principe uniformes et doit donc garantir le même éventail de prestations à tous les assurés (FF 1992 I 114). A cet égard, le Conseil fédéral présente l'introduction des soins à domicile (ou Spitex) dans le catalogue des prestations comme une innovation, dans la mesure où, en plus des quelques soins à domicile déjà à la charge de l'assurance-maladie sous l'ancien droit, sont également comprises des prestations plus étendues, à la condition toutefois qu'elles soient prescrites par un médecin. L'article 7 OPAS reflète cette volonté du législateur, puisqu'il inclut dans les prestations à charge de l'assurance-maladie obligatoire, outre les examens et les soins, les instructions et les conseils, de même que les soins de base. Ne sont pas incluses en revanche les prestations d'aide familiale ou ménagère (FF 1992 I 134; *Maurer*, op. cit., note 157, p. 60 et note 169, p. 66).

L'article 43, 2<sup>e</sup> alinéa LAMal fait du tarif la base de calcul de la rémunération. Ce tarif peut notamment se fonder sur le temps consacré à la prestation (tarif au temps consacré, let. a), attribuer des points à chacune des prestations et fixer la valeur du point (tarif à la prestation, let. b), prévoir un mode de rémunération forfaitaire (tarif forfaitaire, let. c), ou, dans le sens d'une exclusion tarifaire (let. d), soumettre, à titre exceptionnel et en vue de garantir leur qualité, la rémunération de certaines prestations à des conditions supérieures à celles prévues par les articles 36 à 40, notamment à celles qui prévoient que les fournisseurs disposent de l'infrastructure, de la formation de base, de la formation postgraduée ou continue nécessaire.

4.2 Pour les conventions tarifaires avec les hôpitaux, la LAMal détermine la part des coûts imputables à la division commune d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics qui doit être prise en charge par l'assurance et exclut expressément de cette prise en charge certains frais d'exploitation (art. 49, 1<sup>er</sup> al. LAMal). En revanche, pour les prestations de soins à domicile, la LAMal ne prévoit pas de telles restrictions. Il y a donc lieu de partir du principe que les prestations Spitex nécessaires et prescrites par un médecin sont prises en charge dans leur totalité par les assureurs-maladie (RAMA 5/1998 394, cons. 8<sup>12</sup>; RAMA 4/1998 322, cons. 4.4<sup>13</sup>). Il s'ensuit

<sup>12</sup> voir n° KV 41 (1998) de ce recueil

<sup>13</sup> voir n° KV 38 (1998) de ce recueil

que le gouvernement cantonal qui fixe le tarif de prestations Spitex à charge des assureurs-maladie peut prendre en compte l'ensemble des coûts nécessaires pour dispenser les soins en question, dans le respect des principes ancrés dans la LAMal. Comme exposé au considérant 4.1 ci-avant, il doit veiller à ce que le tarif soit fixé selon les règles applicables en économie d'entreprise et structuré de manière appropriée. Il importe également de souligner que les montants que les organisations de soins à domicile obtiennent sous forme de subventions de l'assurance-vieillesse et survivants doivent être portés en déduction des tarifs supportés par les assureurs-maladie, dans la mesure où ces subventions sont aussi versées en relation avec des prestations prises en charge par l'assurance-maladie (RAMA 5/1998 394, cons. 15 s.<sup>14</sup>). Il s'agit en effet d'assurer la coordination entre assurances sociales et d'éviter la surindemnisation des fournisseurs de prestations, dans le respect de l'adéquation entre coûts supportés et prestations fournies.

L'article 59a OAMal prévoit que, lorsque les bases de calcul des coûts des prestations définies à l'article 7 OPAS, dispensées par des infirmiers ou des infirmières, des organisations de soins et d'aide à domicile ou des établissements médico-sociaux sont insuffisantes, le DFI peut édicter des tarifs-cadre applicables à ces prestations. Ces tarifs doivent garantir le caractère économique et l'adéquation du remboursement des prestations conformément à l'article 32 LAMal. Des tarifs-limites sont ainsi prévus à l'article 9a OPAS: selon le 1<sup>er</sup> alinéa de cette disposition, tant que les fournisseurs de prestations définis à l'article 7, 1<sup>er</sup> alinéa, lettres a et b ne disposent pas de bases de calcul des coûts des prestations établies en commun avec les assureurs, les tarifs-cadre par heure suivants ne peuvent être dépassés:

pour les prestations définies à l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa, lettre c, dans des situations simples et stables: 30–45 francs (let. a);

pour les prestations définies à l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa, lettre c, dans des situations complexes et instables, ainsi que pour les prestations définies à l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa, lettre b: 45–65 francs (let. b);

pour les prestations définies à l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa, lettre a: 50–70 francs (let. c).

4.3 La LAMal n'exige une comptabilité analytique que pour les hôpitaux et les établissements médico-sociaux (art. 49, al. 6 et 50 LAMal), si bien que les organisations de soins à domicile n'ont pas l'obligation de tenir une telle comptabilité. Il n'en reste par moins que le principe de la transparence des coûts, développé en matière de tarifs hospitaliers, s'applique également

<sup>14</sup> voir n° KV 41 (1998) de ce recueil

par analogie à la tarification des prestations de soins à domicile (RAMA 4/1998 322, cons. 5.3<sup>15</sup>). Les coûts sont établis de manière transparente lorsque la preuve des coûts effectivement supportés par les fournisseurs de prestations pour des prestations effectivement fournies est apportée. Ainsi, en application de ce principe, plus les tarifs se rapprochent de la cote maximale de couverture des coûts, plus les exigences quant à la preuve que ces coûts atteignent le montant prétendu doivent être grandes et la transparence desdits coûts par conséquent démontrée.

5. Les recourantes estiment que, dans le canton de Neuchâtel, les fournisseurs de prestations ne disposent pas de bases de calcul des coûts établies en commun avec les assureurs-maladie, ce qui devrait conduire à l'application des tarifs-cadre figurant à l'article 9a, 1<sup>er</sup> alinéa OPAS. Elles exigent en outre des fournisseurs de prestations qu'ils tiennent une comptabilité analytique.

5.1 Le Conseil fédéral reconnaît l'existence de bases de calcul des coûts établies en commun entre les partenaires tarifaires si les bases de calcul résultent d'un commun accord entre eux, d'une part (condition formelle). D'une part, elles doivent reposer sur un modèle permettant, tout à fait généralement, de mettre en évidence de manière exhaustive et transparente les coûts des prestations à la charge des assureurs-maladie; les bases de calcul doivent aussi permettre de déterminer des tarifs échelonnés selon la nature et la difficulté des prestations (condition matérielle). Ce n'est que si ces deux conditions sont remplies que le gouvernement cantonal peut fixer un tarif en dehors des limites des tarifs-cadre prévus à l'article 9a, 1<sup>er</sup> alinéa OPAS.

S'agissant de la première condition citée, la conclusion d'une convention entre une ou des organisations faitières de fournisseurs de prestations et une fédération d'assureurs-maladie permet de présumer l'existence d'un commun accord sur les bases de calcul, opposable à tous les assureurs-maladie y compris ceux qui n'adhèrent pas au régime conventionnel. Dans le cas contraire, ces derniers auraient en effet beau jeu de clamer leur désaccord pour bénéficier de tarifs-cadre à leur avantage, en dépit d'un large consensus sur les bases de calcul des coûts. Dans le cas d'espèce, il appert qu'à l'occasion de la conclusion de la convention 1999, un plan comptable a été établi et mis en œuvre d'un commun accord entre les organisations Spitex et les assureurs-maladie. La genèse de ce modèle comptable démontre clairement que tous les partenaires concernés, assureurs-maladie compris par l'intermédiaire de la FNAM, y ont été associés (voir prise de position de la FF du 14

---

<sup>15</sup> voir n° KV 38 (1998) de ce recueil

avril 1999, p. 3); quant à l'acceptation de ce modèle par les partenaires, elle ne fait aucun doute en raison de la signature de la convention 1999 et de l'adhésion de plusieurs caisses-maladie. Les recourantes admettent par ailleurs, dans leur prise de position du 15 février 2000 (p. 2), que des bases communes de calcul existent bel et bien dans le canton de Neuchâtel sous la forme du plan comptable précité. Un consensus général sur les bases de calcul des coûts des prestations de soins à domicile dans ce canton ne fait dès lors aucun doute.

5.2 De l'avis du Conseil fédéral, la validité matérielle des bases de calcul utilisées pour la fixation du tarif querellé ne fait aucun doute non plus. D'une part, le plan comptable permet de recenser de manière suffisamment précise et complète les coûts afférents aux prestations de l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa LAMal, et, d'autre part, il est à même de conduire au respect du principe de la transparence des coûts (voir cons. 4.3 ci-avant). Il permet également de réaliser l'échelonnement des tarifs selon la nature et la difficulté des prestations (art. 9, 3<sup>e</sup> al. OPAS).

Le plan comptable se fonde sur des données concrètes qui, considérées dans leur ensemble, sont complètes et prouvées. On peut déduire de la comptabilité présentée le total des coûts engendrés par le fonctionnement des organisations Spitex, ainsi que le nombre d'heures facturées pour les activités LAMal dispensées par le personnel (salaires et autres charges d'exploitation, sous déduction des produits), et donc ainsi déterminer les coûts des prestations de soins effectivement fournies à charge de l'assurance-maladie. Il est vrai que la répartition entre activités LAMal et non LAMal utilisée pour la tarification intervient proportionnellement à la quantité d'heures facturées pour ces deux activités, sans qu'il soit établi que les coûts sont également proportionnels à ce seul facteur. Le Conseil fédéral juge cependant qu'en l'espèce, on peut partir du principe que les coûts engendrés par les prestations LAMal correspondent à la proportion du nombre d'heures LAMal facturées aux assureurs-maladie s'agissant de prestations de soins à domicile, savoir 37% pour le SAF, 81% pour le SGMD et 100% pour le SID et le STOMA (voir pièce complémentaire n° 2 du Conseil d'Etat, datée du 15 mars 2000). Cela garantit en effet un niveau de transparence suffisant pour des prestations dont les coûts n'ont pas à être établis au moyen d'une comptabilité analytique. Il y a du reste lieu de rejeter ici les exigences posées par les recourantes, visant à l'établissement du tarif sur la base d'une véritable comptabilité analytique («Kostenrechnung») démontrant la justesse des coûts imputables, les organisations Spitex n'étant pas soumises à l'obligation de tenir une telle comptabilité ainsi que cela a été exposé au considérant 4.3 ci-avant.



Le plan comptable permet enfin de connaître la manière dont se répartissent les charges relatives aux prestations LAMal entre les différents types de prestations prévues à l'article 7 OPAS (évaluations et conseils, examens et soins, soins de base complexes et soins de base simples), ce afin d'échelonner les tarifs conformément à l'article 9, 3<sup>e</sup> alinéa OPAS (cf. la pièce complémentaire n° 2 du Conseil d'Etat, datée du 15 mars 2000). Le raisonnement relatif à la répartition entre prestations LAMal et prestations non LAMal exposé au paragraphe précédent s'applique également à cette répartition.

Il s'ensuit que le plan comptable utilisé par le Conseil d'Etat pour calculer le tarif applicable aux assureurs-maladie non adhérents à la convention a valeur de bases de calcul des coûts établies d'un commun accord entre partenaires tarifaires. L'article 9a, 1<sup>er</sup> alinéa OPAS ne s'applique donc pas, si bien que la tarification des prestations de soins à domicile peut intervenir en dehors des limites des tarifs-cadre prévus par cette disposition.

Le fait que le plan comptable utilisé permette de démontrer, avec un niveau de transparence suffisant, les coûts afférents aux prestations de soins à domicile, a également pour conséquence que les coûts peuvent être imputés dans leur intégralité aux assureurs-maladie. Le Conseil fédéral est ainsi d'avis qu'aucune réduction pour manque de transparence ne se justifie en l'espèce. L'autorité de céans formule toutefois une réserve quant à son appréciation du respect du principe de transparence s'agissant de la dernière étape de calcul du tarif décidé par le Conseil d'Etat, consistant dans le rapprochement avec les tarifs conventionnels (voir cons. 5.5 ci-après).

5.3 Il s'agit à présent d'examiner dans quelle mesure les différents coûts imputables retenus par le Conseil d'Etat sont conformes à la LAMal. Dans leurs observations du 15 février 2000, les recourantes s'en prennent aux postes comptables suivants:

Selon le budget 1998, 54,43% des heures effectuées par les organisations Spitex ne seraient pas prises en charge au titre de prestations LAMal. La clé d'imputation entre prestations LAMal et non LAMal retenue, savoir 80% voire 100% selon les prestations, devrait donc être revue pour parvenir à ce résultat, en fonction des différents fournisseurs de prestations (SAF: 30%; SID, SGMD et STOMA: 80%). Les clés d'imputation relatives à certains comptes d'exploitation sont également contestées (3160, 3260, 47, 49).

Certains comptes d'exploitation comprendraient des coûts que les assureurs-maladie n'auraient pas à prendre en charge selon l'article 7 OPAS (comptes 3170, 3190, 31987, 31988, 3270, 3290, 32987, 32988, 39, 4210, 4220, 4301, 4310, 4311, 4313, 4316, 44, 45, 46, 47 sauf 4705, 49 sauf 4900 et 4903).

Seuls les coûts liés à l'utilisation des moyens et appareils figurant à l'annexe 2 de l'OPAS par le personnel de soins devraient être comptabilisés (art. 20 OPAS). C'est pourquoi on ne pourrait les intégrer dans le coût horaire des soins, comme le compte d'exploitation 40 le prévoit.

Seul le tiers des coûts d'entretien des véhicules imputables (compte 4312) relèverait de la LAMal. C'est pourquoi, sur un total de 26,67% retenus par le Conseil d'Etat, seul le 10% de ces frais devrait être pris en compte.

les subventions versées par la Confédération selon les articles 101<sup>bis</sup> LAVS et 222 et 224 ss. RAVS devraient être pris en considération à hauteur de 100% et non de 80%, car les données comptables ne permettraient pas de vérifier si les subventions se rapportent à des prestations LAMal ou non LAMal.

5.3.1 S'agissant du premier point invoqué par les recourantes, il s'avère que les charges salariales du personnel d'aide familiale actif sur le terrain, savoir les responsables de placement, les aides familiales diplômées et les aides au foyer, s'élèvent à un total de 7 248 086 francs hors charges sociales dans le cadre du budget 1999 (comptes 3200, 3210 et 3220, voir plan comptable p. 3). D'une part, la clé d'imputation appliquée par le Conseil d'Etat à ces charges se monte à 80%, sur la base d'une étude menée conjointement par l'Association suisse des services d'aide et de soins à domicile (ASSASD) et le Concordat des assureurs-maladie suisse (CAMS, aujourd'hui santé-suisse) selon laquelle seule cette partie des charges profiterait effectivement aux patients et devrait entrer dans le calcul du tarif (voir documentation de presse du 1<sup>er</sup> décembre 1997 versée au dossier par l'autorité intimée). D'autre part, le nombre total d'heures facturées par le Service d'aide familiale (SAF), qui atteint un total de 155 612 dans le cadre du budget 1999, ne concerne pas uniquement les prestations LAMal. L'activité de ce service se répartit en effet entre l'aide au ménage (97 368 heures) et les soins de base simples visés à l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa lettre c OPAS (58 244 heures), seuls ces derniers étant à la charge des assureurs-maladie et effectivement englobés dans le calcul du tarif par le Conseil d'Etat. Le volume de travail correspondant aux soins de bases simples atteint ainsi le 37% du total. Le Conseil fédéral est d'avis qu'une telle répartition entre activités LAMal et non LAMal est parfaitement soutenable s'agissant d'un service d'aide familiale. Si l'on combine l'imputation partielle des charges salariales du personnel soignant (80%) avec le volume des prestations LAMal (37%), la part des coûts salariaux imputables aux assureurs-maladie descend à 29,6% du total. Cela correspond au point de vue des recourantes, selon lequel le taux d'imputation des charges salariales du SAF devrait atteindre 30%.

Le même constat s'impose pour les charges salariales liées aux prestations fournies par le personnel de terrain du Service des soins infirmiers à domicile (SID) et pour celles du Service de stomatothérapie (STOMA), figurant aux comptes 3100 (responsable d'équipe et de secteur), 3110 (infirmier) et 3120 (infirmier-assistant). Les charges salariales du SID s'élèvent à 3 075 552 francs, et celles du service de stomatothérapie à 325 500 francs, soit un total de 3 401 052 francs. Le taux d'imputation de 80 % appliqué par le Conseil d'Etat pour ces charges découle également de l'étude ASSASD-CAMS précitée. Quant aux prestations du Service de garde de malades à domicile (SGMD), il faut relever que, d'une part, les charges salariales du personnel de terrain pour un montant total de 317 000 francs sont également considérées à hauteur de 80 % pour le même motif (comptes 3100 et 3140: auxiliaire CRS), mais que, d'autre part, seul le 81 % des heures facturées concerne des prestations LAMal, le solde étant constitué de prestations de ménage à l'instar des prestations fournies par le SAF. Cette répartition semble tout à fait soutenable aux yeux du Conseil fédéral. L'imputation partielle des charges salariales combinée avec le volume des prestations LAMal fait là aussi descendre la part des coûts salariaux du personnel soignant du SGMD imputables aux assureurs-maladie à 64.8 % du total, soit 15 points de moins que requis par les recourantes.

Le Conseil fédéral rejette par conséquent les griefs formulés par les recourantes sur ces différents points. En particulier, le volume des prestations LAMal par rapport aux autres prestations résultant du plan comptable (SAF: 37 %, SGMD: 81 %, STOMA et SID: 100 %) n'a pas à être remis en cause. Les recourantes estiment à tort que le pourcentage d'heures consacrées à des prestations ne relevant pas de la LAMal par rapport au total des prestations ne se retrouverait pas dans les résultats de chaque service. Elles oublient que la pondération des activités du SAF, dont le taux d'heures LAMal est de loin le plus bas (37 %), est suffisamment lourde pour abaisser fortement la moyenne (155 612 de l'ensemble des heures facturées sur un total de 202 291 pour tous les services). Ainsi, dans le budget 1999, 101 298 heures sont facturées aux assureurs-maladie sur un total de 202 291, soit le 50 % environ (voir pièce complémentaire n° 2 du Conseil d'Etat, datée du 15 mars 2000).

5.3.2 En ce qui concerne le personnel d'administration, le taux d'imputation initial retenu pour les comptes 3160 et 3260 s'élève à 100 %, ce qui signifie que la totalité de leur temps d'activité est considérée comme productive et prise en compte. L'imputation intégrale de ces charges est admissible dans le cas d'espèce, étant entendu que l'on peut partir du principe que le personnel administratif déploie effectivement l'entier de son activité au

service du personnel de terrain. Afin de tenir compte des activités LAMal dudit personnel, ces charges sont, dans une deuxième phase, imputées proportionnellement au volume des prestations LAMal des différents services, savoir 37% pour le SAF, 81% pour le SGMD et 100% pour le STOMA et le SID (voir cons. 5.3.1 ci-avant). Le grief des recourantes visant une imputation de 80% de ces charges est ainsi rejeté.

5.3.3 Les recourantes sont d'avis que certains comptes d'exploitation comprennent des coûts qui ne devraient pas être assumés par les assureurs-maladie conformément à l'article 7, 3<sup>e</sup> alinéa OPAS. La version modifiée de cette disposition, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1998 et dès lors applicable à raison du temps au présent litige, a la teneur suivante: «les frais généraux d'infrastructure et d'exploitation des fournisseurs de prestations ne sont pas pris en compte dans le coût des prestations». Le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'intérieur (DFI) d'édicter cette disposition conformément à l'article 33, lettre b OAMal. L'ordonnance ne contenant aucune définition ou précision quant aux frais généraux d'infrastructure et d'exploitation concernés, il s'agit de circonscrire la portée de l'article 7, 3<sup>e</sup> alinéa OPAS et d'interpréter les notions qui y figurent, afin de pouvoir déterminer quels coûts pourraient éventuellement être exclus du tarif querellé.

D'après la doctrine et la jurisprudence, l'auteur d'une ordonnance est habilité à en contrôler la légalité et la constitutionnalité lorsqu'il est appelé à statuer sur recours. En effet, le respect de la hiérarchie des normes doit l'emporter, le cas échéant, sur la nécessité d'appliquer les dispositions réglementaires en vigueur (*P. Moor*, Droit administratif, Berne 1994, vol. I, p. 317; JAAC 60.88 et 59.72). En l'occurrence, le Conseil fédéral en tant qu'autorité de recours peut effectuer un tel contrôle sur les dispositions dont il est l'auteur, et à plus forte raison lorsqu'il a chargé un département d'édicter des dispositions réglementaires. Si la disposition est sujette à interprétation en raison de son texte peu clair, il faut en rechercher le sens notamment sur la base d'éléments historiques (travaux préparatoires), téléologiques (but visé par la disposition) ou encore systématiques (interprétation dans le contexte juridique général). En vertu du principe de la hiérarchie des normes, il importe également d'interpréter les normes de rang inférieur de manière à ce qu'elles respectent celles de rang supérieur. Il faut ainsi rechercher le sens d'une disposition figurant dans l'ordonnance administrative d'un département à la lumière des dispositions de la loi et de l'ordonnance d'exécution du Conseil fédéral, en veillant au respect de la norme de délégation. Ces différentes règles d'interprétation s'appliquent également aux normes instituant des exceptions, lesquelles ne sauraient faire l'objet d'une interprétation systématiquement restrictive (JAAC 58.22 cons. 2.2; sur les règles d'interprétations, voir *Moor*, op. cit., p. 142 ss.).

L'article 25, 1<sup>er</sup> alinéa LAMal prévoit que l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations servant à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles, parmi lesquelles figurent les prestations de soins à domicile (al. 2, let. a, ch. 3). Contrairement aux soins hospitaliers stationnaires régis par des règles particulières (art. 49 LAMal), les coûts des prestations de soins à domicile sont pris en charge dans leur totalité par les assureurs-maladie (voir cons. 4.2 ci-avant). Par ailleurs, même si la loi ne le prévoit pas expressément, la tarification des prestations à charge de l'assurance-maladie s'appuie sur le principe de la pleine couverture des coûts occasionnés par la fourniture des prestations (art. 49, 1<sup>er</sup> al. LAMal a contrario; RAMA 5/1998 394, cons. 8<sup>16</sup>; RAMA 4/1998 322, cons. 4.4<sup>17</sup>). A partir du moment où les coûts sont nécessairement induits par la fourniture des prestations, la loi n'institue pas différents types de coûts dont les uns seraient à la charge de l'assurance-maladie, et d'autres pas. C'est ainsi que tant les coûts directs des soins (par exemple le salaire du personnel soignant) que les coûts indirects y afférents (notamment le loyer, les frais de déplacement, d'investissement et d'exploitation, ainsi que les frais administratifs) sont imputables dans les tarifs dont connaît le Conseil fédéral, toujours sous réserve des tarifs de soins hospitaliers stationnaires (décision du 20 décembre 2000 en matière de tarif fribourgeois de physiothérapie, cons. 3.2 et 6; décision du 18 octobre 2000 en matière de tarif grison des sages-femmes, cons. 6; décision du 10 mai 2000 en matière de tarif schaffhousois de tomographie par résonance magnétique, cons. 7.1<sup>18</sup>; RAMA 5/1998 394, cons. 21<sup>19</sup>). Il n'en va pas autrement de la tarification des prestations de soins à domicile, où tous les coûts nécessaires à la fourniture des prestations sont imputables dans le tarif applicable aux assureurs-maladie.

Lors de la présentation de son projet de modification de l'OPAS, le DFI expose, à titre d'exemple, que les frais d'entretien des bâtiments et les frais de bureau sont visés par l'article 7, 3<sup>e</sup> alinéa OPAS. Il résulte toutefois de ce qui précède que cette disposition ne saurait introduire une exception permanente au principe de la couverture des charges engendrées par la fourniture des prestations LAMal. Cette disposition doit bien plutôt être comprise comme excluant du tarif à charge de l'assurance-maladie des frais généraux d'infrastructure et d'exploitation relatifs à des prestations ne relevant précisément pas de l'assurance-maladie, dans la mesure où les organisations de soins à domicile dispensent à la fois des prestations LAMal et non LAMal. Une éventuelle exclusion de certains coûts liés à la fourniture

<sup>16</sup> voir n° KV 41 (1998) de ce recueil

<sup>17</sup> voir n° KV 38 (1998) de ce recueil

<sup>18</sup> voir n° KV 177 (2001) de ce recueil

<sup>19</sup> voir n° KV 41 (1998) de ce recueil

re des prestations de soins à domicile à charge de l'assurance-maladie n'est en effet concevable que dans l'optique de la recommandation du Conseil fédéral du 17 septembre 1997, demandant aux collectivités publiques d'assumer, pour une période transitoire, les frais qui ne peuvent être mis à la charge de l'assurance-maladie aussi longtemps que la transparence des coûts à la base des tarifs LAMal n'est pas réalisée. Or dans le canton de Neuchâtel, le niveau de transparence des coûts s'avère suffisant. Outre la conformité de cette interprétation de l'article 7, 3<sup>e</sup> alinéa OPAS avec la LAMal et la jurisprudence du Conseil fédéral, elle se concilie avec la norme de délégation se limitant à charger le département de désigner les prestations visées à l'article 25, 2<sup>e</sup> alinéa LAMal (art. 33, let. b OAMal).

De l'avis du Conseil fédéral, les organisations Spitex ne pourraient assurer la fourniture des prestations de soins à domicile sans disposer d'une infrastructure technique et administrative appropriée. Il s'ensuit que les charges suivantes sont imputables au tarif LAMal: fournitures de matériel de bureau (compte 4700), imprimés (compte 4701), téléphone/conversations (compte 4710), concessions téléphoniques (compte 4711), frais de port et de CCP (compte 4712), frais informatiques (compte 4750) et autres frais d'administration (compte 4790). De même, les frais mentionnés aux comptes suivants se rapportent essentiellement aux coûts du personnel et aux déplacements, et sont comme tels liés à la fourniture des prestations de soins: 31 987 (médecine du personnel), 31988 (autres charges sociales), 32 987 (médecine du personnel), 32988 (autres charges sociales), 3900 (recrutement du personnel), 4422 (amortissement des véhicules), 4440 (location d'équipement, leasing), 4910 (taxes et cotisations), 4955 (indemnités de déplacement du personnel infirmier), 4956 (indemnité de déplacement du personnel d'aide), 4957 (indemnité de déplacement d'autre personnel). Les frais d'entretien et de réparation du parc automobile (compte 4312) à la charge des assureurs-maladie ne saurait être imputés que partiellement au tarif, au motif qu'ils constitueraient des plus-values comme le prétendent les recourantes, et ce en raison de la forte et rapide dépréciation généralement admise pour des véhicules automobiles. De surcroît, le peu d'importance des montants en cause (total de 34 100 francs), comprenant même les frais d'essence, démontre qu'il s'agit là de l'entretien courant des véhicules, ne leur conférant aucune plus-value. Les frais d'évacuation des déchets (compte 4800) sont quant à eux imputables dans la mesure où ils concernent un service dont l'activité est exclusivement constituée de prestations de soins (SID); on peut donc partir du principe qu'il s'agit de frais d'évacuation de matériel médical usagé. Comme exposé au considérant 5.2 ci-avant, ces différentes charges sont imputées au prorata de la quantité d'heures facturées à charge

de l'assurance-maladie, ce qui permet d'exclure la part des coûts liée aux prestations ne relevant pas de la LAMal.

En revanche, il est vrai que, d'une part, certaines charges ne peuvent être considérées comme des coûts indirects des prestations de soins et que, d'autre part, la qualification de certains postes budgétisés est trop vague pour en conclure qu'il s'agit bien de prestations à charge de l'assurance-maladie. Pour ces motifs, les articles ménagers (compte 4210), les produits de nettoyage (compte 4220), les journaux et la documentation (compte 4720), ainsi que les divers (compte 3990), les autres débours (compte 4959) et les autres charges d'exploitation (compte 4990) ne peuvent être mis comme tels à la charge des assureurs-maladie. Toutefois, le Conseil fédéral juge qu'en l'espèce, il serait contraire au principe de proportionnalité de casser le tarif querellé pour cette raison et d'exiger une nouvelle décision du Conseil d'Etat, étant donné que l'exclusion de ces charges n'aurait aucun impact perceptible sur les tarifs horaires en raison du peu d'importance des montants en jeu. Le total des charges précitées se monte en effet à fr. 21 870 (fr. 1900, compte 4210; fr. 2800, compte 4220; fr. 5870, compte 4720; fr. 100, compte 3990; fr. 5300, compte 4959; fr. 5900, compte 4990), dont seule la fraction correspondante aux heures LAMal facturées devrait être déduite du tarif querellé. Au regard du total des charges imputables (fr. 6 343 787.-), la déduction à opérer conduirait à une diminution de tarif insignifiante comprise entre zéro et 0,03%.

Enfin, les griefs des recourantes à l'encontre des postes budgétisés ci-après sont sans fondement, parce qu'ils n'ont pas conduit à une quelconque imputation au tarif LAMal. Il s'agit des comptes 3170, 3190, 3270, 3290, 3905, 4301, 4310, 4311, 4313, 4316, 45, 46, 4901, 4902 et 4999.

5.3.4 Les recourantes contestent une prétendue refacturation aux caisses-maladie du matériel médical d'exploitation (comptes 40). Le Conseil fédéral constate tout d'abord que ce grief n'est pas fondé pour le matériel de pansement utilisé par le service de stomatothérapie (compte 4010), le montant correspondant de 370 500 francs n'étant pas porté en compte dans le tarif LAMal; cette constatation concerne également les recettes à hauteur de 582 000 francs qui y sont liées (compte 6580).

Selon l'article 20 OPAS, les moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques pris en charge par l'assurance-maladie font l'objet d'une liste figurant en annexe 2 de l'OPAS (liste des moyens et appareils, LiMA). L'article 24 OPAS prévoit leur remboursement par l'assurance-maladie jusqu'à concurrence du montant qui figure également sur la liste; lorsque le fournisseur de prestation facture un produit à un prix plus élevé, la différence ne

peut être mise à la charge de l'assurance. Les coûts des moyens et appareils peuvent être soit facturés à part aux caisses-maladie, soit englobés dans le tarif LAMal des prestations de soins à domicile dans le respect des prix de la liste; il est évidemment interdit aux fournisseurs de prestations de procéder à une double facturation. L'en-tête du chiffre 34 LiMA, relatif au matériel de pansement qui constitue l'essentiel du matériel médical d'exploitation dont est question en l'espèce (compte 4010), précise dans ce sens que le matériel de pansement ne peut être facturé aux caisses-maladie que s'il n'est pas compris dans le tarif des prestations médicales.

Le matériel de pansement utilisé par le SID (compte 4010, pour un montant de 73 300 francs), ainsi que le matériel médical à refacturer et les instruments et ustensiles (comptes 4011 et 4020, pour un montant total de 12 800 francs) ont été comptabilisés à hauteur de 100 % dans le tarif LAMal. L'intégration de ces frais au tarif de soins est parfaitement admissible en tant qu'il s'agit de produits nécessaires à la fourniture des soins. On rappellera dans ce contexte que la LiMA concerne les moyens et appareils remis directement au patient et utilisés par celui-ci. Le matériel utilisé par les fournisseurs de prestations doit quant à lui être compris dans le tarif afférent aux soins qu'ils prodiguent. Il appert d'abord que le matériel médical pris en compte dans le tarif fixé par le Conseil d'Etat relève bien de l'assurance-maladie, étant donné que le produit de la refacturation (en principe aux assurés) des fournitures médicales non LAMal a été porté au crédit des organisations Spitex pour un montant de 12 700 francs (compte 6580). Ensuite, le Conseil fédéral ne voit aucune raison pour mettre en doute l'affirmation de l'autorité intimée quant à l'absence de refacturation du matériel médical, aucune recette correspondante ne figurant dans la comptabilité. Dans l'éventualité non vérifiée en l'espèce où certains fournisseurs de prestations devaient directement refacturer des fournitures médicales aux assurés, respectivement aux assureurs-maladie, il appartient à ces derniers d'effectuer les vérifications nécessaires et, le cas échéant, de refuser leurs remboursements. Enfin, tout porte à croire que les fournitures médicales facturées par les fournisseurs de prestations correspondent aux prix prévus dans la LiMA. Alors que les assureurs-maladie sont en mesure d'effectuer les vérifications nécessaires à l'occasion de la facturation du matériel par les organisations Spitex, les recourantes n'ont formulé aucun grief quant aux prix pratiqués dans le cadre de la présente procédure.

5.3.5 Les recourantes demandent que soient déduites du tarif LAMal les subventions versées par la Confédération aux organisations Spitex en application des articles 101<sup>bis</sup> LAVS et 222 et 224 ss. RAVS. Il ressort du compte 6960 que lesdites subventions ont été déduites du tarif en tant que revenus



des organisations Spitex à hauteur de 80 % du total, pour les montants suivants: 1 952 924.80 francs pour le SAF, 831 168 francs pour le SID, 41 600 francs pour le SGMD et 79 600 francs pour le STOMA.

L'article 78, 2<sup>e</sup> alinéa LAMal fait obligation au Conseil fédéral de veiller à ce que les prestations de l'assurance-maladie sociales ou leur concours avec celles d'autres assurances sociales ne conduisent pas à la surindemnisation des assurés ou des fournisseurs de prestations, notamment en cas d'hospitalisation. Seules les prestations de même nature et visant un même but sont prises en considération pour le calcul de la surindemnisation (art. 122, 1<sup>er</sup> al. OAMal); il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations respectives des assurances sociales excèdent, pour une même atteinte à la santé, les frais de soins supportés par l'assuré et d'autres frais non couverts dus à la maladie (art. 122, 2<sup>e</sup> al. let. b OAMal). En cas de surindemnisation, les prestations correspondantes de l'assurance-maladie sont réduites du montant de la surindemnisation (art. 122, 3<sup>e</sup> al. OAMal). Au niveau du calcul des tarifs LAMal, cela a pour conséquence que les montants concernés doivent être portés en déduction de ceux-ci, afin d'éliminer tout risque de surindemnisation des fournisseurs de prestations. Il s'agit également de respecter l'article 43, 4<sup>e</sup> al. LAMal, selon lequel les conventions tarifaires et, par analogie, les tarifs fixés par le gouvernement cantonal doivent être fixés d'après les règles applicables en économie d'entreprise. Les tarifs LAMal doivent ainsi obéir au principe de la vérité des coûts, en prenant en compte tant les frais supportés par les fournisseurs de prestations que les éventuels revenus retirés en relation avec leurs activités.

Selon l'article 101<sup>bis</sup> LAVS, l'assurance peut, à titre de participation aux frais de personnel et d'organisation, allouer des subventions aux institutions privées reconnues d'utilité publique pour l'exécution d'un certain nombre de tâches en faveur des personnes âgées. Parmi ces tâches figurent notamment: conseiller, assister et occuper les personnes âgées (1<sup>er</sup> al., let. a), faire bénéficier ces personnes de services tels qu'aide ménagère, assistance pour les soins corporels et services de repas (1<sup>er</sup> al., let. c), ainsi que former et perfectionner le personnel enseignant, spécialisé et auxiliaire (1<sup>er</sup> al., let. d). Selon l'article 222, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre a RAVS, ont droit aux subventions les institutions privées reconnues d'intérêt public qui se consacrent entièrement ou dans une large mesure à l'aide à la vieillesse. Ces subventions sont accordées sur les salaires et les charges sociales des spécialistes qui conseillent les personnes âgées et leurs proches, ainsi que le personnel chargé en milieu ouvert d'aider les personnes âgées à accomplir les actes ordinaires de la vie; elles sont également accordées au personnel chargé des tâches de secrétariat en rapport avec l'aide à la vieillesse (art. 223,

1<sup>er</sup> al., let. a et b RAVS). Elles s'élevaient au plus à quatre cinquièmes des frais pouvant être pris en compte pour les activités décrites à l'article 223, 1<sup>er</sup> alinéa, les dépenses ne servant qu'en partie aux fins visées par cette disposition étant prise en considération dans une juste proportion (art. 224, 1<sup>er</sup> et 4<sup>e</sup> al. RAVS).

Comme le Conseil fédéral l'a remarqué dans la décision citée par les recourantes (RAMA 5/1998 394, cons. 15), la frontière entre les prestations de l'article 7 OPAS et l'aide aux personnes âgées dans l'accomplissement des actes ordinaires de la vie selon l'article 223, 1<sup>er</sup> alinéa RAVS est fluctuante. Il est toutefois certain que les prestations fournies par les organisations Spitex relèvent à la fois des soins à domicile et de l'aide à la vieillesse, et se recoupent ainsi partiellement. Dans la mesure où ces organisations reçoivent des subventions au titre de l'aide à la vieillesse pour des prestations relevant également de la LAMal, et même si la loi n'y confère pas un droit, lesdites subventions n'en constituent pas moins pour les organisations qui en bénéficient un revenu fixe effectif, qui ne saurait être ignoré dans le calcul des tarifs LAMal et qui, par conséquent, doit être porté en déduction de ceux-ci (cf. ég. la décision du Conseil fédéral du 27 avril 1998 en matière de tarif Spitex zurichois, cons. 5 ss.). Dans la décision précitée, le Conseil fédéral a confirmé une réduction de 23.5 % du tarif Spitex opérée par le gouvernement cantonal afin de tenir compte des subventions versées aux organisations de soins à domicile en application de l'article 101<sup>bis</sup> LAVS (cons. 7b).

Alors qu'en l'espèce, les recourantes requièrent une déduction intégrale des subventions, le Conseil d'Etat considère qu'une déduction proportionnelle aux différents taux d'imputation retenus pour les charges salariales se justifierait, savoir une déduction de 82 % en tenant compte de la pondération du personnel, en lieu et place de la déduction linéaire de 80 % opérée lors de la fixation du tarif (prise de position du 29 mars 2000, p. 5). De l'avis du Conseil fédéral, le fait que certaines des tâches pour lesquelles les organisations Spitex reçoivent des subventions soient distinctes des prestations mentionnées à l'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa OPAS et ne constituent pas au demeurant des prestations à charge de l'assurance-maladie interdit d'emblée une prise en compte complète des subventions dont est question dans le tarif LAMal. Parmi ces tâches figurent ainsi l'occupation des personnes âgées, l'aide ménagère au sens strict qui leur est apportée et la formation et le perfectionnement du personnel enseignant, spécialisé et auxiliaire. En revanche, les autres tâches mentionnées à l'article 101<sup>bis</sup> LAVS sont susceptibles de se recouper avec les prestations à charge de la LAMal figurant à l'article 7 OPAS, à savoir conseiller et assister les personnes âgées, et les faire bénéficier d'une assistance pour les soins corporels et les services de re-

pas. En fonction du mandat médical, lesdites prestations peuvent en effet relever ou non de la LAMal selon les cas.

En l'espèce, on se trouve dans l'impossibilité d'établir pour le tarif querrellé, c'est-à-dire de manière générale et abstraite, quel est le poids des subventions versées aux organisations Spitex pour leurs activités LAMal et respectivement non LAMal. Tout en soulignant que son appréciation se fonde sur l'état actuel de ses connaissances, le Conseil fédéral juge que la déduction des subventions à hauteur de 80 % telle qu'effectuée par le Conseil d'Etat permet de s'assurer avec une marge de sécurité suffisante que les assureurs-maladie n'ont pas à supporter des coûts afférents à des prestations déjà indemnisées par le biais desdites subventions. Le risque de surindemnisation des fournisseurs de prestations est ainsi écarté. Il s'ensuit que le grief des recourantes sur ce point est rejeté.

5.4 Les recourantes invoquent l'absence d'informations quant à la structure des salaires, ce qui interdirait tout contrôle sur l'éventuelle présence de personnel surqualifié. Il s'agit là d'une mise en cause du caractère économique des prestations, qui seraient dispensées par du personnel trop coûteux par rapport aux exigences de leur activité. Le Conseil fédéral considère cette allégation comme infondée et se satisfait pleinement des explications avancées par le Conseil d'Etat quant à la structure du personnel (prise de position du 29 mars 2000, p. 5; pièce complémentaire n° 1 du Conseil d'Etat datée du 15 mars 2000). Aucun élément du dossier ne permet par ailleurs de conclure à la présence de personnel surqualifié.

Quant à l'absence de déduction des frais de formation continue avancée par les recourantes, il s'avère que ces frais sont en réalité compris dans la part de 20 % des charges salariales qui ne sont pas imputées dans le tarif (voir cons. 5.3.1 ci-avant, ainsi que l'étude ASSASD-CAMS, p. 1 in fine).

5.5 Il résulte de ce qui précède que tant la déduction des revenus des organisations Spitex que l'imputation des charges au tarif querrellé sont conformes à la LAMal, sous réserve des charges mentionnées au considérant 5.3.3 ci-avant (articles ménagers, produits de nettoyage, journaux et documentation, divers, autres débours et autres charges d'exploitation) mais qu'il n'y a pas lieu d'exclure dans le cas d'espèce. Les charges reportées ont permis de calculer les «coûts par prestations – budget 1999», en tenant compte de la nature des charges, ventilées selon les heures pondérées ou les heures effectives, ainsi que des activités des services impliqués (cf. les explications figurant dans la prise de position du Conseil d'Etat du 29 mars 2000, p. 7 et 8). Sur cette base, le coût moyen par prestation se monte à fr. 100.70 (évaluation et conseils), fr. 93.03 (soins infirmiers), fr. 84.33 (soins de base

complexes) et fr. 44.38 (soins de base simples), pour un coût horaire moyen de fr. 61.99 toutes prestations confondues.

Jugeant ces résultats trop éloignés des tarifs horaires conventionnels, le Conseil d'Etat a décidé de fixer des tarifs qui s'en rapprochent (pour rappel et dans le même ordre des prestations: fr. 97, fr. 86, fr. 78 et fr. 48), tout en respectant le coût horaire moyen de l'ensemble des prestations (fr. 62.01). Le Conseil fédéral considère que cette dernière opération contrevient à la LAMal, le principe de transparence des coûts n'étant ainsi pas appliqué à l'échelonnement des tarifs en fonction de la nature et de la difficulté des prestations (art. 9, 3<sup>e</sup> al. OPAS). L'alignement des tarifs fixés sur les tarifs conventionnels ne repose en effet sur aucune justification comptable ou liée à la fourniture des prestations, ce qui revient à déformer un résultat conforme à la vérité des coûts (tarifs basés sur les coûts effectifs des différentes prestations fournies). De plus, des coûts trop élevés risquent d'être mis à la charge des assureurs-maladie en raison de ce procédé, nonobstant le respect du coût horaire moyen. La rémunération globale versée par les assureurs-maladie aux organisations Spitex dépend en particulier de la répartition entre les types de prestations correspondant à des tarifs horaires différents. Si, par hypothèse, la proportion des prestations de soins de base simples, qui sont les seuls à voir leur niveau augmenter lors de cette opération, prend encore plus d'importance que dans le cadre du budget 1999 ayant servi de base au tarif, la charge globale supportée par l'assurance-maladie va s'alourdir sans que les fournisseurs de prestations n'aient à assumer des frais plus élevés. Ce risque de surindemnisation des fournisseurs de prestations est d'autant plus grand que les soins de base simples accusent un supplément tarifaire horaire élevé (fr. 3.62, soit 8.15%), et que le volume de prestations est de loin le plus important (64 971 heures facturées sur un total de 101 298, voir la pièce complémentaire n° 1 du Conseil d'Etat datée du 15 mars 2000). Le Conseil d'Etat ne s'est par ailleurs livré à aucun examen fondé quant à l'évolution de la proportion des différentes prestations durant la période d'application du tarif et aux effets provoqués sur les charges supportées par l'assurance-maladie, qui aurait éventuellement pu justifier une telle adaptation des tarifs. Il est à noter que le risque inverse à celui qui vient d'être exposé peut également se réaliser en cas d'augmentation de la part des prestations dont le prix a été abaissé par le Conseil d'Etat, ce qui conduirait à une insuffisance de financement des organisations Spitex.

En tant qu'il est recevable, le recours est donc pour ce motif partiellement admis par rapport aux conclusions formulées par les recourantes dans leur mémoire du 5 mars 1999 et précisées dans leurs envois ultérieurs (proposition du 29 avril 1999 demandant l'application des tarifs-cadre de l'art. 9a

OPAS et observations du 15 février 2000 conduisant à un tarif horaire moyen de fr. 40.55). Le Conseil fédéral prononce l'annulation de l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 10 février 1999 fixant le tarif applicable par les services de soins à domicile pour les assureurs-maladie non signataires de la convention neuchâteloise des soins à domicile. Il n'y a pas lieu de renvoyer la cause au Conseil d'Etat pour nouvelle décision, l'autorité de céans étant en mesure de fixer elle-même le tarif applicable par voie de réforme (art. 61, 1<sup>er</sup> al. PA). Le Conseil fédéral arrête les quatre tarifs horaires suivants, correspondant aux coûts moyens par prestation tels qu'établis par l'instance inférieure et arrondis à 5 centimes:

- fr. 100.70 (évaluation et conseils)
- fr. 93.05 (soins infirmiers)
- fr. 84.35 (soins de base complexes)
- fr. 44.40 (soins de base simples).

Les tarifs horaires fixés par l'autorité de céans s'appliquent avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 1999, les ayants droit pouvant revendiquer rétroactivement la différence avec les tarifs horaires effectivement payés depuis cette date.

...