



## Le financement résiduel des soins en cas de séjour en EMS : analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_446/2017

Anne-Sylvie Dupont

### I. Objet de l'arrêt

Cet arrêt traite de la prise en charge, par les pouvoirs publics, de la part des soins de longue durée non couverte par la contribution de l'assurance obligatoire des soins (AOS) en cas de séjour en EMS.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Une personne née en 1916 a séjourné dans un établissement médico-social (EMS) situé dans le canton de Saint-Gall depuis le 19 juin 2010 jusqu'au 20 janvier 2015, date de son décès. De son vivant déjà, cette personne s'était vu facturer, en sus de la taxe de séjour destinée à couvrir le forfait socio-hôtelier pour son séjour en EMS et de la part des soins qu'elle devait financer elle-même conformément à l'art. 25a al. 5 LAMal, un montant supplémentaire correspondant à la différence entre les coûts effectivement facturés par l'EMS pour les soins et les plafonds fixés dans la législation saint-galloise.

A la suite d'une première procédure financière, les montants mis à charge de la personne assurée ont été corrigés, mais, sur le principe, celle-ci se voyait toujours facturer, pour les soins, des montants excédant la participation prévue par l'art. 25a al. 5 LAMal, soit au maximum 20 % de la contribution maximale fixée par le Conseil fédéral (Fr. 21.60 par jour ; cf. art. 7a al. 3 let. I OPAS).

Dans le cadre d'une seconde procédure judiciaire dont l'objet était de contester, sur le principe, cette facturation complémentaire, le tribunal cantonal a mis en œuvre une expertise, avant d'admettre partiellement le recours de la succession de la personne assurée, décédée dans l'intervalle, et de renvoyer la cause à l'office cantonal des assurances sociales pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Les frais de l'expertise judiciaire ont été mis à charge de l'office.

Ce dernier a recouru au Tribunal fédéral, demandant l'annulation de l'arrêt cantonal et la confirmation de sa décision portant sur les montants facturés à la personne assurée.

## B. Le droit

Dans un premier considérant, le Tribunal fédéral examine la *recevabilité* du recours en matière de droit public formé devant lui par l'office cantonal d'assurances sociales. Dans la mesure où l'arrêt cantonal lui renvoie la cause pour nouvelle décision conforme aux conclusions de l'expertise judiciaire, sa marge de manœuvre est inexistante, de sorte que la recevabilité doit être admise, indépendamment de la question de savoir si l'arrêt cantonal est une décision définitive ou incidente (consid. 1).

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que depuis l'entrée en vigueur du nouveau régime de financement des soins, au 1<sup>er</sup> janvier 2011, *l'AOS verse une contribution au financement des soins de longue durée*, contribution dont le montant est fixé par le Conseil fédéral, respectivement par le Département fédéral de l'intérieur (DFI ; cf. art. 33 let. i OAMal). La part non couverte par l'AOS est prise en charge par les pouvoirs publics et par la personne assurée, la part mise à charge de cette dernière étant cependant plafonnée, conformément à l'art. 25a al 5 LAMal, à 20 % de la contribution maximale fixée par le Conseil fédéral. S'agissant, en l'espèce, d'un séjour en EMS, le montant maximal pouvant être mis à charge de la personne assurée s'élève ainsi à Fr. 21.60 par jour (cf. art. 7a al. 3 let. l OPAS) (consid. 3.1-3.2). Cette réglementation procède de la volonté, d'une part, d'éviter de trop charger l'assurance obligatoire des soins, et, d'autre part, de limiter, pour les motifs de politique sociale, les frais que doivent supporter eux-mêmes les résidents en EMS (consid. 3.3).

*Les cantons sont libres pour l'organisation du financement résiduel.* La législation saint-galloise prévoit, à ce sujet, que le Gouvernement fixe par voie d'ordonnance, après avoir entendu les communes, les montants maximaux pris en charge par les pouvoirs publics, en fonction du besoin en soins (art. 6 al. 1 de la loi sur le financement des soins [PFG ; RS-SG 331.2]). L'ordonnance sur le financement des soins (PFV ; RS-SG 331.21) fixe ces montants (art. 2), impose aux communes de prendre en charge la part des soins non couverte par l'AOS (art. 9 al. 1<sup>bis</sup>) et prévoit qu'une contribution est mise à charge du bénéficiaire des soins, contribution qui ne doit pas excéder 20 % de la contribution maximale fixée par le Conseil fédéral dans l'OPAS (art. 8 al. 1) (consid. 3.3).

La question litigieuse est celle de savoir *si les montants maximaux prévus par la législation saint-galloise respectent le droit fédéral* (consid. 4). A cet égard, les premiers juges ont considéré que le financement résiduel des soins prévu par les cantons doit garantir la couverture effective du coût total des prestations fournies, dans la mesure où elles répondent à la condition de l'économicité, même si ce coût dépasse les montants maximaux fixés dans la loi cantonale. Il a cependant considéré que certaines prestations avaient été, selon l'expertise, comptabilisées à tort comme des prestations de soins (consid. 5). De son côté, l'office cantonal des assurances sociales soutient que la fixation de plafond est licite compte tenu de la marge de manœuvre laissée aux cantons dans le cadre du financement résiduel (consid. 6.1).

Le Tribunal fédéral concède à l'office cantonal des assurances que *la prise en charge par les pouvoirs publics de la part des soins non couverte par l'AOS ne signifie pas que la facturation doit s'affranchir de l'évaluation du besoin en soins conformément à l'art. 8 OPAS*. Les

fournisseurs de prestation doivent établir leur facturation en tenant compte des douze paliers prévus par l'art. 7a al. 3 OPAS, et ce non seulement pour les factures adressées à l'AOS, mais aussi pour celles qui sont remises aux pouvoirs publics. Il est également nécessaire, pour des questions de transparence, de distinguer clairement entre, d'une part, les soins qui peuvent être mis à charge de l'AOS, et, d'autre part, la prise en charge et la pension qui sont à charge du résident (consid. 6.2).

L'argument principal de l'office recourant consiste à plaider que *les prestations qui excèdent les plafonds cantonaux ne respecteraient pas le principe de l'économicité* ; elles ne pourraient donc pas être mises à charge de l'AOS, ni, par conséquent, de la collectivité publique (consid. 7.2). Avant d'en venir au fait, le Tribunal fédéral rappelle encore que l'art. 25a LAMal ne fixe pas à proprement parler un tarif, et que dans le contexte qui nous occupe, la protection tarifaire garantie par l'art. 44 LAMal n'est d'aucun secours à l'autorité recourante (consid. 7.3).

S'agissant de la principale question litigieuse, c'est-à-dire déterminer qui doit prendre en charge les coûts des soins effectivement fournis qui dépassent les plafonds fixés par le droit cantonal, le Tribunal fédéral retient ce qui suit :

- dans la mesure où la LAMal limite la participation financière de l'AOS et de la personne assurée, *seuls deux agents payeurs entrent en considération* : la collectivité publique et l'établissement de soins (consid. 7.4.1) ;
- il ressort des travaux préparatoires cantonaux que les montants maximaux prévus par la législation saint-galloise ont été fixés de manière à ce que 75 % des EMS admis dans la planification cantonale voient l'intégralité de leurs coûts remboursés, *l'objectif étant de contraindre les EMS dont les coûts étaient supérieurs à rationaliser leur organisation de manière à baisser leurs coûts* (consid. 7.4.2) ;
- pour régler le financement résiduel des soins, *le canton doit pouvoir se baser sur une présentation transparente des coûts*, ce qui ressort également des directives données par l'OFSP. Le temps consacré respectivement aux soins médicaux, à la prise en charge et à l'hébergement doit ainsi être clairement distingué, afin que le canton puisse vérifier le caractère économique des prestations de soins fournies. Si ces prescriptions ne sont pas respectées, il appartient au canton de faire en sorte qu'elles le soient, en prenant les mesures nécessaires. En guise d'*ultima ratio*, il peut biffer l'EMS qui ne s'y conforme pas de la planification cantonale. S'il ne le fait pas, il lui incombe de supporter les coûts excédentaires. En d'autres termes, si les plafonds cantonaux peuvent servir à des fins de planification, ils sont contraires à l'art. 25a al. 5 LAMal dans les cas où ils ne couvrent pas le coût effectif des soins fournis (consid. 7.4.3). Cette interprétation ressort clairement des débats parlementaires fédéraux au moment de l'adoption de l'art. 25a al. 5 LAMal (consid. 7.4.3.1 et 7.4.3.2) ;
- en adoptant des plafonds qui ne permettaient qu'à 75 % des EMS de couvrir leurs coûts, les autorités cantonales ont accepté que 25 % d'entre eux ne couvrent temporairement pas les leurs, *ce qui impliquait qu'ils les répercutent sur les résidents par le biais de l'augmentation du forfait socio-hôtelier*. Dans le cas d'espèce, c'est précisément ce qu'il s'est passé (consid. 7.4.4 et 7.4.4.1).

*En définitive, il appartenait au canton de Saint-Gall, respectivement à la commune, de payer les coûts supplémentaires pour les soins fournis à la personne assurée durant son séjour au sein de l'EMS. En l'occurrence, le volume de ces soins était connu du vivant de la personne assurée déjà, dans la mesure où l'EMS avait adressé des factures à son assureur-maladie, en procédant conformément aux règles prescrites par l'OCP. Dans ces circonstances, l'expertise ordonnée par le tribunal cantonal des assurances n'avait pas lieu d'être. Si l'on avait reproché à l'EMS de ne pas avoir respecté le principe de l'économicité, il eût convenu de procéder à un contrôle conformément à l'art. 8a OPAS, puis, cas échéant, d'en appeler au Tribunal arbitral.*

### III. Analyse

Cet arrêt a le mérite de clarifier le régime du financement des soins dispensés aux personnes résidant en EMS, en particulier l'intervention des pouvoirs publics (A). Il pose également une question intéressante s'agissant de la possibilité, pour les cantons, de contester le caractère économique des soins fournis par un EMS (B).

#### A. Le financement des soins dispensés en EMS

D'une manière générale, les soins de longue durée au sens de l'art. 25a LAMal, qu'ils soient dispensés dans un EMS ou à domicile, suscitent de nombreuses interrogations. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau régime du financement des soins, au 1<sup>er</sup> janvier 2011, les cantons, forts de la marge de manœuvre qui leur est aménagée par l'art. 25a al. 5 LAMal, ont adopté des *solutions plus ou moins créatives, dont un grand nombre a pour effet de reporter une part des soins non pris en charge par l'AOS tantôt sur le patient, cas échéant sur les prestations complémentaires, tantôt sur le prestataire de soins.*

La première hypothèse se réalise lorsque la réglementation cantonale, comme celle du canton de Saint-Gall dont il est question dans l'arrêt commenté, *prévoit des plafonds pour l'intervention des pouvoirs publics* et que les soins non couverts sont facturés au résident au travers d'une augmentation du forfait socio-hôtelier. Il en va également ainsi lorsque la législation cantonale prévoit des montants forfaitaires ou l'attribution d'une enveloppe budgétaire globale pour le financement résiduel des soins. La seconde hypothèse se réalise lorsque l'établissement de soins n'ose pas procéder à ce report de facturation, et assume donc la part des coûts qui n'est couverte ni par l'AOS ni par les pouvoirs publics.

L'arrêt faisant l'objet de cette analyse réexplique de manière très claire la réglementation voulue par le législateur fédéral au moment de l'adoption du nouveau régime de financement des soins (1). Il précise également, dans ce contexte, la marge de manœuvre des cantons dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 25a al. 5 LAMal (2).

#### 1. La prise en charge des soins de longue durée dans le nouveau régime de financement des soins

De la lecture coordonnée des alinéas 1 et 5 de l'art. 25a LAMal résulte que trois intervenants prennent en charge les soins de longue durée :

- *l'assurance obligatoire des soins, dont la participation est limitée à une contribution, qui doit être fixée par le Conseil fédéral (cf. art. 25a al. 3 LAMal) ;*

- *la personne assurée*, dont la participation est plafonnée à 20 % de la contribution maximale fixée par le Conseil fédéral, soit 20 % de Fr. 108.- pour les soins fournis par un EMS (Cf. art. 25a al. 5 LAMal et 7a al. 3 let. I OPAS. Pour les soins à domicile, cette participation s'élève à 20 % de Fr. 79.80, conformément à l'art. 7a al. 1 let. a OPAS). A noter que la participation de la personne assurée n'est pas obligatoire : les cantons peuvent, dans le cadre de la réglementation sur le financement résiduel, prévoir de ne rien mettre à charge de cette dernière, respectivement de retenir un pourcentage moins élevé<sup>1</sup>. Ils peuvent également prévoir des régimes distincts pour les soins à domicile et pour les soins fournis par un EMS ;
- *les pouvoirs publics*. Les cantons, selon l'art. 25a al. 5 LAMal, « règlent le financement résiduel ».

## 2. La marge de manœuvre des cantons

Le litige ayant donné lieu au présent arrêt porte plus spécifiquement sur l'étendue des compétences confiées aux cantons par l'art. 25a al. 5 LAMal. Comme mentionné plus haut, les législateurs cantonaux ont, depuis 2011, interprété plutôt largement cette délégation en leur faveur. Avec cette affaire, *le Tribunal fédéral a mis le holà à leur pouvoir créateur*.

Le financement des soins de santé, y compris des soins de longue durée, est désormais régi par le droit fédéral, à l'art. 25a LAMal et aux art. 7 ss OPAS. Ce dernier règle :

- *l'évaluation du besoin en soins requis*, qui relève de la compétence du médecin et qui tient lieu de mandat médical (art. 8 al. 4 OPAS). Les cantons ne peuvent ainsi procéder à une appréciation parallèle de la situation de la personne assurée, par exemple en faisant recourir à une évaluation par un expert ou par un service de l'Etat ;
- *les montants de la contribution de l'AOS au financement des soins et la contribution maximale qui peut être mise à charge de la personne assurée*. Les cantons ne peuvent ainsi reporter de manière illimitée sur cette dernière la part des soins non couverte par l'AOS. Cela vaut également, comme le dit le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté, lorsque ce report se fait de manière indirecte, parce que le canton refuse de couvrir l'ensemble des coûts résiduels et contraint de fait l'EMS à facturer au pensionnaire un forfait socio-hôtelier majoré.

En revanche, *les cantons sont bel et bien compétents pour procéder à la planification médico-sociale pour leur territoire*. A cette fin, qui doit être distinguée de la thématique du financement résiduel, ils peuvent donner des directives financières dont la violation peut entraîner des sanctions, dont la suppression d'un établissement de la liste cantonale. Les cantons sont libres des modalités de ces directives. Ils peuvent procéder en indiquant des montants-limites, comme dans le cas d'espèce, ou encore des forfaits par jour. Ces montants restent à usage de planification ; dans la mesure où ils limitent la prise en charge des soins de longue durée telle que prévue à l'art. 25a LAMal et art. 7 ss OPAS, ils sont contraires au droit fédéral.

---

<sup>1</sup> Cf. PERRENOUD STÉPHANIE, Soins à l'hôpital, soins à domicile et soins en EMS : quelles différences ? (2<sup>ème</sup> partie), RSAS 2015, p. 524 ss, p. 536, et les références citées en note 105.

## B. Le contrôle de l'économicité des prestations

Dans cette affaire saint-galloise, le canton semblait remettre en cause l'économicité des prestations fournies par l'EMS. Le tribunal cantonal l'avait suivi dans cette voie en ordonnant la mise en œuvre d'une expertise dont l'objectif était de déterminer, *a posteriori*, le besoin en soins requis de la personne assurée. Le Tribunal fédéral rappelle fermement à ce sujet que cette expertise ne peut servir pour résoudre ce litige, dès lors que cela reviendrait à *contourner la procédure de contrôle prévue par les art. 8 s. OPAS*. Les soins doivent, par principe, être pris en charge (« *sind kassenpflichtig* ») ; s'il s'avère que le prestataire n'a pas respecté le principe de l'économicité, c'est une procédure de contrôle selon l'art. 8a OPAS qui s'applique, respectivement une procédure arbitrale (cf. consid. 7.4.4.2).

Il faut toutefois prendre en considération que *la procédure de contrôle et de conciliation prévue par l'art. 8a OPAS doit être convenue entre les assureurs et les fournisseurs de prestations*. Les cantons n'appartenant ni à la première ni à la seconde catégorie, et n'étant du reste pas parties aux conventions passées entre les représentants des uns et des autres, il est douteux qu'ils puissent procéder d'eux-mêmes à la procédure de contrôle voulue par l'art. 8a OPAS, encore moins en appeler à une commission paritaire au sein de laquelle ils ne sont pas représentés. Quant à la procédure arbitrale prévue par l'art. 89 LAMal, elle a pour vocation de régler les litiges « les litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations », au nombre desquels les cantons ne comptent pas.

De fait, le mécanisme des art. 25a LAMal et 7 ss OPAS agit de telle sorte que *du moment que l'assureur-maladie a validé le mandat médical, et, partant, l'économicité des soins prescrits, le canton n'ait plus la possibilité de remettre en cause la quotité ces soins*. Dit autrement, l'assureur-maladie est seul compétent pour le contrôle de l'économicité des soins. Il faut dès lors s'interroger sur l'opportunité de prévoir une procédure *ad hoc* dans les lois cantonales traitant du financement des séjours en EMS. A notre sens, dès lors que le droit fédéral, en l'espèce plus précisément la LAMal, règle la question de l'économicité des soins fournis et le contrôle de cette qualité, des dispositions cantonales violeraient nécessairement le principe du droit supérieur.

Dans ces circonstances, il paraît impossible pour le canton, voire impossible, de remettre en cause le caractère économique des soins fournis si l'assureur-maladie n'a rien trouvé à redire à cet égard.

## C. Remarques finales

La complexité de la situation soumise au Tribunal fédéral dans le cadre de cette affaire tient à une particularité toute helvétique : *la compétence pour organiser le système de soins de santé et celle d'en régler le financement n'appartient pas à la même autorité*. Alors que la première appartient aux cantons, la seconde est l'apanage de la Confédération, qui se voit confier par la Constitution fédérale la tâche de légiférer en matière d'assurance-maladie notamment (art. 117 Cst.).

Pour les soins de longue durée, la difficulté est encore accrue par le fait que la LAMal – donc la loi fédérale réglant le financement des soins – *impose aux cantons de participer à leur rémunération*, leur permettant de prendre des mesures organisationnelles pour ce faire (par exemple en reportant tout ou partie de la charge financière sur les communes), *mais ne leur*

*permettant pas, nous le savons désormais, d'agir sur l'ampleur de leur participation, sauf à démontrer que l'exigence d'économicité n'aurait pas été respectée. Cette démonstration semble – procéduralement déjà – difficile à faire si, de son côté, l'assureur-maladie a validé le besoin en soins requis établi par le médecin-traitant conformément à l'art. 25a al. 1 LAMal et à l'art. 9 al. 2 OPAS.*

En revanche, les cantons conservent des prérogatives intactes s'agissant de la planification médico-hospitalière et peuvent, dans ce contexte, établir des tarifs de référence auxquels les EMS qui entendent figurer sur la planification cantonale doivent se conformer. *Ces tarifs ne sont toutefois opposables ni à la personne assurée ni à l'EMS, dans un cas particulier et par rapport à des prestations facturées et admises par l'assureur-maladie.*

La solution dégagée par le Tribunal fédéral est dogmatiquement conforme au traitement distinct, voulu par le constituant, de l'organisation des soins d'une part et de leur financement. Dans ce sens, cette solution devrait également s'appliquer, *mutatis mutandis, aux soins de longue durée dispensés par des organisations de soins à domicile et des infirmières et infirmiers indépendants.*

Dans le climat actuel, il sera intéressant de voir comment les cantons adaptent leurs pratiques à la suite de cet arrêt. Une solution simple serait *d'accroître encore la pression sur les établissements médico-sociaux et les fournisseurs de prestations à domicile*, déjà bien malmenés dans certains cantons, au détriment de la qualité des soins. Il faut espérer que cette fois-ci, les cantons sauront à nouveau se montrer suffisamment créatifs pour éviter cette solution de facilité.