

LES SOINS DISPENSÉS HORS DES FRONTIÈRES CANTONALES ET NATIONALES

Anne-Sylvie Dupont

Professeure, Facultés de droit des Universités de Neuchâtel et Genève
anne-sylvie.dupont@unine.ch

Sommaire

| | | |
|---------|--|-----|
| 1 | Introduction..... | 108 |
| 2 | La prise en charge des traitements extra-cantonaux..... | 110 |
| 2.1 | Les traitements ambulatoires..... | 111 |
| 2.2 | Les séjours hospitaliers..... | 112 |
| 2.3 | Les soins de longue durée..... | 116 |
| 3 | La prise en charge des soins dispensés à l'étranger..... | 117 |
| 3.1 | Hors de l'UE et de l'AELE..... | 117 |
| 3.1.1 | L'assurance-maladie..... | 118 |
| 3.1.1.1 | L'urgence médicale..... | 118 |
| 3.1.1.2 | Les prestations indisponibles en Suisse..... | 119 |
| 3.1.1.3 | L'accouchement à l'étranger..... | 120 |
| 3.1.1.4 | Les frais de transport..... | 121 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 3.1.2 | L'assurance-accidents..... | 121 |
| 3.1.3 | L'assurance-invalidité..... | 122 |
| 3.2 | Sur le territoire de l'UE ou de l'AELE..... | 123 |
| 3.2.1 | Les soins inopinés..... | 125 |
| 3.2.2 | La notion de séjour..... | 126 |
| 3.2.2.1 | La notion de soins nécessaires..... | 127 |
| 3.2.2.2 | Pas d'élargissement du catalogue de la LAMal..... | 128 |
| 3.2.2.3 | Distinction entre l'UE et l'AELE..... | 129 |
| 3.2.3 | Les soins programmés..... | 130 |
| 3.2.4 | La situation particulière des travailleurs frontaliers..... | 131 |
| 3.2.5 | La participation aux coûts : une entrave à la libre circulation ?... | 133 |
| 3.3 | Les collaborations transfrontalières..... | 138 |
| 4 | Conclusion..... | 140 |

1 INTRODUCTION

Comprendre la problématique du financement, par les assurances sociales suisses, des traitements dispensés hors des frontières, suppose d'avoir deux choses à l'esprit. La première n'est guère surprenante : la prise en charge des soins de santé par les outils collectifs de financement est gouvernée par le principe de la territorialité. En vertu de ce principe, seules les prestations dispensées en Suisse sont, dans la règle, prises en charge par les assurances sociales ; certaines situations particulières permettent néanmoins des exceptions.

La seconde est plus étonnante pour qui n'est pas familier avec les particularités du système de soins helvétique : si le financement des soins de santé fait l'objet de lois fédérales, valables pour l'ensemble du pays, l'organisation des

soins est – fédéralisme oblige – l’apanage des cantons, sous réserve de quelques domaines spécifiques qui ont été confiés à la Confédération par l’adoption d’une disposition *ad hoc* dans la Constitution fédérale¹. En matière de financement des soins, même si les lois fédérales imposent des mécanismes de tarification des soins (tarifs) qui soient uniformes pour l’ensemble du pays, il existe aussi la possibilité, dans le cadre de l’assurance-maladie, de négocier au niveau cantonal une mise en œuvre différenciée de ces tarifs. Il en résulte des différences au niveau du coût final des prestations fournies, qui peuvent à leur tour entraîner des difficultés au moment de la prise en charge par l’assureur social.

A cause de ces différences tarifaires, la territorialité a longtemps été perçue, dans l’assurance-maladie à tout le moins, comme presque exclusivement cantonale. Des révisions législatives, récentes et annoncées, de même que quelques jurisprudences importantes à cet égard, viennent désormais élargir la conception de la territorialité (2).

Quant aux soins de santé dispensés hors des frontières helvétiques, leur prise en charge par l’assurance obligatoire des soins obéit à des règles différentes selon le pays concerné et le statut de la personne qui reçoit les soins. Cette contribution est l’occasion de faire le tour des principales d’entre elles, d’en préciser certains aspects et de souligner quelques difficultés entraînées par leur application (3).

Compte tenu de l’ampleur du sujet et pour conserver à cette contribution un volume compatible avec son insertion dans un ouvrage collectif, nous avons dû opérer des choix, sur lesquels nous orienterons nos lectrices et lecteurs au fur et à mesure de notre réflexion.

¹ Par exemple en matière de procréation médicalement assistée (art. 119 Cst.) ou de médecine de la transplantation (art. 119a Cst.).

2 LA PRISE EN CHARGE DES TRAITEMENTS EXTRA-CANTONAUX

A l'intérieur du territoire helvétique, la prise en charge par les assurances sociales de soins dispensés dans un canton qui n'est pas le canton de domicile de la personne assurée peut entraîner certaines difficultés. C'est tout particulièrement le cas lorsque l'assurance sociale amenée à intervenir est l'assurance obligatoire des soins (AOS) selon la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal²).

Alors que les autres assurances sociales susceptibles de prendre en charge des soins de santé – assurance-accidents (LAA³), assurance-invalidité (LAI⁴) et assurance-militaire (LAM⁵) – connaissent une structure tarifaire unique pour toute la Suisse⁶ et un point tarifaire négocié à l'échelon national également⁷, l'AOS connaît certes le principe de la structure tarifaire nationale⁸, mais un point tarifaire négocié à l'échelon cantonal⁹, de sorte que le coût final d'un traitement peut varier d'un canton à l'autre.

A cela s'ajoute la nécessité de distinguer entre traitements ambulatoires (2.1) et traitements stationnaires (2.2), en raison des règles différentes qui s'appliquent aux uns et aux autres.

² RS 832.10.

³ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (RS 832.20).

⁴ Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (RS 831.20).

⁵ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance-militaire (RS 833.1).

⁶ Cf. art. 70b al. 1 et 70c al. 1 OLAA ; art. 27 LAI ; art. 13b al. 1 et 13b al. 1 OAM.

⁷ Cf. art. 56 al. 3 LAA ; art. 27 LAI ; art. 26 al 3 LAM.

⁸ Cf. art. 43 al. 5 LAMal.

⁹ Cf. art. 46 et 47 LAMal.

2.1 Les traitements ambulatoires

La notion de traitement ambulatoire découle de l'art. 5 OCP¹⁰. Il s'agit d'une définition négative, qui englobe tous les traitements qui ne sont pas des séjours hospitaliers, y compris les séjours répétés dans des cliniques de jour ou de nuit.

Le coût des traitements ambulatoires est réparti entre l'assureur-maladie et la personne assurée, dans les limites de sa franchise et de sa quote-part¹¹.

Jusqu'au 31 décembre 2017, malgré le principe du libre choix du fournisseur de prestations postulé par l'art. 41 al. 1 LAMal, la loi prévoyait que l'assuré qui recourait à des soins ambulatoires en dehors de son canton de résidence ou de travail devait, en dehors des situations d'urgence médicale ou d'indisponibilité des soins requis, prendre en charge la différence éventuelle entre le coût effectif des soins selon le tarif du lieu où ils ont été dispensés, et ce qu'ils auraient coûté dans le canton de résidence ou de travail¹².

Cette limitation du principe du libre choix a donné lieu à de nombreuses réactions, y compris sur le plan politique. A la suite de deux interventions parlementaires qui soulignaient, d'une part, cet effet négatif pour le patient, et, d'autre part, le travail administratif très lourd induit par cette réglementation pour les assureurs-maladie, l'art. 41 al. 1 LAMal a été modifié, avec effet au 1^{er} janvier 2018¹³. Depuis cette date, la personne assurée est véritablement libre de recourir au prestataire de soins qui lui convient, sur l'ensemble du territoire national. L'AOS doit alors prendre en charge le coût des traitements reçus selon le tarif applicable au fournisseur de prestations.

¹⁰ Ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie (RS 832.104).

¹¹ Cf. art. 64 LAMal et 103 OAMal.

¹² Art. 41 al. 1 aLAMal (RO 2008 2049, p. 2051).

¹³ Cf. Message du Conseil fédéral du 18 novembre 2015 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (Adaptation de dispositions à caractère international), FF 2016 1, not. p. 6.

2.2 Les séjours hospitaliers

Les séjours hospitaliers sont définis à l'art. 3 OCP comme les séjours à l'hôpital qui ont pour but de recevoir des soins et des traitements et qui, alternativement, durent au moins 24 heures, nécessitent l'occupation d'un lit pendant une nuit, impliquent un transfert vers un autre hôpital ou lorsque l'assuré décède pendant ce séjour.

Le coût des séjours hospitaliers est réparti entre trois acteurs : le canton de domicile de l'assuré (55%¹⁴), l'assureur-maladie et la personne assurée, par le biais de la franchise, de la quote-part et de la contribution aux frais de séjour hospitalier¹⁵.

En matière de séjour hospitalier, le principe du libre choix du fournisseur de prestations s'applique également¹⁶. Cette liberté est cependant encadrée de deux manières : premièrement, en cas de séjour volontaire dans un établissement situé dans un autre canton que le canton de résidence, le coût à charge de l'AOS est limité au tarif de référence du canton de domicile¹⁷. Le tarif du canton dans lequel se trouve l'établissement hospitalier n'est applicable qu'en cas d'urgence médicale, ou encore si les soins ne sont pas disponibles dans le canton de résidence¹⁸.

Deuxièmement, le libre choix de l'hôpital est limité aux établissements hospitaliers « répertoriés », autrement dit aux hôpitaux qui figurent sur la planification cantonale. Les cantons ont en effet l'obligation, dans le cadre de la LAMal, de dresser la liste des hôpitaux nécessaires pour garantir un approvisionnement suffisant en soins pour leur population¹⁹. Seuls les hôpitaux

¹⁴ Cf. art. 49a al. 2 LAMal.

¹⁵ Cf. art. 64 al. 5 LAMal et 104 OAMal.

¹⁶ Cf. art. 41 al. 1^{bis} LAMal.

¹⁷ Art. 41 al. 1^{bis} *in fine* LAMal. Si le canton n'a pas fixé de tarif de référence, le tarif est fixé par « le gouvernement du canton où le fournisseur de prestations est installé à titre permanent » (cf. art. 47 al. 2 LAMal).

¹⁸ Cf. art. 41 al. 3 et 3^{bis} LAMal.

¹⁹ Cf. art. 39 al. 1 let. d et e LAMal.

correspondant à la planification hospitalière sont des fournisseurs de prestations admis à facturer à charge de l'AOS²⁰.

En fonction des besoins du canton concerné, certains hôpitaux peuvent recevoir du canton un mandat général de prestations, ce qui signifie que tous les soins qu'ils dispensent peuvent être mis à charge de l'assurance-maladie²¹. D'autres hôpitaux en revanche, souvent les cliniques privées, ne seront portés sur la liste que pour des mandats spécifiques de prestations, ce qui signifie que seuls les soins prédéfinis dans la planification peuvent être mis à charge de l'AOS et, par conséquent, entraîner l'obligation pour le canton de s'acquitter de sa part²².

A noter que lorsqu'un hôpital reçoit un mandat limité, la limitation peut porter sur le type de soins (par exemple uniquement la chirurgie de l'épaule), et/ou le nombre d'hospitalisations admis (par exemple trois hospitalisations par année civile). Il est alors question de quotas d'hospitalisation. Bien que la possibilité d'instaurer des quotas en termes de nombre de séjours ne soit pas expressément prévue par la LAMal, cette pratique, adoptée dans quelques cantons, comme les cantons de Vaud et de Genève, a été validée par le Tribunal fédéral²³.

En janvier 2017, le Tribunal fédéral a dû examiner la question de savoir si les quotas d'hospitalisation prévus dans la planification genevoise s'appliquaient également aux résidents vaudois qui, de manière volontaire, choisissaient d'être hospitalisés dans des cliniques privées situées en territoire genevois. Le canton de Vaud, sollicité pour payer la part du séjour lui incombant, contestait en effet que les hospitalisations aient été à charge de l'AOS dès lors que

²⁰ Cf. art. 35 al. 1 et 39 al. 1 let. d LAMal.

²¹ Cf. art. 39 al. 1 let. e LAMal.

²² L'intervention du canton étant prévue par la LAMal (cf. art. 49a LAMal), elle suppose que l'hospitalisation respecte les conditions pour une prise en charge par l'AOS.

²³ ATF 138 II 398. Cette affaire concernait le canton du Tessin.

les séjours de ses résidents excédaient les quotas fixés dans la planification genevoise²⁴.

Le Tribunal fédéral n'a pas suivi cette interprétation. Considérant, pour sa part, que les cantons de Vaud et de Genève n'avaient pas coordonné leur planification hospitalière, et que la planification genevoise ne tenait compte que des besoins genevois, il a jugé que les quotas que prévoit cette dernière ne sont opposables qu'aux patients genevois, et non aux patients des autres cantons. En conséquence, les séjours effectués par des patients vaudois dans les cliniques genevoises concernées sont à charge de l'AOS, le canton de Vaud ayant l'obligation de s'acquitter de sa part conformément à l'art. 49a LAMal.

En mai 2018, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt similaire dans la situation inverse, à savoir l'hospitalisation sur sol vaudois de patients genevois²⁵. Là encore, il a estimé qu'en l'absence de planification coordonnée des besoins des deux cantons, les quotas prévus par la législation vaudoise n'étaient pas opposables aux cliniques privées vaudoises répertoriées dans le cas de patients domiciliés à Genève, quand bien même les séjours en question excédaient les quotas prévus par la planification.

Ces deux affaires mettent en lumière la tension existant entre le principe du libre choix de l'hôpital, prévalant en matière d'hospitalisations extra-cantoniales depuis 1^{er} janvier 2009²⁶, et l'objectif de planification, tous deux consacrés par la LAMal²⁷. Les deux jurisprudences que nous avons relatées semblent laisser transparaître, dans l'esprit des juges de Lucerne, une prévalence du libre choix. L'on peut aussi se demander si ces décisions ne sont pas

²⁴ Arrêt 9C_151/201, 27 janvier 2017.

²⁵ Arrêt 9C_617/2017, 28 mai 2018. Pour une analyse de cet arrêt, cf. LONGCHAMP GUY, Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_617/2017, Newsletter rcassurances.ch septembre 2018.

²⁶ Cf. ATF 141 V 206.

²⁷ Cf. FANKHAUSER SUSANNE/RUTZ MICHAEL, Spitalplanung und Spitalfinanzierung: Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nach Inkrafttreten der KVG-Revision zur neuen Spitalfinanzierung, RSAS 3/62 (2018) p. 282 ss, p. 285.

l'expression d'un souhait – de nature politique – de voir les cantons procéder à des planifications coordonnées.

Afin de ne pas laisser les cantons sans solution, le Tribunal fédéral leur propose de définir dans les mandats de prestations attribués les sanctions opposables aux établissements hospitaliers qui ne respecteraient pas les frontières définies²⁸, sanctions qui pourraient aller jusqu'au refus de paiement de la part cantonale. A notre sens, cette proposition n'est pas de nature à résoudre le problème qui se pose aux cantons. En effet, dès lors que le Tribunal fédéral dit qu'en l'absence de planification coordonnée, les quotas du canton d'hospitalisation ne sont pas opposables aux patients domiciliés dans un autre canton, un séjour hospitalier hors quota est un séjour à charge de l'AOS, ce qui entraîne automatiquement, pour le canton de domicile, l'obligation de payer sa part.

On peut tracer un parallèle entre ces deux décisions et la réflexion conduite par le Tribunal fédéral dans un arrêt rendu en juillet 2018 au sujet de la prise en charge du coût d'un séjour en EMS²⁹. Dans cette affaire, les juges de Lucerne ont rappelé que du moment qu'un séjour était à charge de l'AOS, les cantons n'avaient pas la possibilité de limiter, à l'égard de la personne assurée, leur prise en charge en deçà du coût effectif des prestations fournies conformément au principe de l'économicité des soins³⁰. Cette réflexion doit valoir également pour les séjours hospitaliers : si le séjour est à charge de l'AOS, les cantons ne peuvent sanctionner le fournisseur de prestations en supprimant une partie de sa rémunération. Tout au plus des sanctions pourraient-elles être prises, à notre avis, dans le cadre de la planification, en dernière analyse en biffant l'établissement hospitalier concerné de la liste cantonale.

²⁸ Cf. également ATF 138 II 398, particulièrement consid. 3.10.3.

²⁹ Arrêt 9C_446/2017 du 20 juillet 2018.

³⁰ Pour une analyse de cet arrêt, cf. DUPONT ANNE-SYLVE, Le financement résiduel des soins en cas de séjour en EMS : analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_446/2017, Newsletter rcassurances.ch octobre 2018.

En définitive, il apparaît que seule une planification coordonnée, tenant compte des besoins des patients extra-cantonaux, puisse faire obstacle à l'obligation des cantons de verser la part qui leur incombe conformément à l'art. 49a LAMal.

2.3 Les soins de longue durée

Contrairement à la prise en charge par l'AOS de traitements ambulatoires et hospitaliers dispensés hors cantons, qui a été réglée dans la loi, le financement des soins de longue durée³¹ fournis dans les mêmes conditions, que ce soit à domicile ou en EMS, n'a pas été prévu par le législateur au moment de l'adoption du nouveau régime de financement des soins³². Depuis lors, de nombreuses questions se sont posées en pratique, notamment lorsque la personne assurée doit séjourner dans un EMS en dehors de son canton de domicile.

En effet, les cantons s'étant vu déléguer la tâche de régler le financement résiduel des soins, autrement dit la part des soins non couverte par la contribution de l'AOS déterminée conformément aux art. 7 ss OPAS³³, la question se pose, en cas de prestations extra-cantoniales, de savoir quel est le canton compétent pour prendre en charge cette part résiduelle. Par ailleurs, les cantons ont la liberté de reporter, dans une certaine mesure, une partie des soins sur le bénéficiaire. Le choix de le faire ou non, cas échéant de la proportion du report, est laissée à la libre appréciation des cantons, sous réserve du plafond imposé par la LAMal³⁴. Se pose donc également la question, en cas de soins dispensés dans un autre canton, de la législation cantonale de référence pour déterminer la part à charge de la personne assurée.

³¹ Cf. art. 25a LAMal.

³² Le nouveau régime de financement des soins est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2011.

³³ Cf. art. 25a al. 5 LAMal.

³⁴ Cf. art. 25a al. 5 LAMal. Ce plafond s'élève à 20% de la contribution maximale fixée par le Conseil fédéral à l'art. 7a OPAS, soit CHF 15.95 en cas de soins dispensés par une organisation de soins à domicile (OSAD) ou par un infirmier ou une infirmière indépendant(e), et CHF 21.60 en cas de soins fournis par un EMS.

A la suite d'une initiative parlementaire posant le constat de cette carence législative, le Conseil fédéral a proposé de modifier la LAMal en prévoyant, par analogie avec la solution imaginée dans le cadre de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS/AI³⁵, que le canton de domicile soit le canton compétent pour prendre en charge la part résiduelle du financement des soins, selon sa propre législation. Afin d'éviter toute incertitude, il a encore précisé, dans la nouvelle version de l'art. 25a al. 5 LAMal, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019³⁶, que le séjour en EMS ne fonde aucune nouvelle compétence³⁷. Cette solution s'applique également en cas de soins à domicile, par exemple en cas de séjour temporaire auprès de membres de la famille qui résident dans un autre canton³⁸.

3 LA PRISE EN CHARGE DES SOINS DISPENSÉS À L'ÉTRANGER

Lorsqu'une personne assurée à l'AOS en Suisse doit recourir à des soins de santé hors du pays, se pose la question de savoir si ces soins sont à la charge de l'assurance sociale, cas échéant dans quelle mesure. Les règles permettant de répondre à ces questions ne sont pas les mêmes selon que les soins sont obtenus hors de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE) (3.1), ou, au contraire, sur le territoire de l'une de ces deux entités (3.2).

3.1 Hors de l'UE et de l'AELE

Lorsqu'une personne assurée en Suisse recourt à des soins de santé dans un pays qui n'est pas membre de l'UE ou de l'AELE, l'intervention des assurances

³⁵ LPC (RS 831.30).

³⁶ RO 2018 2989, p. 2990.

³⁷ Cf. art. 25a al. 5 P-LAMal (FF 2006 3799).

³⁸ Cf. Initiative parlementaire « Amender le régime de financement des soins », Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats du 21 mars 2016, FF 2016 3779, p. 3796.

sociales est en principe exclusivement régie par le droit suisse³⁹. Les solutions adoptées par le législateur helvétique varient en fonction de l'assurance sociale concernée.

3.1.1 L'assurance-maladie

Les traitements médicaux qui sont pris en charge par l'AOS sont en principe dispensés en Suisse. Par exception, des traitements dispensés à l'étranger peuvent également être mis à charge de cette dernière, dans les limites définies par le Conseil fédéral⁴⁰.

3.1.1.1 L'urgence médicale

En pratique, la première situation qui se présente dans ce contexte est celle de l'urgence médicale⁴¹. L'urgence est définie comme le fait d'avoir besoin d'un traitement médical lors d'un séjour temporaire à l'étranger, aussi longtemps qu'un retour en Suisse n'est pas approprié. Cette condition doit être examinée pour chaque étape du traitement : si la condition de l'urgence est en principe remplie pour la phase correspondant aux soins aigus, elle ne l'est pas nécessairement pour le traitement de réadaptation qui s'ensuit, si un retour en Suisse est médicalement possible dans l'intervalle⁴². Le fait de se rendre à l'étranger pour bénéficier de soins programmés n'est naturellement pas considéré comme une urgence.

³⁹ Par exception, certaines conventions bilatérales de sécurité sociale prévoient des règles de coordination pour la prise en charge de soins de santé. Citons par exemple la Convention Suisse-Chypre (RS 0.831.109.258.1), qui prévoit des règles de coordination pour les soins nécessaires à la suite d'un accident de travail ou de maladies professionnelles, ou encore de la Convention Suisse-Japon (RS 0.831.109.463.1) pour la prise en charge des mesures de réadaptation par l'assurance-invalidité, y compris les mesures médicales pour les enfants.

⁴⁰ Cf. art. 34 al. 2 LAMal.

⁴¹ Cf. art. 36 al. 2 OAMal.

⁴² Pour un exemple, cf. arrêt 9C_291/2009, 7 octobre 2010.

Le caractère approprié du retour en Suisse doit être examiné selon l'ensemble des circonstances. Font partie des circonstances pertinentes l'exigibilité du voyage sur un plan médical, la disponibilité du traitement en Suisse, l'impact d'une prise en charge retardée du fait du voyage et la proportion entre le coût du voyage et le coût du traitement à l'étranger⁴³. S'agissant de ce dernier critère, le Tribunal fédéral ne semble vouloir tenir compte que d'une disproportion importante entre le coût du transport et le coût du traitement⁴⁴.

Il faut souligner que même si les conditions de l'urgence sont remplies, l'intervention de l'AOS est limitée au double de ce qui aurait été payé si le traitement avait eu lieu en Suisse⁴⁵.

3.1.1.2 Les prestations indisponibles en Suisse

L'AOS peut également être tenue de prendre en charge des prestations dispensées à l'étranger si certaines prestations médicales ne sont pas disponibles en Suisse⁴⁶. Le Tribunal fédéral a précisé qu'il devait s'agir de traitements requérant une technique hautement spécialisée, ou de traitements rares pour lesquels on ne dispose pas, en Suisse, d'une expérience diagnostique et thérapeutique suffisante, précisément en raison de cette rareté⁴⁷. Par ailleurs, seules des lacunes importantes dans l'offre de soins permettent de déroger au principe de la territorialité ; on attend dès lors du traitement fourni à l'étranger un bénéfice suffisant. Ainsi, un avantage minime, difficile à estimer, ou encore contesté, ne constitue pas une raison médicale suffisante⁴⁸.

De fait, la casuistique démontre une pratique restrictive. Lorsque l'alternative thérapeutique en Suisse ne comporte pas de risques importants et notable-

⁴³ Arrêt 9C_1009/2010, 29 juillet 2011, consid. 2.3.

⁴⁴ Arrêt 9C_1009/2010, 29 juillet 2011, consid. 2.3 ; arrêt 9C_35/2010, 28 mai 2010, consid. 3.

⁴⁵ Cf. art. 36 al. 4, 1^{ère} phrase, OAMal.

⁴⁶ Cf. art. 36 al. 1 OAMal.

⁴⁷ Cf. ATF 131 V 271, consid. 3.2.

⁴⁸ ATF 134 V 330, consid. 2.3 et 2.4.

ment plus élevés, la prise en charge du traitement à l'étranger est refusée⁴⁹. Le fait que le traitement disponible à l'étranger diminue vraisemblablement les risques de récidive, mais dans une mesure difficile à évaluer, est également insuffisant⁵⁰. Parfois, un délai pour une prise en charge en Suisse peut justifier la prise en charge des soins à l'étranger⁵¹.

Si les conditions pour une prise en charge sont remplies, celle-ci est là aussi limitée au double de ce qui aurait été payé si le traitement avait eu lieu en Suisse⁵². Si elles ne sont pas remplies, il n'existe pas de droit à obtenir l'équivalent de ce que les soins auraient coûté en Suisse (droit à la substitution)⁵³.

3.1.1.3 L'accouchement à l'étranger

Finalement, le Conseil fédéral a également prévu la prise en charge par l'AOS des frais occasionnés par un accouchement qui s'est déroulé à l'étranger dans le but de garantir à l'enfant l'acquisition d'une nationalité, en premier lieu la nationalité de son père ou de sa mère⁵⁴.

⁴⁹ ATF 134 V 330.

⁵⁰ ATF 131 V 271. Pour d'autres exemples de refus, cf. 9C_238/2011, 5 mai 2011 ; arrêt 9C_566/2010, 25 février 2011 ; arrêt 9C_11/2007, 4 mars 2008 ; arrêt 9C_1065/2008, 5 février 2008.

⁵¹ Délai de six mois : cf. arrêt 9C_110/2011, 27 juin 2011, consid. 3.

⁵² Cf. art. 36 al. 4, 1^{ère} phrase, OAMal.

⁵³ ATF 131 V 107, consid. 3.2.2 ; arrêt 9C_739/2012, 7 février 2013, consid. 2.4 ; arrêt 9C_1009/2010, 29 juillet 2011, consid. 2.4.

⁵⁴ A ce sujet, nous nous permettons de renvoyer les lectrices et lecteurs aux travaux très complets de STÉPHANIE PERRENOUD (Les prestations de soins en cas de maternité : analyse des prestations dispensées en Suisse et à l'étranger, in : Dupont/Guillod [édits], *Réflexions romandes en droit de la santé : mélanges offerts à la Société suisse des juristes par l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel à l'occasion de son congrès annuel 2016*, Zurich 2016, p. 137 ss).

Dans ce cas, l'AOS doit prendre en charge au maximum l'équivalent de ce que l'accouchement aurait coûté en Suisse⁵⁵.

3.1.1.4 Les frais de transport

Les règles exposées ci-dessus confirment que le législateur attend de la personne assurée qu'elle se fasse en priorité soigner en Suisse, y compris lorsque le besoin de soins s'est manifesté à l'étranger. Pourtant, la participation de l'AOS aux frais de transport, y compris de transport médicalisé, a elle aussi été limitée par le législateur, et ce, indépendamment de savoir s'ils sont occasionnés en Suisse ou à l'étranger.

Conformément à l'art. 26 OPAS, la participation de l'AOS est limitée à la moitié du coût total, et dans tous les cas plafonnée à CHF 500.- par année civile, ce qui s'avérera insuffisant dans la majorité des cas, dans la mesure où l'on parle ici de voyage depuis des pays situés hors de l'Europe.

3.1.2 L'assurance-accidents

La loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA⁵⁶) se montre à peine plus généreuse que l'AOS, puisque la prise en charge des frais de traitement à l'étranger est limitée au traitement « nécessaire » et est plafonnée au double de ce qu'aurait coûté le même traitement en Suisse⁵⁷. Bien que la notion d'urgence ne soit pas expressément mentionnée dans la loi, le critère de la nécessité implique que seuls les soins permettant à la personne assurée de rentrer en Suisse pour y poursuivre le traitement sont à charge de l'assurance sociale.

⁵⁵ Cf. art. 36 al. 4, 2^{ème} phrase, OAMal.

⁵⁶ RS 832.20.

⁵⁷ Cf. art. 10 al. 3 LAA et 17 OLAA.

Il faut relever qu'en matière d'assurance-accidents, le législateur a plafonné la prise en charge des frais de transport au cinquième du montant maximum du gain assuré, soit à CHF 29'640.- en 2018⁵⁸.

3.1.3 L'assurance-invalidité

L'assurance-invalidité prévoit de manière limitée la prise en charge des soins de santé. Dans le contexte des mesures de réadaptation, elle permet, pour les assurés de moins de 20 ans, de financer les mesures médicales destinées soit à traiter une infirmité congénitale reconnue⁵⁹, soit à améliorer les chances de l'enfant de voir une réadaptation professionnelle aboutir, respectivement à éviter qu'elles ne se péjorent⁶⁰.

Les mesures de réadaptation sont en principe exclusivement fournies en Suisse⁶¹. Exceptionnellement, elles peuvent être fournies à l'étranger. Il en va ainsi en cas d'« état de nécessité »⁶², par quoi il faut comprendre une situation d'urgence à l'occasion d'un séjour temporaire à l'étranger⁶³, ou encore lorsqu'il s'avère impossible de recevoir les soins en Suisse, notamment parce que les institutions requises ou les spécialistes font défaut⁶⁴. La loi aménage encore une certaine marge d'appréciation en faveur de l'assureur social, puisque

⁵⁸ Cf. art. 20 al. 1 et 2 OLAA. Le gain assuré maximum se monte actuellement à CHF 148'200.- (cf. art. 22 al. 1 OLAA).

⁵⁹ Art. 13 LAI. La liste des infirmités congénitales reconnues figure en annexe de l'ordonnance du 9 décembre 1985 concernant les infirmités congénitales (RS 831.232.21). Pour plus de détails à ce sujet, cf. DUPONT ANNE-SYLVIE, Le projet de révision du droit aux mesures médicales dans l'assurance-invalidité, in : Dupont/Guilloid (édits), *Réflexions romandes en droit de la santé : mélanges offerts à la Société suisse des juristes par l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel à l'occasion de son congrès annuel 2016*, Zurich 2016, p. 111 ss.

⁶⁰ Cf. art. 12 LAI.

⁶¹ Cf. art. 9 al. 1 LAI.

⁶² Cf. art. 23^{bis} al. 2 RAI.

⁶³ Cf. Circulaire sur les mesures médicales de réadaptation de l'AI (CMRM), état au 1^{er} janvier 2018, N 1238. A noter que le séjour à l'étranger ne doit pas avoir été contre-indiqué d'un point de vue médical.

⁶⁴ Cf. art. 23^{bis} al. 1 RAI.

« d'autres raisons méritant d'être prises en considération » peuvent aussi permettre d'accorder des mesures médicales à l'étranger⁶⁵.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de juger qu'en présence d'une pathologie rare et complexe, il y avait lieu de procéder à « un examen particulièrement minutieux » de l'opportunité d'une prise en charge à l'étranger⁶⁶.

Si les conditions d'une prise en charge à l'étranger sont remplies, elle est plaffonnée au double de ce qu'aurait coûté le traitement en Suisse⁶⁷. Dans tous les cas, les mesures médicales dispensées à l'étranger doivent rester simples et adéquates, et doivent bénéficier d'une reconnaissance par les milieux scientifiques suisses⁶⁸.

3.2 Sur le territoire de l'UE ou de l'AELE

Les rapports entre la Suisse et l'Union européenne font l'objet de plusieurs accords bilatéraux, dont l'Accord bilatéral sur la libre circulation des personnes (ALCP⁶⁹), qui a notamment pour objectif de d'accorder aux ressortissants des Etats membres les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles qui sont accordées aux nationaux⁷⁰. Pour atteindre cet objectif, la coordination des régimes de sécurité sociale s'avère indispensable⁷¹.

La Suisse fait par ailleurs partie de l'Association européenne de libre-échange (AELE), avec le Liechtenstein, l'Islande et la Norvège. La Convention insti-

⁶⁵ La CMRM (note 63) mentionne les situations suivantes : lorsque la poursuite ou l'achèvement du traitement entrepris par le même médecin n'est possible qu'à l'étranger ; lorsque les cliniques spécialisées à l'étranger ont plus d'expérience dans des opérations rares et compliquées ainsi que dans le suivi post-opératoire, ce qui permet de réduire manifestement le risque de l'opération ; lors d'un séjour professionnel ou linguistique prolongé à l'étranger.

⁶⁶ Arrêt 9C_723/2015, 6 avril 2016, c. 5.1.

⁶⁷ Cf. art. 23^{bis} al. 3 RAI.

⁶⁸ Cf. art. 23^{bis} al. 1 RAI.

⁶⁹ RS 0.142.112.681.

⁷⁰ Cf. art. 1 let. d ALCP.

⁷¹ Cf. art. 8 ALCP.

tuant l'Association Européenne de Libre-Echange⁷² a également pour objectif de favoriser la libre circulation des ressortissants des Etats membres⁷³, et prévoit aussi, dans ce contexte, la coordination des systèmes de sécurité sociale⁷⁴.

Dans les deux cas, les textes applicables à la coordination des régimes de sécurité sociale sont les mêmes, à savoir le Règlement (CE) n° 883/2004⁷⁵ et le Règlement (CE) n° 987/2009⁷⁶, le second ayant pour objet de fixer les modalités d'application du premier⁷⁷.

S'agissant de la prise en charge des soins de santé, les règlements européens opèrent une distinction entre les « prestations de maladie, de maternité et de paternité assimilées »⁷⁸ et les « prestations pour accidents du travail et maladies professionnelles »⁷⁹. Les soins nécessités par un accident non professionnel, qui peuvent, en Suisse, relever de la compétence de l'assurance-accidents⁸⁰, doivent être assimilés, dans le langage des règlements européens, à une maladie⁸¹.

Quelle que soit la catégorie de prestations concernée, les règlements européens distinguent deux cas de figure : les soins inopinés à l'étranger (3.2.1) et les soins programmés (3.2.2). Ils prévoient par ailleurs des règles applicables

⁷² Convention AELE (RS 0.632.31).

⁷³ Cf. art. 2 let. c Convention AELE.

⁷⁴ Cf. art. 21 Convention AELE.

⁷⁵ RS 0.831.109.268.1.

⁷⁶ RS 0.831.109.268.11.

⁷⁷ Ces textes sont applicables, dans le cadre de l'ALCP, du fait de leur mention à l'Annexe II, et dans le cadre de la Convention AELE du fait de leur mention à l'Annexe K. A noter encore que ces deux règlements sont applicables, dans le cadre de l'ALCP, depuis le 1^{er} avril 2012 et, dans le cadre de la Convention AELE, depuis le 1^{er} janvier 2016.

⁷⁸ Art. 17 ss R (CE) n° 883/2004.

⁷⁹ Art. 36 ss R (CE) n° 883/2004.

⁸⁰ Cf. art. 6 al. 1 et 8 LAA.

⁸¹ Cf. ATF 135 V 339, consid. 4.4.1.

spécifiquement aux travailleurs frontaliers (3.2.3). Nous avons renoncé à traiter dans le cadre de cette contribution de la situation particulière des personnes titulaires de pensions.

Si les règles européennes de coordination sont censées favoriser la libre circulation des personnes en garantissant notamment l'égalité de traitement entre les ressortissants concernés, la question de la participation aux coûts est susceptible de mettre à mal l'édifice, du point de vue helvétique à tout le moins (3.2.4).

3.2.1 Les soins inopinés

En principe⁸², un ressortissant suisse, de l'UE ou de l'AELE assuré à la LAMal qui doit recourir à des soins de santé alors qu'il séjourne sur le territoire d'un Etat membre, soit de l'UE, soit de l'AELE, a droit aux traitements médicaux auxquels un assuré du pays de séjour aurait droit selon la législation de ce pays, aux mêmes conditions⁸³. Cela signifie que l'institution de sécurité sociale du lieu de séjour doit servir les prestations en nature (les soins) à la personne concernée, aux mêmes conditions que pour une personne résidant dans ce pays. Cette obligation se limite aux soins nécessaires, notion qu'il y a lieu d'expliciter davantage (3.2.1.2), de même que la notion de séjour (3.2.1.1).

La Carte Européenne d'Assurance-Maladie (CEAM) est censée permettre aux personnes concernées d'accéder aux soins selon les modalités définies ci-dessus, sans devoir avancer le montant correspondant au coût de ces soins, ni

⁸² Par exception, la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale recense les prestations qui, pour des raisons pratiques, nécessitent au préalable un accord entre la personne concernée et l'institution dispensant les soins. Il en va ainsi de « tout traitement médical vital qui n'est accessible que dans des unités médicales spécialisées ou dotées du matériel et du personnel adéquats », comme la dialyse rénale, l'oxygénothérapie, les traitements antiasthmatiques particuliers, l'échocardiographie en cas de maladie auto-immune chronique ou la chimiothérapie (cf. Décision S3 du 12 juin 2009, JO C 106/40 du 24 avril 2010, p. 40).

⁸³ Art. 17ch. 1 R (CE) n° 883/2004.

même payer un acompte⁸⁴. L'institution de sécurité sociale compétente doit, sur cette base, rembourser le montant des soins dispensés par l'institution du lieu de séjour. En Suisse, c'est l'Institution commune LAMal qui se charge d'acquitter les factures présentées par les prestataires étrangers⁸⁵.

La personne assurée en Suisse qui doit recourir à des soins de santé à l'étranger doit veiller, dans ce contexte, à ne pas déduire des règles de coordination internationale une extension de sa couverture d'assurance (3.2.1.3).

Finalement, le fait que l'on emploie les mêmes instruments pour coordonner les régimes de sécurité sociale au sein de l'UE et de l'AELE peut entraîner des situations complexes dans lesquelles la détermination du droit applicable peut s'avérer délicate (3.2.1.4).

3.2.2 La notion de séjour

La notion de séjour doit être distinguée de la notion de résidence, utilisée de son côté pour évoquer la situation des travailleurs frontaliers, qui résident dans un Etat différent de celui dans lequel ils sont assurés⁸⁶. Le séjour revêt une dimension temporaire, alors que la résidence évoque une situation durable sur le long terme.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a cependant eu l'occasion de préciser que le temps passé à l'étranger n'est pas le seul critère déterminant. Il faut, bien plus, tenir compte de toutes les circonstances du cas d'espèce. Ainsi, dans une affaire concernant un ressortissant irlandais qui, lors de vacances en Allemagne, avait présenté les symptômes d'une pathologie grave qui avait nécessité des traitements durant plus de onze ans⁸⁷, la

⁸⁴ Cf. Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, Décision S1 du 12 juin 2009 (JO C 106 du 24 avril 2010, p. 23).

⁸⁵ Cf. art. 18 LAMal et 19 OAMal.

⁸⁶ Cf. art. 17 et 18 R (CE) n° 883/2004. Cf. également *infra* 3.2.3.

⁸⁷ Le patient était demeuré en Allemagne, d'une part parce que le voyage vers l'Irlande était médicalement déconseillé, d'autre part parce qu'il avait besoin de soins spécifiques qui n'étaient pas disponibles en Irlande.

CJUE a considéré que dans la mesure où le séjour en Allemagne restait exclusivement motivé par des raisons médicales, et où le patient avait conservé le centre de ses intérêts en Irlande et ne s'était pas intégré en Allemagne, ne parlant d'ailleurs pas la langue de ce pays, le séjour conservait un caractère temporaire qui, en l'occurrence, imposait à l'institution irlandaise de sécurité sociale de poursuivre la prise en charge des soins⁸⁸.

3.2.2.1 La notion de soins nécessaires

Plus large que l'art. 36 OAMal, l'art. 19 R (CE) n° 883/2004 ne mentionne pas la condition de l'urgence pour imposer la prise en charge par l'institution compétente, mais mentionne les soins « nécessaires du point de vue médical au cours du séjour, compte tenu de la nature des prestations et de la durée prévue du séjour ». Il faut entendre par là que la personne assurée ne doit pas être contrainte de rejoindre l'Etat membre compétent avant la fin de la durée prévue de son séjour pour y recevoir le traitement nécessaire⁸⁹. Ainsi, plus la durée prévue pour le séjour sera longue, plus les soins seront susceptibles de remplir la condition de la nécessité posée par le règlement européen.

La CJUE a eu l'occasion de préciser que la notion de soins nécessaires ne devait pas être interprétée de manière à limiter les règles de coordination aux traitements dispensés en raison d'une affection soudaine. Le fait que les soins requis par le patient durant son séjour provisoire dans un Etat membre qui n'est pas l'Etat compétent soient possiblement dus à une pathologie préexistante et connue de l'assuré, comme une maladie chronique, ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 19 R (CE) n° 883/2004⁹⁰.

⁸⁸ Arrêt CJUE du 5 juin 2014, *I*, C-255/13.

⁸⁹ Cf. art. 25 ch. 3 R (CE) n° 987/2009.

⁹⁰ Arrêt CJCE du 25 février 2003, *IKA*, C-326/00, Rec. 2003, p. I-1703.

3.2.2.2 Pas d'élargissement du catalogue de la LAMal

Il est important de garder à l'esprit que les règles postulées par le Règlement (CE) n° 883/2004 sont des règles de coordination entre Etats. Elles ne devraient, en tant que telles, pas avoir d'impact sur la situation de la personne assurée à l'égard de son institution compétente. Ainsi, le fait que la personne assurée en Suisse puisse recourir, à l'étranger, aux mêmes prestations qu'une personne assurée dans l'Etat de séjour, implique certes l'obligation pour son institution compétente de s'acquitter du montant correspondant aux traitements reçus auprès de l'institution de l'Etat de séjour. En revanche, cela ne signifie pas encore que la personne assurée puisse, par ce biais-là, bénéficier de la prise en charge, par son institution de sécurité sociale, de prestations qui ne sont pas prévues par la législation nationale.

Le Tribunal fédéral l'a rappelé dans une affaire concernant une personne assurée en Suisse qui, lors d'un séjour en Allemagne, avait dû bénéficier de soins dentaires⁹¹. L'institution allemande de sécurité sociale avait fourni ces soins, conformément à la législation allemande, et l'Institution commune LAMal lui en a remboursé le coût, conformément aux règles européennes de coordination. Par l'intermédiaire de l'assureur-maladie, elle a ensuite demandé le remboursement à la personne assurée, au motif que ces soins ne figuraient pas dans le catalogue des prestations prises en charge par l'AOS. Le Tribunal fédéral a confirmé l'obligation de rembourser, motif pris de ce que les règles européennes de coordination n'avaient pas d'impact sur le droit matériel de la personne assurée aux prestations de son propre régime de sécurité sociale. Retenir le contraire conduirait à la discrimination systématique des assurés qui continueraient de se faire soigner en Suisse⁹².

⁹¹ Arrêt 9C_103/2016, 23 août 2016.

⁹² Arrêt 9C_103/2016, 23 août 2016, consid. 5.3.3.

3.2.2.3 Distinction entre l'UE et l'AELE

Le fait que les Règlements (CE) n° 883/2004 et n° 987/2009 aient vocation à s'appliquer pour coordonner les régimes de sécurité sociale tant dans le cadre des rapports entre la Suisse et les pays membres de l'UE qu'au sein de l'AELE pourrait induire la tentation de considérer les deux structures comme une seule et même entité.

Il est pourtant important de se rappeler que les règlements s'appliquent dans le cadre d'accords internationaux distincts – l'ALCP d'une part et la Convention AELE d'autre part. Il faut ensuite garder à l'esprit que le champ d'application des règlements est limité, sur le plan personnel, aux ressortissants des Etats membres de l'entité concernée, et, sur le plan territorial, aux états de fait qui se produisent sur le territoire de l'un des Etats membres de chaque entité.

Un ressortissant suisse ne devrait en principe jamais être confronté à des difficultés sous cet angle, dans la mesure où la Suisse est non seulement partie à l'ALCP conclu avec l'UE, mais aussi membre à part entière de l'AELE. En revanche, un ressortissant de l'une des deux entités, par hypothèse domicilié en Suisse et assuré dans le cadre de la LAMal, qui séjourne sur le territoire de l'autre entité et doit y recevoir des soins ne pourra selon nous pas se prévaloir des règles européennes de coordination, de sorte que le droit suisse s'appliquera, aux conditions plus restrictives mentionnées ci-dessus⁹³.

Ainsi, un ressortissant islandais, domicilié en Suisse et assuré à la LAMal, qui se rend en Italie pour des vacances et doit y recevoir des soins bénéficiera d'une prise en charge par le biais de l'AOS si la condition de l'urgence au sens de l'art. 36 OAMal est remplie.

⁹³ Cf. *supra* 3.1.

3.2.3 Les soins programmés

Les règlements européens prévoient également, en théorie à tout le moins, un accès simplifié aux soins de santé délivrés à l'étranger. La personne qui est assurée dans un Etat et qui se rend dans un autre Etat pour bénéficier de soins de santé doit au préalable obtenir l'autorisation de l'institution compétente⁹⁴. La CEAM ne peut être utilisée dans ce contexte, et il conviendra de remettre au fournisseur de prestations le formulaire S2.

L'institution compétente, soit, en ce qui concerne la Suisse, la caisse-maladie auprès de laquelle la personne est assurée, doit délivrer l'autorisation si deux conditions cumulatives sont réunies : en premier lieu, il faut que la prise en charge des soins requis soit prévue par la législation de l'Etat compétent, en l'occurrence par la LAMal et ses ordonnances d'application pour ce qui concerne la Suisse. En second lieu, il faut que ces soins ne puissent être délivrés en Suisse dans un délai acceptable sur le plan médical, compte tenu de l'état de santé de la personne assurée et de l'évolution probable de la maladie.

Les jurisprudences rendues par la CJUE – et avant elle par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) – montrent une volonté d'interpréter largement ces conditions, et de voir l'autorisation délivrée facilement lorsqu'elle est requise. En particulier, les institutions de sécurité sociale ne peuvent la refuser au motif que le traitement coûte plus cher à l'étranger, à moins que cela ne représente « un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale », ce qui n'est admis que restrictivement⁹⁵.

A l'inverse, les jurisprudences helvétiques sont plutôt restrictives. Le Tribunal fédéral a ainsi dit à plusieurs reprises que conformément au texte clair de l'art. 20 ch. 1 R (CE) n° 883/2004, les règles européennes de coordination n'ouvraient pas la porte à la prise en charge, par l'AOS, de prestations aux-

⁹⁴ Art. 20 ch. 1 R (CE) n° 883/2004.

⁹⁵ Arrêt CJCE du 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, Rec. 1998, p. I-1831 ; arrêt CJCE du 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96, Rec. 1998, p. I-1931.

quelles la personne assurée n'aurait pas droit selon la législation suisse⁹⁶. Les traitements demandés doivent figurer dans le catalogue des prestations établi par la LAMal et remplir les conditions de l'efficacité, de l'économicité et de l'adéquation des prestations.

En d'autres termes, l'objet des règles européennes de coordination est d'élargir le panel des fournisseurs de prestations autorisés à dispenser les traitements requis, mais en aucun cas le catalogue des prestations prises en charge.

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral rappelle également régulièrement dans ses arrêts qu'il n'existe pas de droit à la substitution, autrement dit de droit d'obtenir l'équivalent en argent de ce qu'aurait coûté la prestation en Suisse, lorsque les conditions pour une prise en charge à l'étranger ne sont pas remplies (droit à la substitution)⁹⁷.

Lorsque l'autorisation est accordée, la personne assurée bénéficie des prestations servies par l'institution du lieu de séjour – dans lequel elle reçoit les soins – pour le compte de l'institution compétente, aux mêmes conditions qu'une personne assurée dans le pays de séjour⁹⁸.

3.2.4 La situation particulière des travailleurs frontaliers

Du fait du critère principal de rattachement prévu par le Règlement (CE) n° 883/2004 au lieu de l'exercice de l'activité lucrative (*lex loci laboris*)⁹⁹, la personne qui réside dans un Etat membre et travaille dans un autre voit sa sécurité sociale régie par le droit du second¹⁰⁰. Par exception, si elle réside

⁹⁶ Cf. arrêt 9C_103/2016, 23 août 2016, consid. 5.3.2 et 5.3.3 ; arrêt 9C_479/2008, 30 décembre 2008, consid. 4 et 5.

⁹⁷ Cf. les références en note 53.

⁹⁸ Cf. art. 20 ch. 2, 1^{ère} phrase, R (CE) n° 883/2004.

⁹⁹ Cf. art. 11 ch. 3 let. a R (CE) n° 883/2004.

¹⁰⁰ Dans le contexte du Règlement (CE) n° 883/2004, un travailleur frontalier ou une travailleuse frontalière est une personne qui exerce une activité lucrative dans un Etat membre et qui ré-

dans un Etat membre jouxtant la Suisse (France, Allemagne, Autriche ou Italie), elle peut, au moment de la prise de son emploi en Suisse, exercer un droit d'option pour son affiliation à l'assurance-maladie¹⁰¹. Si elle fait usage de ce droit, elle conserve sa couverture maladie dans son Etat de résidence, le reste de sa sécurité sociale suivant la règle énoncée au début de ce paragraphe.

Les personnes qui travaillent en Suisse tout en résidant dans un pays voisin et qui n'ont pas exercé leur droit d'option sont assurées dans le cadre de l'AOS en Suisse. Le Règlement (CE) n° 883/2014 prévoit qu'à l'instar des autres travailleurs frontaliers, soit ceux résidant dans des pays qui ne sont pas voisins de la Suisse, ces personnes bénéficient des prestations en nature dans leur Etat de résidence, selon la législation de cet Etat et aux mêmes conditions que les personnes qui y sont assurées, à charge de l'assurance-maladie suisse¹⁰². Notons qu'elles peuvent aussi, si elles séjournent en Suisse, y bénéficier des soins de santé auxquels elles ont droit selon la LAMal et ses ordonnances d'application¹⁰³.

En principe, les mêmes règles sont applicables aux membres de leur famille qui, en raison des règles internationales de coordination¹⁰⁴, sont assurées dans le cadre de l'AOS en Suisse alors qu'elles résident à l'étranger¹⁰⁵.

side dans un autre Etat membre où elle retourne en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine (art. 1 let. f R [CE] n° 883/2004).

¹⁰¹ Cf. R (CE) n° 883/2004, annexe XI pour la Suisse, ch. 3 let. b. Pour davantage de détails au sujet de l'exercice du droit d'option, cf. RIONDEL GHISLAINE, La prise en charge des soins de santé dans un contexte transfrontalier européen : problématique générale en Europe et propositions pour la région franco-valdo-genevoise, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 343 ss ; KAHIL-WOLFF BETTINA, Droit social européen : Union européenne et pays associés, Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 593 s.

¹⁰² Cf. art. 17 R (CE) n° 883/2004.

¹⁰³ Cf. art. 18 ch. 1 R (CE) n° 883/2004.

¹⁰⁴ Cf. R (CE) n° 883/2004, annexe XI pour la Suisse, ch. 3 let. a ch. iv et v. Pour plus de détails à ce sujet, cf. RIONDEL (note 101), p. 260 ss. Cf. également art. 4a LAMal.

¹⁰⁵ Cf. art 18 ch. 2 R (CE) n° 883/2004. A noter que la Suisse n'est pas énumérée à l'annexe III mentionnée par cette disposition, auquel cas les conditions de prise en charge des prestations

Si le travailleur frontalier ou les membres de sa famille recourent à des prestations de soins dans leur Etat de domicile, les conditions et les modalités des prestations à charge de l'AOS en Suisse sont définies selon la législation de l'Etat de domicile. Il peut ainsi s'agir de prestations dont le remboursement n'est pas prévu pour une personne assurée domiciliée en Suisse, qui n'a donc pas le statut de travailleur frontalier¹⁰⁶.

3.2.5 La participation aux coûts : une entrave à la libre circulation ?

Les règles exposées ci-dessus montrent que la facilitation de l'accès aux soins de santé pour les personnes qui se déplacent au sein de l'UE, respectivement de l'AELE, fait partie intégrante du concept de libre circulation. L'égalité de traitement voulue, à cet égard, entre les personnes qui font valoir leur droit à la libre circulation et les personnes assurées dans l'Etat dans lequel elles se trouvent s'inscrit parfaitement dans ce cadre.

Il faut cependant se demander si, dans certains cas, la stricte application de ces règles de coordination ne peut pas se retourner contre la personne qui doit recourir à des soins alors qu'elle se trouve à l'étranger. En Suisse, une affaire jugée par le Tribunal fédéral en 2015 a permis de mettre au jour cette difficulté. Il s'agissait d'une assurée helvétique séjournant en France pour des vacances. Durant son séjour, elle doit être hospitalisée d'urgence en raison de problèmes cardiaques. L'institution française de sécurité sociale lui demande de s'acquitter de 20% de la facture totale, soit l'équivalent de ce qu'une personne assurée en France aurait dû payer. Le solde de la facture a été pris en charge par l'assurance-maladie de l'assurée, selon les règles mentionnées ci-dessus¹⁰⁷. De retour en Suisse, l'assurée demande à son assureur-maladie de

en Suisse auraient été plus restrictives. Pour les formalités à remplir, cf. art. 24 R (CE) n° 987/09.

¹⁰⁶ Cf. BIEBACK KARL-JÜRGEN, in : Fuchs (édit.), *Europäisches Sozialrecht*, 7^{ème} éd., Baden-Baden 2018, art. 17 N 18 ss. Cf. également l'arrêt CJCE du 8 juin 1995, *Delavant*, C-451/93, Rec. 1995, p. I-1545. Cf. également la feuille d'information sur le formulaire S1 (https://www.cleiss.fr/reglements/S1_infos.pdf).

¹⁰⁷ Cf. *supra* 3.2.1.

rembourser le montant qu'elle avait dû acquitter elle-même, dès lors qu'elle avait déjà payé, pour l'année civile concernée, l'intégralité de la franchise et des participations dont elle était redevable en application des art. 64 LAMal et 103 OAMal. L'assureur-maladie ayant refusé, la cause a été portée, en dernier lieu, devant le Tribunal fédéral, qui a confirmé que compte tenu du principe d'égalité de traitement postulé par les règles européennes de coordination, la personne devait être traitée comme une assurée française, et devait donc s'acquitter de la participation demandée¹⁰⁸.

Cet arrêt a fait l'objet de nombreuses critiques¹⁰⁹. En résumé, il est problématique, premièrement, que la situation d'une administrée suisse vis-à-vis de l'administration de son propre pays soit péjorée par l'application d'une convention internationale. Deuxièmement, et c'est probablement ce qui est le plus gênant ici, au nom de l'égalité entre personnes se déplaçant au sein de l'UE, cette assurée est discriminée par rapport aux autres assurés de son propre pays : une personne assurée en Suisse hospitalisée dans les mêmes circonstances, non pas en France, mais au Maroc, n'aurait en effet rien eu à payer du tout si elle s'était déjà acquittée de sa franchise et sa quote-part, la condition de l'urgence étant ici acquise. Il en aurait été de même si cette assurée avait été une ressortissante d'un Etat tiers (par exemple de Chine) : dans ce cas, les règles de coordination européennes n'étant, sous l'angle du champ d'application personnel, pas applicables, c'est en vertu du seul art. 36 OAMal que le droit aux prestations aurait été déterminé.

La difficulté provient ici de ce que la législation helvétique connaît, en matière d'assurance-maladie, une franchise annuelle et des participations plafonnées par année civile. Une personne assurée peut donc, en fonction du volume de soins dont elle a besoin, se trouver dans la situation de s'être

¹⁰⁸ Cf. ATF 141 V 612.

¹⁰⁹ Cf. notamment DUPONT ANNE-SYLVIE, Assurances sociales : regard sur quelques actualités, in : Fuhrer (édit.), *Annuaire SDRCA 2016*, Zurich 2016, p. 111 ss, p. 131 ss ; KIESER UELI, *Notfallbehandlung im Ausland – nach welchem Recht richtet sich die allfällige Kostenbeteiligung ?*, REAS 2/2016, p. 247 ss ; *Concours 2015 des arrêts les plus désolants*, Plaidoyer 1/16, p. 59.

acquittée de l'intégralité des montants légalement mis à sa charge pour une année civile donnée. La plupart des pays européens connaissent, quant à eux, des systèmes de franchises par cas, qui impliquent une participation de la personne assurée à chaque fois qu'elle recourt à des soins¹¹⁰. Les assurés helvétiques qui se sont acquittés de leur franchise et de leurs participations sont alors systématiquement discriminés s'ils doivent recevoir des soins à l'étranger. Il en ira de même pour des traitements relevant de l'assurance-accidents ou de l'assurance-invalidité si, dans l'Etat de séjour, des participations sont demandées aux personnes assurées, alors que la législation helvétique prévoit la prise en charge intégrale du coût de ces traitements.

En l'absence de règle de coordination correspondante dans les textes européens, il n'est par ailleurs pas possible pour la personne assurée en Suisse d'opposer à l'institution étrangère de sécurité sociale la franchise et les quotes-parts dont elle s'est acquittée en Suisse dans le but d'éviter toute participation selon les règles du pays de séjour.

Il est dès lors légitime de se demander si le législateur européen, au moment d'élaborer les deux règlements que nous avons étudiés, a tenu compte de certaines particularités nationales, notamment en matière de participation de la personne assurée au coût des soins dont elle bénéficie. En l'occurrence, la procédure et les modalités de la prise en charge et/ou du remboursement des prestations en nature font l'objet de l'art. 25 ch. 4 à 9 du Règlement (CE) n° 987/2009¹¹¹. Il est ainsi prévu que si la personne assurée a effectivement supporté tout ou partie des coûts des prestations qui lui ont été fournies, elle s'adresse en priorité à l'Etat de séjour pour en obtenir le remboursement, selon les conditions de la législation qui y est applicable (ch. 4). Si le remboursement n'a pas été demandé à l'Etat de séjour, il peut l'être auprès de

¹¹⁰ Cf. Feuilles d'information de l'Institution commune LAMal (<https://www.kvg.org/fr/sejour-au-sein-de-lue-aele-content--1-1044.html>).

¹¹¹ Ces dispositions s'appliquent tant en cas de soins inopinés (art. 19 R [CE] n° 883/2004) que de soins programmés (art. 20 R [CE] n° 883/2004) par le truchement de l'art. 26 ch. 6 R (CE) n° 987/2009.

l'Etat compétent – la Suisse dans notre cas, qui doit alors appliquer les tarifs pratiqués par l'Etat de séjour (ch. 5). Par exception, l'Etat compétent peut appliquer sa propre législation si la personne assurée y consent (ch. 6).

Emboîtant le pas à l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), le Tribunal fédéral se borne à constater que ce dernier chiffre est formulé de manière potestative (*Kann-Vorschrift*). L'absence de justification, dans l'arrêt en question¹¹², permettant de comprendre ce qui, dans le cas d'espèce, exclut que l'assureur-maladie exploite cette marge de manœuvre, permet deux interprétations possibles : soit on doit en déduire que l'assureur-maladie dispose ici d'un pouvoir discrétionnaire, soit on doit en déduire que les instructions données par l'OFSP¹¹³ lient l'administration et les magistrats une bonne fois pour toutes.

Dans un cas comme dans l'autre, la réflexion du Tribunal fédéral fait abstraction de l'interprétation de l'art. 25 ch. 6 du Règlement (CE) n° 987/2009. A cet égard, il faut relever que ni les travaux préparatoires, ni la jurisprudence ne livrent d'éléments susceptibles de conduire à une réponse claire¹¹⁴. La doctrine considère quant à elle que le but de cette disposition est d'éviter que la personne assurée soit défavorisée par les règles de coordination en étant plus mal traitée que si elle avait reçu les soins dans son Etat d'origine. KARL-JÜRGEN BIEBACK cite précisément à ce sujet l'exemple d'une participation aux frais plus élevée dans l'Etat de séjour¹¹⁵. Pour cet auteur, l'Etat compétent ne peut prendre la décision une fois pour toutes de ne jamais appliquer sa

¹¹² Cf. ATF 141 V 612, consid. 5.1 et 5.2.

¹¹³ Cf. <https://www.bag.admin.ch>, rubrique Assurances > Assurance-maladie > Assurés domiciliés à l'étranger > Participation aux coûts > Participation aux coûts des personnes assurées en Suisse.

¹¹⁴ Et ce malgré une prise de position du Comité économique et social européen, qui déplorait le manque de clarté de l'art. 25 R (CE) n° 987/2009 (Avis du Comité économique et social européen du 26 octobre 2006 sur la « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant les modalités d'application du règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale », p. 17).

¹¹⁵ Cf. BIEBACK (note 106), art. 19 N 33.

propre législation, mais doit faire bon usage de son pouvoir d'appréciation, en tenant compte des circonstances du cas individuel.

Cette interprétation doit être complétée en tenant compte de l'esprit et du but du règlement dans lequel elle s'inscrit. A cet égard, le préambule du Règlement (CE) n° 987/2009 rappelle la nécessité de tenir compte de la « situation objective de la personne assurée » (ch. 10). Par ailleurs, le chiffre 17 de ce préambule prévoit expressément que « le présent règlement, et en particulier les dispositions relatives au séjour hors de l'Etat membre compétent et aux soins programmés, ne devrait pas empêcher l'application de dispositions nationales plus favorables, notamment pour ce qui est du remboursement des frais supportés dans un autre Etat membre ». Cette disposition rappelle, dans le contexte particulier de la coordination des régimes de sécurité sociale, le principe exprimé à l'art. 12 de l'Accord sur la libre circulation des personnes, qui dispose que « le présent accord ne préjuge pas des dispositions nationales plus favorables qui puissent exister aussi bien pour les ressortissants des parties contractantes que pour les membres de leur famille ».

Ces dispositions rejoignent le principe développé par la CJCE, en matière de sécurité sociale précisément, dans la jurisprudence *Petroni*¹¹⁶, et confirmé par la suite, notamment dans l'arrêt *Rönfeldt*¹¹⁷. Selon cette jurisprudence, l'objectif de libre circulation ne peut être atteint si, « par suite de l'exercice de leur droit de libre circulation, les travailleurs devaient perdre des avantages de sécurité sociale que leur assure, en tout état de cause, la seule législation d'un Etat membre »¹¹⁸. En application de ce principe, il convient, en cas de doute, de comparer la solution à laquelle aboutit l'application des règles européennes de coordination avec celle à laquelle conduit l'application de la seule législation nationale, et d'appliquer la solution la plus favorable à la

¹¹⁶ Arrêt CJCE du 21 octobre 1975, *Petroni*, C-24/75, Rec. 1975, p. 1149.

¹¹⁷ Arrêt CJCE du 7 février 1991, *Rönfeldt*, C-227/89, Rec. 1991, p. I-323.

¹¹⁸ Arrêt CJCE du 7 février 1991, *Rönfeldt*, C-227/89, Rec. 1991, p. I-323, N 26.

personne assurée. Dans d'autres affaires concernant les pensions, le Tribunal fédéral a d'ailleurs appliqué ce principe et fait usage de ce procédé¹¹⁹.

Il découle de ce qui précède que compte tenu de l'objectif poursuivi par les Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009, eux-mêmes s'inscrivant, pour ce qui concerne la Suisse, dans le cadre de la concrétisation des buts de l'ALCP, l'art. 25 ch. 6 du Règlement (CE) n° 987/2009 doit être interprété de telle manière que l'administration, respectivement le juge, doit appliquer la législation nationale, en l'espèce le droit suisse, lorsque de celle-ci découle une solution plus favorable pour la personne assurée.

Dans l'affaire qui nous occupe ici, le Tribunal fédéral aurait à notre sens dû examiner la solution à laquelle l'on parvenait en appliquant les art. 34 LAMal et 36 OAMal. Les conditions d'application de cette seconde disposition étant remplies, l'assurée avait droit à la prise en charge des prestations fournies à l'étranger, à concurrence de ce qu'elles auraient coûté en Suisse. De plus, elle n'aurait pas eu à acquitter de franchise ou de quote-part. Cette solution, vraisemblablement plus favorable que celle qui découle de l'application des règles de coordination, aurait dû être préférée.

Par contre, si la solution « européenne » s'était avérée plus avantageuse, il eût alors convenu de l'appliquer. A notre sens, le principe Petroni commande une comparaison globale de la situation, en application du droit national d'une part et en application des règles de coordination d'autre part. Une solution mélangeant les règles applicables, par exemple en n'appliquant la législation nationale qu'à la question de la participation aux coûts, n'est en revanche pas souhaitable.

3.3 Les collaborations transfrontalières

En 2006, le législateur a introduit dans la LAMal la possibilité de mener des projets pilotes en matière de collaborations transfrontalières. Conformément à l'art. 36a OAMal, il est possible d'autoriser des projets pilotes

¹¹⁹ Cf. notamment ATF 142 V 112, consid. 4 ; ATF 133 V 329 ; arrêt 8C_468/2009.

prévoyant la prise en charge par les assureurs-maladie de prestations fournies à l'étranger, dans des zones frontalières, à des personnes résidant en Suisse. En application de cette disposition, deux projets pilotes ont été approuvés, le premier dans la région de Bâle/Lörrach, le second entre le canton de Saint-Gall et le Liechtenstein. D'après le Conseil fédéral, ces projets permettent de renforcer les régions frontalières suisses et d'y améliorer l'offre de soins, ce qui correspond d'ailleurs à un besoin¹²⁰.

En 2016, le Conseil fédéral a souhaité que ces projets puissent être pérennisés. La réglementation adoptée initialement limitait en effet la durée des projets pilotes à quatre ans, renouvelables une seule fois pour la même durée. Une modification ultérieure de l'OAMal a permis une deuxième prolongation, pour quatre années supplémentaires¹²¹. Pour le Conseil fédéral, l'intérêt d'une coopération avec les pays voisins dans le domaine de la santé a augmenté ces dernières années, compte tenu de l'augmentation des coûts de la santé d'une part, et d'une mobilité toujours plus étendue d'autre part¹²².

L'art. 34 al. 2 LAMal modifié, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2018, permet désormais au Conseil fédéral de prévoir, par voie d'ordonnance, la prise en charge par l'AOS, sans limite de temps, des coûts des prestations fournies à l'étranger à des assurés qui résident en Suisse, dans le cadre de ce que l'on appelle désormais la coopération transfrontalière.

Si l'on fait abstraction de la disparition de la limite temporelle, les conditions matérielles que les projets de coopération internationale devront remplir pour être approuvés restent à peu de choses près identiques. Le Conseil fédé-

¹²⁰ OFSP, Rapport explicatif sur les modifications prévues pour les 1^{ers} janvier 2018 et 2019 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), de novembre 2017 (disponible sur le site Internet de l'OFSP, www.bag.admin.ch), p. 9.

¹²¹ Cf. Message CF (note 13), p. 3.

¹²² Cf. Message CF (note 13), p. 4.

ral a indiqué dans son message vouloir s'inspirer de l'ancien art. 36a OAMa¹²³ et ne pas « viser une ouverture plus grande »¹²⁴.

Les conséquences financières font toujours l'objet d'un suivi scientifique, comme l'ont fait jusqu'ici les projets pilotes bâlois et saint-gallois¹²⁵.

4 CONCLUSION

Nous avons rappelé, en introduction de cette contribution, qu'en matière de soins de santé, le principe de territorialité régnait en maître. Ce principe n'interdit naturellement pas au patient qui le souhaite de recourir au service de santé d'un autre canton que son canton de domicile, voire d'un autre pays. Il fait en revanche obstacle à ce que les soins qu'il y recevra soient mis à charge de l'assurance obligatoire des soins, à moins que des conditions somme toute plutôt restrictives soient remplies.

A l'intérieur des frontières helvétiques, il existe désormais une dichotomie entre traitements ambulatoires et traitements stationnaires. Pour les premiers, le recours à un fournisseur de prestations situé hors canton n'est plus de nature à pénaliser la personne assurée, qui verra son assurance-maladie intervenir pour l'intégralité du coût des soins, sous réserve de la franchise et de la quote-part qui lui incombent de toute manière.

Pour les seconds en revanche, l'intervention de l'AOS reste limitée aux tarifs du canton de domicile de la personne assurée, et encadrée par la planification hospitalière cantonale. Il en va de même pour les séjours en EMS hors canton. De manière un peu étrange, la nouvelle jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral aménage une plus grande liberté de choix pour les personnes qui choisissent, par convenance, de recevoir des soins dans un hôpital situé hors canton – aussi longtemps, toutefois, qu'il figure sur la planification hospita-

¹²³ Cf. Message CF (note 13), p. 8 s.

¹²⁴ Cf. Rapport explicatif OFSP (note 120), p. 9 s.

¹²⁵ Cf. Message CF (note 13), p. 7.

lière du canton dans lequel il se trouve, dès lors que les quotas prévus dans cette planification ne lui sont pas opposables.

Cette brèche interpelle sur la pérennité de la cohabitation de 26 planifications cantonales, le plus souvent non coordonnées entre elles. A terme, il est plus vraisemblable qu'une planification régionale, voire nationale, soit incontournable.

La prise en charge des soins de santé dispensés à l'étranger donne l'impression d'effrayer tant l'administration que la justice, qui se montrent restrictives dans l'interprétation de conditions que les instances européennes appliquent avec un esprit différent. Ces craintes apparaissent également au moment de pérenniser les projets de collaboration transfrontière, dont les conditions ne sont pas élargies, si ce n'est leur durée dans le temps.

Notons encore que le remboursement par l'AOS de médicaments achetés à l'étranger fait partie des mesures préconisées par un rapport d'experts établi en août 2017 pour faire baisser les coûts de la santé¹²⁶. Cette mesure ne fait toutefois pas partie du premier volet du programme du Conseil fédéral pour la maîtrise des coûts, en consultation jusqu'au 14 décembre 2018¹²⁷. Le second volet devrait être mis en consultation en 2019. Cette mesure fait d'ores et déjà l'objet de critiques de la part des professionnels de la pharmacie.

¹²⁶ Mesures visant à freiner la hausse des coûts dans l'assurance obligatoire des soins. Rapport du groupe d'experts du 24 août 2017 (<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/50085.pdf>).

¹²⁷ Cf. Rapport explicatif relatif à la révision partielle de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie : Mesures visant à freiner la hausse des coûts, 1^{er} volet (ouverture de la procédure de consultation), du 14 septembre 2018 (disponible sur le site Internet de la Confédération, rubrique Droit fédéral > Procédures de consultation. Jusqu'au 14 décembre 2018, le rapport figure dans les procédures de consultation en cours pour le DFI, puis apparaîtra dans les procédures de consultation terminées).