

Compétence pour le financement résiduel dans le cadre du financement des soins

**Rapport du Conseil fédéral
du 21 octobre 2015**

en exécution des postulats

12.4051 "Séjour dans un home situé en dehors du canton de domicile. Financement résiduel"
du 4 décembre 2012, et

12.4099 "Régler le financement résiduel en cas de séjour dans un home situé en dehors du
canton de domicile en s'inspirant de la LPC" du 11 décembre 2012

Résumé

Les deux postulats en exécution desquels ce rapport a été rédigé concernent la question des compétences pour le financement résiduel lors de prestations de soins fournies en cas de séjours en établissement médico-social (EMS) hors canton. Le postulat 12.4051 "Séjour dans un home situé en dehors du canton de domicile. Financement résiduel" charge le Conseil fédéral "d'examiner, conjointement avec les cantons, comment le financement résiduel en cas de séjour dans un home situé en dehors du canton de domicile pourrait être réglé, afin de garantir le droit des personnes ayant besoin de soins de choisir librement le lieu où elles seront soignées". Le postulat 12.4099 "Régler le financement résiduel en cas de séjour dans un home situé en dehors du canton de domicile en s'inspirant de la LPC" [Loi fédérale sur les prestations complémentaires], charge le Conseil fédéral "d'examiner, en collaboration avec les cantons, comment la question de la compétence en cas de séjour dans un home situé en dehors du canton de domicile pourrait être réglée rapidement dans la loi sur l'assurance-maladie (LAMal) ; il prévoira une réglementation analogue à celle de la loi sur les prestations complémentaires".

La loi sur le nouveau régime de financement des soins est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. L'art. 25a LAMal prévoit que les prestations de soins dans un EMS et à domicile sont financées par une contribution de l'assurance obligatoire des soins (AOS), par une participation limitée de l'assuré et que les cantons règlent le financement résiduel. La problématique en cas de prestations de soins hors canton se situe notamment au niveau de la compétence cantonale en relation avec la participation de l'assuré applicable et avec le financement résiduel assuré par les cantons.

Les cantons sont compétents pour régler et assumer le financement résiduel et ont adopté des réglementations en fonction de leurs spécificités. Ainsi, une partie des cantons se fonde sur les règles de compétence de la LPC, tandis que l'autre partie des cantons se base sur les règles de compétence de la LAMal. La LPC prévoit que le séjour dans un home ne fonde pas de nouvelle compétence, alors que selon la LAMal, la compétence cantonale est déterminée par le principe du domicile (art. 1, al. 1, LAMal, art. 13, al. 1, de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales [LPGA], art. 23ss du code civil [CC]).

Ce rapport examine et compare les solutions possibles et leurs conséquences. Lorsque des prestations de soins sont fournies hors canton, ces solutions ne résolvent toutefois pas toutes les questions qui se posent entre les cantons concernés, notamment en cas d'éventuelles différences entre les réglementations concernant les montants du financement résiduel et / ou les montants de la participation de l'assuré. Selon la solution choisie la cohérence entre la LAMal et la LPC n'est pas assurée ou alors la systématique de la LAMal n'est pas respectée. Afin de résoudre ces difficultés, la solution consisterait à modifier la LAMal dans le sens de la LPC.

Les principaux thèmes en lien avec les prestations de soins hors canton sont traités actuellement dans le cadre de l'initiative parlementaire 14.417 "Amender le régime de financement des soins".

Table des matières

Résumé.....	1
1. Contexte	4
1.1. Le nouveau régime de financement des soins	4
1.2. Mise en œuvre du nouveau régime de financement des soins par les cantons	5
1.3. Problèmes rencontrés quant au financement résiduel hors canton	5
1.3.1. Contexte.....	5
1.3.2. Statistiques.....	7
1.3.3. Les différentes solutions choisies par les cantons	7
1.3.4. Synthèse	7
1.4. Interventions parlementaires	8
2. Analyse du problème touchant à la compétence des cantons dans le cadre du financement résiduel lors de séjours hors canton.....	9
2.1. Domicile et détermination des compétences	9
2.1.1. Le domicile au sens du code civil (CC)	9
2.1.2. Le domicile dans la LPGA et la LAMal.....	11
2.1.2.1. Le domicile dans la LPGA.....	11
2.1.2.3. Les compétences liées au domicile dans la LAMal.....	12
2.1.3. Les compétences liées au domicile dans la LPC	13
2.2. Liberté d'établissement et libre choix du fournisseur de prestations.....	14
2.2.1. La liberté d'établissement.....	14
2.2.2. Libre choix du fournisseur de prestations et prise en charge des coûts.....	15
3. Solutions envisageables.....	15
3.1. "Solution LAMal" lors de séjours hors canton	17
3.1.1. Cas N. 1	17
3.1.2. Cas N. 2	18
3.1.3. Cas N. 3	19
3.2. "Solution LPC" lors de séjours hors canton	19
3.2.1. Cas N. 1	19
3.2.2. Cas N. 2	20
3.2.4. Cas N. 3	21

3.2.5. Cas N. 4	22
4. Evaluation	22
4.1. Compétence selon la « solution LAMal »	22
4.2. Compétence selon la « solution LPC »	23
5. Bilan	23
6. Initiative parlementaire 14.417, état des travaux	24
Annexe 1	25

1. Contexte

1.1. Le nouveau régime de financement des soins

La loi sur le nouveau régime de financement des soins est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Le but de la réforme est, d'une part, d'améliorer la situation sociale difficile de certains groupes de personnes nécessitant des soins ; d'autre part, d'éviter de charger davantage financièrement l'assurance-maladie. Cette loi introduit plusieurs modifications dans différentes lois fédérales. Les lois modifiées sont principalement la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance maladie (LAMal ; RS 832.10), la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-veillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10) et la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires (LPC ; RS 831.30).

- La LAVS introduit une allocation pour impotent de faible degré en faveur des rentiers vivant à domicile et présentant une impotence légère (art. 43^{bis}, al. 1, 1^{ère} phrase, 1^{bis}, 2 et 3).
- La LPC stipule, d'une part, que le séjour dans un home ne doit pas mener à une dépendance à l'assistance sociale ; d'autre part, cette loi prévoit l'augmentation de la franchise sur la fortune entrant dans le calcul des prestations complémentaires (art. 10, al. 2, let. a et art. 11, al. 1, let. c, et al. 1^{bis}).
- Le financement des soins fournis en ambulatoire ou en EMS est nouvellement réglé dans la LAMal. Le législateur a attribué aux cantons de larges compétences (art. 25, al. 2, let. a et f, art. 25a, art. 49, al. 1, 1^{ère} phrase, art. 50 et art. 104a).

La répartition du financement des soins est réglée à l'art. 25a LAMal de la manière suivante : Premièrement l'assurance obligatoire des soins (AOS) verse d'une contribution en francs en fonction des besoins en soins ; Deuxièmement, les coûts des soins qui ne sont pas pris en charge par les assurances sociales sont financés par les personnes assurées jusqu'à concurrence d'un montant correspondant au maximum à 20 % de la contribution maximale fixée par le Conseil fédéral (art. 25a, al. 5, LAMal) ; Troisièmement, les cantons sont compétents pour régler le financement résiduel (art. 25a, al. 5, LAMal, dernière phrase).

Les contributions prévues à l'art. 25a, al. 1, LAMal sont fixées par le Conseil fédéral respectivement par le Département fédéral de l'intérieur à l'art. 7a, al. 1 pour les soins ambulatoires et al. 3, pour les soins en EMS, de l'ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (OPAS ; RS 832.112.31). Les contributions versées par l'AOS pour les coûts des prestations en soins fournies par les fournisseurs de prestations en ambulatoire (infirmiers et infirmières, organisations de soins et d'aide à domicile) sont prévues par heure et le remboursement s'effectue par unité de temps de 5 minutes. Les contributions versées par l'AOS pour les coûts des prestations en soins fournies en EMS sont prévues par jour et définies selon le besoin en soin (l'échelonnement est fait de manière linéaire par tranches de 20 minutes)

Les dispositions transitoires de la modification de la LAMal du 13 juin 2008 prévoient l'introduction du principe de la neutralité des coûts et la fixation d'un délai de trois ans maximum, qui a expiré fin 2013, pour l'adaptation des tarifs par les gouvernements cantonaux aux contributions fixées par le Conseil fédéral.

En ce qui concerne la planification des établissements médico-sociaux, l'introduction du nouveau régime de financement des soins n'a apporté aucune modification. L'art. 39 LAMal reste applicable, notamment l'alinéa 1, lettre d, qui dispose que les établissements correspondent à la planification établie par un canton ou, conjointement, par plusieurs cantons afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers, les organismes privés devant être pris en considération de manière adéquate.

1.2. Mise en œuvre du nouveau régime de financement des soins par les cantons

Les Commissions de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national (CSSS-N) et du Conseil des Etats (CSSS-E) ont, plusieurs fois, chargé l'administration de les informer sur la mise en œuvre du financement des soins dans les cantons. L'Office fédéral de la santé publique (OFSP) en collaboration, notamment avec la Conférence des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) et l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a procédé à plusieurs sondages auprès des cantons et des fournisseurs de prestations. Les résultats de ces sondages ont été résumés, à l'attention des Commissions, dans 4 rapports¹ :

- Rapport du 26 avril 2011 relatif à la mise en œuvre dans les cantons de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur le nouveau régime de financement des soins.
- Rapport explicatif du 28 juillet 2011 relatif à la mise en œuvre dans les cantons de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur le nouveau régime de financement des soins.- Questions complémentaires.
- Rapport explicatif du 13 août 2012 relatif à la mise en œuvre dans les cantons de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur le nouveau régime de financement des soins.
- Rapport explicatif du 3 octobre 2013 relatif à la mise en œuvre dans les cantons de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur le nouveau régime de financement des soins.

Ces rapports ont permis la mise en lumière de disparités entre les cantons dues à la large marge de manœuvre laissée par la LAMal pour la mise en œuvre du régime de financement des soins. Bon nombre de ces disparités se concentre sur le financement résiduel à la charge des cantons. Toutefois, dans l'évaluation des différentes réglementations, il est primordial de s'assurer que la charge du patient au sens de l'art. 25a, al. 5, LAMal ne soit jamais dépassée.

Un problème majeur soulevé dans le cadre de la mise en œuvre par les cantons du nouveau régime de financement des soins est celui du financement résiduel en cas de séjours en EMS hors canton.

1.3. Problèmes rencontrés quant au financement résiduel hors canton

1.3.1. Contexte

En référence à la problématique mise au centre par les interventions parlementaires en discussion, mentionnons en préambule que, dans la LAMal, la compétence cantonale est déterminée par le principe du domicile (art. 1, al. 1, LAMal, art. 13, al. 1, de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales [LPGA ; RS 830.1], art. 23ss du code civil [CC ; RS 210]). Par conséquent selon le CC, le lieu de domicile est donc notamment défini comme étant le lieu où la personne réside avec l'intention de s'y établir.

La prise en charge des coûts par la LAMal lors d'un séjour en EMS hors canton sont les mêmes que si les soins sont fournis dans le canton de domicile. L'AOS verse en effet une contribution en francs uniforme au niveau suisse (art. 7a, al. 3, de l'ordonnance sur les prestations de l'assurance-maladie, OPAS ; RS 832.112.31), en fonction du besoin des soins pour la fourniture des prestations définies à l'art. 7, al. 2, OPAS.

Ce qui peut changer, ce sont les modalités réglées par le canton concerné, notamment la question de la prise en charge du financement résiduel, cette compétence étant cantonale (art. 25a, al. 5, LAMal).

¹ Liens vers les rapports des CSSS sur la mise en œuvre du financement des soins : <http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/berichte-legislativkommissionen/kommission-fuer-soziale-sicherheit-und-gesundheit-sgk/Pages/default.aspx>.

Les cantons définissent en partie leur participation au financement résiduel au moyen d'une taxe de soins maximale. De plus, chaque canton peut aussi définir le pourcentage de contribution des assurés (20%, 10%, 0%) en finançant entièrement, partiellement ou pas du tout la participation des patients prévue par la loi. Le financement résiduel peut donc varier d'un canton à l'autre.

Pour le financement d'un séjour en EMS, la question du lieu de domicile est donc centrale. Pour fixer et verser les prestations complémentaires (PC), selon l'art. 21, al. 1 de la LPC est compétent le canton de domicile du bénéficiaire. Le séjour dans un home ne fonde toutefois aucune nouvelle compétence. Dès lors, même si une personne change de lieu de domicile et bénéficie du financement résiduel du canton où se situe l'EMS, les PC restent de la compétence du canton de provenance de la personne assurée. Les différentes sources de financement peuvent donc représenter une difficulté pour les personnes qui résident dans un canton, dans un home qu'ils ont eux-mêmes volontairement choisi au moment de leur entrée dans ce home, et qui reçoivent des PC d'un autre canton, celui où elles avaient leur domicile préalablement à l'entrée dans ce home. Cela conduit également à des incohérences au niveau de la prise en charge du financement résiduel. Les dispositions d'application du nouveau régime de financement et les taxes de soins pouvant être différentes selon les cantons, cette situation peut conduire à un défaut d'indemnisation si les cantons concernés ne se mettent pas d'accord sur cette prise en charge.

Dans son arrêt du 18 décembre 2014², le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la question du financement résiduel lors d'un séjour en EMS hors canton. Selon sa décision, la compétence du financement résiduel en cas de séjour en EMS se définit selon le principe du domicile jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation fédérale. Toutefois, le Tribunal souligne le fait que la question du financement résiduel hors canton devrait être réglée au niveau national. Il motive sa position de la manière suivante : « *Unabhängig davon, ob eine der grundsätzlichen Zuständigkeitsperpetuierung gemäss Art. 21 ELG nachempfundene Regelung im Bereich der Restfinanzierung gemäss Art. 25a Abs. 5 KVG sachgerecht wäre, kann eine entsprechende Voraussetzung jedenfalls nicht (nur) in einem kantonalen oder kommunalen Erläss verankert sein. Sie bedürfte vielmehr einer bundesrechtlichen, für die ganze Schweiz gültigen Normierung, da bei kantonsübergreifenden Sachverhalten nicht ein Kanton oder eine Gemeinde über die Finanzierungszuständigkeit eines anderen (ausserkantonalen) Gemeinwesens befinden kann (hiezü auch Mösch Payot, a.a.O., S. 246). Eine interkantonal gültige Finanzierungszuständigkeit gemäss dem "Modell ELG" setzt somit ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers voraus.* »³

Le Tribunal se fonde notamment sur l'avis de Mösch Payot qui écrit : « *Wo davon im kantonalen Recht abweichende Regeln für die Zuständigkeit vorgesehen sind, endet deren Reichweite an den Kantons Grenzen. Das heisst, dass diese Regelungen nur die inner-kantonalen Fälle regeln können, also die Fälle, wo jemand aus einer Gemeinde in ein Pflegeheim in einer anderen Gemeinde eines Kantons eintritt. Für die interkantonalen Fälle hingegen ist von Bundesrechts wegen mit Blick auf Art. 13 Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 KVG auf den zivilrechtlichen Wohnsitz abzustellen. Der Bundesgesetzgeber hat es insoweit unverständlicherweise unterlassen, analog wie sonst im Sozialleistungsrecht eine vom zivilrechtlichen Wohnsitz abweichende spezifische Anknüpfung der interkantonalen Zuständigkeit für die Pflegerestfinanzierung aufzustellen.* »⁴

² ATF 140 V 563.

³ ATF 140 V 563, consid. 5.4.1 in fine

⁴ Peter Mösch Payot, "IV Bezüge zu anderen Rechtsbereichen/Pflegerestkostenfinanzierung durch die Kantone nach Art. 25a Abs. 5 KVG : Grundlagen und ausgewählte Praxisprobleme" in " Zwischen Schutz und Selbstbestimmung - Festschrift für Professor Christoph Häfeli zum 70. Geburtstag", p. 246, 2013, Berne.

1.3.2. Statistiques

Sur la base des données de l'Office fédéral de la statistique (OFS) ("12-A Flux des clients entre cantons : nombre de clients selon le canton de provenance du client et le canton de l'établissement, secteur personnes âgées, 2011"), on constate que le nombre total de séjours hors canton s'élevait en 2011 à environ 5'000, ce qui représentait 3,6% du nombre total de séjours en EMS⁵ en Suisse.

Entre 2010 et 2013, le pourcentage de séjours en EMS hors canton dans toute la Suisse est resté stable (cf. annexe 1). A noter, toutefois, que les résidents en EMS ayant changé leur domicile pour celui du canton de l'EMS n'apparaissent pas comme résidents hors canton dans la statistique alors que, si l'on appliquait au financement résiduel une solution analogue à celle de la LPC, cela serait relevant du fait que le canton de provenance de la personne assurée garderait sa compétence.

1.3.3. Les différentes solutions choisies par les cantons

Comme déjà évoqué, la question du domicile est centrale dans le règlement du financement des séjours en EMS hors canton. Le rapport de l'OFSP du 13 août 2012⁶ révélait que 10 cantons déterminent la compétence en fonction du seul domicile selon le CC et la LPGA, où le domicile est défini comme étant un lieu où la personne réside avec l'intention de s'y établir. 14 autres cantons appliquent la règle de compétence de la LPC prévoyant qu'un séjour en EMS ne fonde pas de nouvelles compétences.

La CDS a recommandé aux cantons d'appliquer par analogie les règles de financement de la LAMal relatives au libre choix de l'hôpital (art. 41 LAMal) aux séjours en EMS hors canton ; c'est-à-dire de financer ces séjours à hauteur de la taxe du canton de résidence.⁷ Le premier rapport du 26 avril 2011⁸ a conduit l'OFSP à proposer la conclusion de conventions intercantionales. Le sondage effectué dans le cadre du rapport du 3 octobre 2013⁹ montrait qu'une seule convention entre deux cantons règle cette question (Grisons - Tessin).

1.3.4. Synthèse

L'absence d'une mise en œuvre uniforme et de conventions intercantionales pose problème car, par manque de couverture des frais suffisante, il est envisageable que des établissements

⁵ Institutions admises à fournir et à facturer des prestations LAMal. Dans la statistique de l'OFS qui se base sur la Nomenclature générale des activités économiques (NOGA), il s'agit de homes médicalisés – établissements médico-sociaux.

⁶ Site du Parlement, lien : <http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/berichte-legislativkommissionen/kommission-fuer-soziale-sicherheit-und-gesundheit-sgk/Pages/default.aspx> ; CSSS-N - 10-09. Mise en œuvre du financement des soins. Rapport explicatif du 13 août 2012 (PDF) : point 3.3, p. 6.

⁷ Recommandations sur la mise en œuvre du nouveau régime de financement des soins approuvées par le Comité directeur de la CDS le 22.10.2009, point 3.1 (, lien : http://www.gdk-cds.ch/fileadmin/pdf/Aktuelles/Empfehlungen/EM_Umsetzung_200910-f.pdf).

⁸ Site du Parlement, lien : <http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/berichte-legislativkommissionen/kommission-fuer-soziale-sicherheit-und-gesundheit-sgk/Pages/default.aspx> : Rapport de l'OFSP du 26 avril 2011 : Mise en œuvre de la loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins du 13 juin 2008 dans les cantons (PDF).

⁹ Site du Parlement, lien : <http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/berichte-legislativkommissionen/kommission-fuer-soziale-sicherheit-und-gesundheit-sgk/Pages/default.aspx> : Mise en œuvre dans les cantons de la loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins du 13 juin 2008. Rapport explicatif de l'OFSP du 3 octobre 2013. Point 5.1.4., p. 15 du rapport.

renoncent à prendre en charge des résidents hors canton. Ce manque de coordination constitue une barrière pour les personnes qui voudraient changer de domicile et choisir librement leur fournisseur de prestations pour différentes raisons (par ex. pour se rapprocher de leur famille).

Afin de déterminer les compétences cantonales pour le financement des prestations de soins ambulatoire et en EMS, il s'agit en premier lieu de connaître le lieu du domicile de l'assuré. Lors d'un séjour dans un EMS, l'assuré est en principe libre de conserver son domicile au lieu où il résidait avant son entrée dans l'EMS ou de se créer un nouveau domicile au lieu où se situe l'EMS. En se référant à la jurisprudence, on constate que la détermination du lieu de domicile d'une personne est fondée sur divers éléments qui nécessitent un examen détaillé. La décision de la personne âgée d'entrer dans un EMS devant parfois être prise rapidement dès qu'une place se libère, les éléments nécessaires à la détermination du domicile ne sont pas toujours clairement identifiables (voir à ce sujet point 2.1.1.). De plus, si l'assuré a droit à des PC, les règles de compétence de la LAMal peuvent ne pas être coordonnées avec celles de la LPC selon lesquelles c'est le canton du lieu de domicile avant l'entrée dans un EMS qui est compétent pour le versement des PC.

Les différences de compétences cantonales entre les règles applicables au financement résiduel et les règles de la LPC peuvent conduire à des lacunes de financement et/ou à des reports de charge - par exemple par le biais d'autres taxes - sur l'assuré ou sur le fournisseur de prestations. En 2011, le Surveillant des prix avait notamment constaté dans certains cantons que des coûts des soins étaient reportés sur la taxe d'assistance.¹⁰ Dans de telles situations, ces coûts incombaient aux assurés alors que la loi fixe clairement le montant maximum journalier à leur charge. De telles solutions sont contraires à la LAMal, qui définit explicitement les limites de la participation de l'assuré et qui prévoit que le financement résiduel des soins doit être assumé par les cantons, raison pour laquelle l'OFSP a proposé aux cantons de conclure des conventions intercantionales.

1.4. Interventions parlementaires

La problématique évoquée au point 1.3.4 a également donné lieu à plusieurs interventions parlementaires :

Postulat 12.4051 « Séjour dans un home situé en dehors du canton de domicile. Financement résiduel »

Ce postulat adopté par le Conseil national le 22 mars 2013 charge le Conseil fédéral "d'examiner, conjointement avec les cantons, comment le financement résiduel en cas de séjour dans un home situé en dehors du canton de domicile pourrait être réglé, afin de garantir le droit des personnes ayant besoin de soins de choisir librement le lieu où elles seront soignées".

Postulat 12.4099 « Régler le financement résiduel en cas de séjour dans un home situé en dehors du canton de domicile en s'inspirant de la LPC »

Ce postulat adopté par le Conseil des Etats le 18 mars 2013 charge le Conseil fédéral "d'examiner, en collaboration avec les cantons, comment la question de la compétence en cas de séjour dans un home situé en dehors du canton de domicile pourrait être réglée rapidement dans la loi sur l'assurance-maladie (LAMal) ; il prévoira une réglementation analogue à celle de la loi sur les prestations complémentaires".

Dans une réponse commune aux postulats 12.4051 et 12.4099, le Conseil fédéral a indiqué que la problématique est connue et qu'elle a été débattue au sein du Dialogue "Politique nationale suisse de la santé". Il a rappelé que le financement résiduel incombe aux cantons,

¹⁰ Rapport du 09.09.2011 intitulé „Probleme bei neuer Pflegefinanzierung – Preisüberwacher ortet dringenden Handlungsbedarf“: <http://www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00073/00074/00211/index.html?lang=fr>

conformément à la volonté du législateur (art. 25a, al. 5, dernière phrase, LAMal). Le Conseil fédéral est d'avis qu'une solution doit être trouvée en collaboration et en accord avec les cantons. Dès lors, l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) et la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) ont poursuivi les discussions afin de trouver une solution.

Le présent rapport répond à ces interventions parlementaires et analyse les solutions possibles permettant de régler le financement des prestations hors canton. En fonction des résultats, il s'agira ensuite de proposer une solution optimale.

Motion 12.4181 « La liberté d'établissement vaut aussi pour les personnes âgées »

Cette motion a été adoptée par le Conseil national le 21 juin 2013 puis rejetée par le Conseil des Etats le 2 décembre 2013. Elle aurait chargé le Conseil fédéral "d'examiner comment on pourrait faire en sorte que le droit à la liberté d'établissement inscrit dans la Constitution soit aussi garanti aux personnes âgées et en cas de séjour de longue durée dans un établissement médicosocial. Le Conseil fédéral examinera notamment s'il convient de modifier les dispositions régissant le domicile dans le Code civil et soumettra, si nécessaire, une modification de la législation au Parlement"

Initiative parlementaire 14.417 "Amender le régime de financement des soins"

Cette initiative parlementaire porte également sur le thème du financement résiduel. Elle demande que la loi sur le nouveau régime de financement des soins soit modifiée de façon : "1. à répartir les compétences en ce qui concerne le financement résiduel des prestations de soins fournies aux patients venant d'autres cantons dans les domaines hospitalier et ambulatoire ; 2. à garantir la liberté de choix entre fournisseurs de prestations reconnus ; 3. à distinguer mieux et plus clairement entre frais de soins et frais d'assistance." (A ce sujet voir aussi point 6 ci-dessous)

2. Analyse du problème touchant à la compétence des cantons dans le cadre du financement résiduel lors de séjours hors canton

Le premier point à analyser est celui du domicile et la façon dont cette notion est utilisée afin de déterminer les compétences cantonales en matière de financement des différentes assurances sociales entrant en ligne de compte dans le traitement du nouveau régime de financement des soins.

D'autres principes tels que la liberté d'établissement et le libre choix du fournisseur de prestations devront également être pris en compte.

2.1. Domicile et détermination des compétences

2.1.1. Le domicile au sens du code civil (CC)

Art. 23 CC

¹ *Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir ; le séjour dans une institution de formation ou le placement dans un établissement d'éducation, un home, un hôpital ou une maison de détention ne constitue en soi pas le domicile.*

² *Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles.*

³ *Cette dernière disposition ne s'applique pas à l'établissement industriel ou commercial.*

Art. 24 CC

¹ *Toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau.*

² *Le lieu où elle réside est considéré comme son domicile, lorsque l'existence d'un domicile antérieur ne peut être établie ou lorsqu'elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un nouveau en Suisse.*

Art. 25 CC

¹ *L'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, le domicile de celui de ses parents qui détient la garde ; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence.*

² *Le domicile de l'enfant sous tutelle est au siège de l'autorité de protection de l'enfant.*

Art. 26 CC

Le domicile des majeurs sous curatelle de portée générale est au siège de l'autorité de protection de l'adulte.

Le Tribunal fédéral a déduit deux éléments de l'art. 23, al. 1, CC.¹¹

- Le premier élément, objectif et externe, est le fait de résider pendant une certaine durée en un lieu et d'y créer des rapports assez étroits.
- Le deuxième élément, subjectif et interne, est la volonté manifestée de faire d'un lieu le centre de ses relations personnelles, sociales et professionnelles durablement, compte tenu de l'ensemble des circonstances.¹²

Le lieu où les papiers d'identité ont été déposés ou celui figurant dans des documents administratifs constituent des indices¹³ et n'entrent pas en ligne de compte comparativement aux rapports et intérêts personnels,¹⁴ pas plus que l'indication d'un lieu figurant dans des décisions judiciaires et des publications officielles¹⁵ ou des documents administratifs.¹⁶ Les constatations relatives à ces circonstances relèvent des faits, mais la conclusion du juge quant à l'intention de s'établir est une question de droit.¹⁷ L'intention de se constituer un domicile volontaire suppose que l'intéressé est capable de discernement au sens de l'art. 16 CC.¹⁸ Cette exigence ne doit pas être appréciée trop sévèrement.¹⁹ Elle peut être remplie par des personnes présentant une maladie mentale lorsque leur état leur permet de se former une volonté. Toutefois, le placement dans un établissement par une tierce personne exclut l'intention de créer un nouveau domicile.²⁰ Le séjour dans une institution de formation ou le placement dans un établissement d'éducation, un home, un hôpital ou une maison de détention ne constitue en soi pas le domicile, ce n'est qu'une présomption qui peut être renversée lorsqu'une personne entre volontairement dans un EMS pour y créer son centre d'existence. Dans ce cas, le séjour d'une

¹¹ ATF 41 III 51, ATF 92 I 218, ATF 125 V 176, 127 V 237, ATF 136 II 405.

¹² ATF 137 II 122, ATF 135 I 233, ATF 132 I 29.

¹³ ATF 125 III 100, ATF 102 IV 162.

¹⁴ ATF 91 III 47.

¹⁵ ATF 96 II 161.

¹⁶ ATF 125 III 100.

¹⁷ ATF 134 V 236, ATF 120 III 7 ; décision du Tribunal fédéral 5A_398/2007.

¹⁸ ATF 134 II 235 : le discernement comporte deux éléments : un élément intellectuel, la capacité d'apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé, et un élément caractériel, la faculté d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté.

¹⁹ ATF 127 V 237.

²⁰ ATF 134 V 236.

durée indéterminée dans l'établissement ne sert pas un but spécifique (éducation, soins, traitement ou exécution d'une peine) et la constitution d'un domicile en ce lieu peut être admise.²¹ Un séjour de convalescence ne modifie pas le domicile préexistant.²²

La jurisprudence du Tribunal fédéral ne fournit pas de définition précise du domicile, mais différents éléments et indices. Les éléments pris en considération sont l'intention de s'établir, la volonté manifestée, la capacité de discernement, les questions relatives à la durée de la résidence et aux circonstances. Dès lors, c'est seulement au terme de l'examen de tous ces éléments que les juges déterminent où se situe le domicile.

2.1.2. Le domicile dans la LPGA et la LAMal

2.1.2.1. Le domicile dans la LPGA

Art. 13 LPGA

¹ *Le domicile d'une personne est déterminé selon les art. 23 à 26 du code civil.*

² *Une personne est réputée avoir sa résidence habituelle au lieu où elle séjourne un certain temps même si la durée de ce séjour est d'emblée limitée.*

La législation en matière d'assurance sociale rattache souvent à la notion de domicile l'assujettissement à un système d'assurance sociale ainsi que le droit d'obtenir, à certaines conditions, des prestations en vertu d'un tel système. La notion de domicile, comme celle d'activité lucrative, a dès lors une importance cruciale en matière de droit des assurances sociales, raison pour laquelle la LPGA lui a consacré une disposition spécifique.²³

Le Tribunal fédéral a rappelé que la notion de domicile comme condition nécessaire à l'octroi de prestations de l'assurance sociale suisse a toujours été interprétée de manière restrictive, excluant la notion de domicile dérivé au sens de l'art. 25, al. 2, CC.²⁴ La notion de domicile doit donc être examinée dans ce cadre.

L'art. 13 LPGA renvoie de manière explicite aux réglementations du droit civil (art. 23 CC à 26 CC), toutefois, il faut noter que l'art. 13 LPGA ne fait que décrire la notion de domicile mais ne fixe pas les circonstances selon lesquelles elle doit être appliquée. Ainsi, chaque loi peut déterminer si le domicile est déterminant ou pas et éventuellement définir une autre notion comme déterminante, comme p.ex. le lieu de résidence ou de travail.²⁵ Une difficulté d'interprétation est due au fait que le CC fait parfois référence au lieu de séjour en lien avec le domicile et ces deux notions peuvent être différentes selon leur utilisation dans les différents textes de loi.

²¹ ATF 133 V 309, ATF 137 II 122, ATF 135 III 149, ATF 137 III 593.

²² ATF 89 III 7.

²³ Ueli Kieser, ATSG Kommentar, Zürich, Bâle, Genève, 2003, n. 2 ad art. 13, p. 131.

²⁴ ATF 135 V 249 ; ATF 130 V 404. Art. 25, al. 2, CC : le domicile de l'enfant sous tutelle est au siège de l'autorité de protection de l'enfant.

²⁵ Ueli Kieser, ATSG Kommentar, Zürich, Bâle, Genève, 2003, n. 8, p. 133.

2.1.2.3. Les compétences liées au domicile dans la LAMal

Art. 25a, al. 5, LAMal

⁵ Les coûts des soins qui ne sont pas pris en charge par les assurances sociales ne peuvent être répercutés sur la personne assurée qu'à hauteur de 20 % au plus de la contribution maximale fixée par le Conseil fédéral. Les cantons règlent le financement résiduel.

Art. 41 LAMal

¹ En cas de traitement ambulatoire, l'assuré a le libre choix entre les fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter sa maladie. L'assureur prend en charge les coûts jusqu'à concurrence du tarif applicable au lieu de résidence ou de travail de l'assuré ou dans les environs.

^{1bis} En cas de traitement hospitalier, l'assuré a le libre choix entre les hôpitaux aptes à traiter sa maladie et figurant sur la liste de son canton de résidence ou celle du canton où se situe l'hôpital (hôpital répertorié). En cas de traitement hospitalier dans un hôpital répertorié, l'assureur et le canton de résidence prennent en charge leur part respective de rémunération au sens de l'art. 49a jusqu'à concurrence du tarif applicable pour ce traitement dans un hôpital répertorié du canton de résidence.

^{1ter} L'al. 1bis s'applique par analogie aux maisons de naissance.

² Si, pour des raisons médicales, l'assuré se soumet à un traitement ambulatoire administré par un autre fournisseur de prestations, l'assureur prend en charge les coûts correspondant au tarif applicable à cet autre fournisseur.

³ Si, pour des raisons médicales, l'assuré se soumet à un traitement hospitalier fourni par un hôpital non répertorié du canton de résidence, l'assureur et le canton de résidence prennent à leur charge leur part respective de rémunération au sens de l'art. 49a. A l'exception du cas d'urgence, une autorisation du canton de résidence est nécessaire.

^{3bis} Sont réputés raisons médicales au sens des al. 2 et 3 le cas d'urgence et le cas où les prestations nécessaires ne peuvent pas être fournies :

- a. au lieu de résidence ou de travail de l'assuré ou dans les environs, s'il s'agit d'un traitement ambulatoire ;
- b. dans un hôpital répertorié du canton de résidence de l'assuré, s'il s'agit d'un traitement hospitalier.

⁴ L'assuré peut, en accord avec l'assureur, limiter son choix aux fournisseurs de prestations que l'assureur désigne en fonction de leurs prestations plus avantageuses (art. 62, al. 1 et 3). L'assureur ne prend en charge que les coûts des prestations prodiguées ou ordonnées par ces fournisseurs ; l'al. 2 est applicable par analogie. Les prestations que la loi rend obligatoires sont en tout cas garanties.

Art. 50 LAMal

En cas de séjour dans un établissement médico-social (art. 39, al. 3), l'assureur prend en charge les mêmes prestations que pour un traitement ambulatoire, conformément à l'art. 25a. L'art. 49, al. 7 et 8, est applicable par analogie.

L'art. 1, al. 1, LAMal prévoit que les dispositions de la LPGA s'appliquent en règle générale à l'assurance-maladie. C'est pourquoi l'interprétation de la notion de domicile pour l'assurance-maladie doit se faire selon les principes du droit civil et selon la jurisprudence pertinente pour les art. 23 CC à 26 CC.²⁶ Toutefois, on constate que l'art. 41 LAMal utilise les notions de « lieu de résidence », de « lieu de travail » et de « canton de résidence » en français. En italien ce

²⁶ Ueli Kieser, ATSG Kommentar, Zürich, Bâle, Genève, 2003, n. 4, p.131.

sont les notions de « luogo di domicilio », de « luogo di lavoro » et de « cantone di domicilio » qui sont utilisées et en allemand celles de « Wohnort », de « Arbeitsort » et de « Wohnkanton ».

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 7 décembre 2000²⁷, a laissé ouverte la question de savoir quel sens donner à ces termes. On peut en déduire que, lors de traitements ambulatoires au sens de l'art. 41, al. 1, LAMal, le lieu de résidence ne doit pas, selon la pratique, correspondre au domicile au sens du CC²⁸. Il en va donc de même, au sens de l'art. 50 LAMal, pour les prestations médicales, à distinguer des prestations de soins, fournies dans un EMS. Pour les prestations de soins, en ce qui concerne les montants dus par l'AOS, le lieu de séjour ou de domicile n'est pas pertinent, ces montants étant définis uniformément pour tout le territoire national. En ce qui concerne les prestations stationnaires par contre, la notion de canton de résidence à l'art. 41, al. 3, LAMal doit être interprétée dans le sens du canton de domicile²⁹.

Le Tribunal fédéral a toutefois précisé, dans un arrêt du 7 janvier 2005³⁰, qu'il se justifiait d'interpréter la notion de canton de résidence au sens de l'art. 41, al. 3, LAMal comme étant le canton de domicile selon les art. 23 ss CC. C'est-à-dire que le séjour, même prolongé, dans une institution extra-cantonale n'était pas constitutif de domicile.

A noter que dans le cadre du nouveau régime de financement des soins, les contributions prévues à l'art. 25a, al. 1, LAMal sont définies au niveau national. Les montants dus par l'AOS ne sont donc pas dépendants du domicile de l'assuré.

Toutefois, selon Mösch Payot,³¹ *"Die direkte Anwendung des zivilrechtlichen Wohnsitzbegriffs für die öffentliche Zuständigkeit ist im Bereich der weitgehend kommunal und kantonally finanzierten Bedarfsleistungen generell ungeeignet ; Sie hätte etwa eine übermässigen Belastung von Standortgemeinden / -kantonen von Heimen zur Folge, weil und insoweit dort ein Wohnsitz und somit die Unterstützungszuständigkeit begründet werden kann."*

2.1.3. Les compétences liées au domicile dans la LPC

Art. 21 LPC

¹ Le canton de domicile du bénéficiaire est compétent pour fixer et verser les prestations complémentaires. Le séjour dans un home, un hôpital ou tout autre établissement ne fonde aucune nouvelle compétence ; il en va de même du placement dans une famille d'une personne, interdite ou non, décidé par une autorité ou un organe de tutelle.

² Les cantons désignent les organes chargés de recevoir et d'examiner les demandes, de fixer et de verser les prestations. Ils peuvent confier ces tâches aux caisses cantonales de compensation, mais non aux autorités compétentes en matière d'aide sociale.

³ Les cantons informent les ayants droit potentiels de manière adéquate.

⁴ Les prestations complémentaires peuvent être versées conjointement avec la rente de l'AVS ou de l'AI.

Les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (PC) sont accordées lorsque les rentes et autres revenus ne permettent pas de couvrir les besoins vitaux. Les PC, pour les personnes

²⁷ ATF 126 V 484, consid. 5d.

²⁸ Gebhard Eugster, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, n. 5 ad art. 41, al. 1, LAMal, p. 265 Schulthess 2010.

²⁹ Gebhard Eugster, Op. Cit. n. 9 ad art. 41, al. 3, LAMal, p. 266

³⁰ ATF 131 V 59, consid. 5.1.

³¹ Peter Mösch Payot, "IV Bezüge zu anderen Rechtsbereichen/Pflegereinstkostenfinanzierung durch die Kantone nach Art. 25a Abs. 5 KVG : Grundlagen und ausgewählte Praxisprobleme" in " Zwischen Schutz und Selbstbestimmung - Festschrift für Professor Christoph Häfeli zum 70. Geburtstag", p. 245, 2013, Berne.

vivant à domicile, sont assumées à raison de 5/8 du minimum vital par la Confédération³² et les 3/8 restants sont pris en charge par les cantons (art. 13, al. 1, LPC).

En revanche, pour les personnes vivant dans un home, la Confédération limite sa prise en charge aux 5/8 des prestations complémentaires annuelles, telles que calculées en fonction du minimum vital retenu pour les personnes vivant à domicile ; dès lors que les dépenses en rapport direct avec le séjour en home ne sont, conformément à l'art. 13, al. 2, LPC, pas prises en compte, le solde doit ainsi être assumé par les cantons. Les cantons doivent donc assumer entièrement les frais socio-hôtelières en EMS qui dépassent le minimum vital calculé pour une personne résidant à domicile. Toutefois les cantons sont autorisés à fixer des limites, en plafonnant les frais de séjour à prendre en considération pour le séjour dans un EMS.³³

Lors de la modification de la LPC entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, la précision que le séjour dans un home ne fonde pas de nouvelles compétences a été introduite à l'art. 21 LPC. Ceci notamment pour donner suite à une décision du Tribunal fédéral du 30 août 2001.³⁴ En effet, avant cette date, la situation était insatisfaisante. Les prestations étaient liées au domicile civil ce qui ne correspondait plus aux nouvelles habitudes de mobilité des assurés et aux nouvelles formes d'institutions de soins. La détermination du domicile civil devenait de plus en plus compliquée, notamment lors de séjour dans un EMS hors canton. Le problème était qu'aucun canton ne voulait financer les PC, ce qui avait pour conséquence de retarder le versement des prestations complémentaires. Les buts de cette modification sont, d'une part, de fixer les compétences cantonales, d'autre part, de coordonner les prestations complémentaires avec l'art. 5 de la loi fédérale en matière d'assistance (LAS ; RS 851.1),³⁵ de sorte que la construction de homes ne soit pas empêchée pour des motifs financiers.³⁶

2.2. Liberté d'établissement et libre choix du fournisseur de prestations

Dans l'analyse du problème de la compétence cantonale quant à la prise en charge du financement résiduel selon le nouveau financement des soins, outre la question touchant à la notion de domicile dont il a été question ci-dessus, il est opportun d'également tenir compte de deux libertés accordées, l'une par la Constitution suisse à son art. 24, à savoir la liberté d'établissement, et l'autre par la LAMal à son art. 41, à savoir le libre choix du fournisseur de prestations.

2.2.1. La liberté d'établissement

La liberté d'établissement est le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays pour y constituer un domicile ou pour séjourner dans le lieu de son choix sur tout le territoire suisse (art. 24 Cst.). Le but est de promouvoir et de garantir la libre circulation sur le territoire national.³⁷ Cette liberté revêt une signification et une importance particulières dans un Etat fédéral, que ce soit aux niveaux politique, économique ou social.³⁸ Selon le message du Conseil fédéral,³⁹ les communes et les cantons ont, d'une part, l'obligation de permettre à toute personne de

³² Statistique des prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI 2013, p. 13 (site de l'OFS : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/news/publikationen.html?publicationID=5632>).

³³ ATF 138 II 191, consid. 5.4.1 et 5.4.2.

³⁴ ATF 127 V 237.

³⁵ ATF 138 II 23, consid. 3.4.3ss.

³⁶ Décision du Tribunal fédéral 8C_530/2014, consid. 3. Les art. 4ss LAS définissent le domicile d'assistance et selon l'art. 5 LAS le séjour dans un home ne constitue pas un domicile d'assistance.

³⁷ Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, n. 884, Berne 2000.

³⁸ Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, n. 886, Berne 2000.

³⁹ Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale FF 1997 I 171.

nationalité suisse de s'établir sur leur territoire et, d'autre part, l'interdiction d'empêcher ou de rendre plus difficile son départ dans une autre commune ou dans un autre canton

La portée de la liberté d'établissement est plus large que celle du domicile qui figure à l'art. 23, al. 1, CC. En effet, une durée plus longue qu'un simple passage suffit.⁴⁰ Les personnes dans le besoin bénéficient également de cette liberté et l'art. 115 Cst. stipule que les personnes dans le besoin sont assistées par leur canton de domicile.⁴¹ La Confédération règle les exceptions et les compétences. Une commune viole la liberté d'établissement, si elle impose une obligation de déposer un acte d'origine, alors que la personne concernée n'a pas l'intention de s'établir dans la commune et qu'elle s'est constitué un domicile dans un autre endroit.⁴²

L'ATF 140 V 563 évoque également, à son considérant 5.4.1 la liberté d'établissement : *„Anders als bei der Spitalbehandlung wird im Bereich der Restfinanzierung ungedeckter Pflegekosten durch eine solche Voraussetzung [l'exigence d'une garantie de prise en charge du financement résiduel par le canton ou la commune de domicile] indes die freie Wohnsitzwahl im Alter und folglich die - für alle Altersgruppen gleichermassen geltende - verfassungsmässige Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) eingeschränkt. „*

2.2.2. Libre choix du fournisseur de prestations et prise en charge des coûts

L'art. 41 LAMal prévoit le libre choix du fournisseur de prestations et la prise en charge des coûts lors de prestations hors canton. Cette disposition distingue la prise en charge des traitements ambulatoires de celle des traitements hospitaliers. Selon l'art. 50 LAMal, en cas de séjour en EMS les prestations prises en charge par l'assureur sont les mêmes que pour un traitement ambulatoire, conformément à l'art. 25a LAMal.

L'art. 41 LAMal stipule qu'en cas de traitement ambulatoire, l'assuré a le libre choix entre les fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter sa maladie. Dès lors, l'art. 41 LAMal relatif aux traitements ambulatoires s'applique en cas de prestations de soins hors canton. L'assureur prend en charge les coûts jusqu'à concurrence du tarif applicable au lieu de résidence ou de travail de l'assuré ou dans les environs. Lors du choix d'un fournisseur de prestations hors canton, la LAMal prévoit que le lieu de résidence de l'assuré détermine en principe les compétences de la prise en charge des coûts. Si, pour des raisons médicales, l'assuré se soumet à un traitement ambulatoire administré par un autre fournisseur de prestations, l'assureur prend en charge les coûts correspondant au tarif applicable à cet autre fournisseur. Concernant la prise en charge des coûts, le Tribunal fédéral a explicitement indiqué que les frais pris en charge en cas de séjour dans un EMS sont fixés d'après la réglementation applicable en cas de traitement ambulatoire⁴³ et que la couverture des coûts n'est pas assurée dans tous les cas.⁴⁴

Les problèmes pouvant être soulevés par les dispositions de l'art. 41 LAMal ont été évoqués au point 2.1.2.2. traitant de la notion de domicile dans la LAMal.

3. Solutions envisageables

A la complexité des dispositions légales précitées s'ajoutent les différences de réglementations cantonales en matière de taxe de soins, et pour les séjours en EMS, les différentes taxes cantonales d'assistance et d'hôtellerie (ces taxes ne relevant toutefois pas de la LAMal). La

⁴⁰ ATF 93 I 17.

⁴¹ L'art. 115 Cst se réfère à la LAS qui détermine le canton compétent pour assister une personne dans le besoin et règle le remboursement des frais d'assistance entre les cantons (Décision du Tribunal fédéral 8C_209/2011).

⁴² ATF 110 Ia 67.

⁴³ ATF 126 V 484.

⁴⁴ ATF 125 V 448.

problématique du financement des soins hors canton conduit à rechercher différentes propositions de solutions.

Avant d'analyser les différents cas possibles selon les solutions choisies, il convient de représenter le financement des prestations de soins en EMS et le cas, simple, des compétences en cas de séjour dans un seul canton.

Financement des prestations de soins en EMS :

Instrument de financement	Source de financement
Contribution AOS	Primes des assurés
Contribution de la personne assurée	Budget selon réglementation du canton A ou B*
Financement résiduel	Canton A ou B*
Prestations complémentaires pour frais de maladie (subsidaire et dépendant du besoin pour la participation des patients)	Canton A*
Aide sociale	Canton A*
Allocation pour impotent	Confédération

*Voire étude des cas

Compétences cantonales lors d'un séjour dans un seul canton

		Compétence
Situation	Domicile de la personne assurée avant son entrée dans le home	Canton A
	Domicile actuel de la personne assurée	
	Emplacement de l'EMS	
Résultat	Définition de la contribution de la personne assurée	Canton A
	Définition de la taxe de soins maximale resp. du financement résiduel	
	Compétence pour le financement hospitalier et réduction des primes selon la LAMal	
	Compétence pour l'aide sociale et les prestations complémentaires	

En cas de séjour dans un seul est même canton, aussi bien le financement des soins et les autres tâches selon la LAMal que l'aide sociale et les prestations complémentaires sont de la compétence de ce canton. Le financement ne soulève ici aucun problème.

3.1. "Solution LAMal" lors de séjours hors canton

En application de la « solution LAMal » trois cas peuvent être envisagés :

3.1.1. Cas N. 1

		Compétence	Financement
Situation	Domicile de la personne assurée avant son entrée dans l'EMS	Canton A	
	Domicile actuel de la personne assurée		
	Emplacement de l'EMS	Canton B	
Résultat	Définition de la contribution de la personne assurée	Canton A	Canton A
	Définition de la taxe de soins maximale resp. du financement résiduel		
	Compétence pour le financement hospitalier et réduction des primes selon la LAMal		
	Compétence pour l'aide sociale et les prestations complémentaires		

Dans le cas où l'assuré conserve son domicile et bénéficie de prestations hors canton, selon les règles de son canton de domicile, les conséquences sont les suivantes :

- Les compétences du canton dans le cadre du financement des soins sont définies en fonction du domicile légal au sens du CC et de la LPGA. La systématique de la LAMal est respectée : les règles du financement des soins sont coordonnées avec les règles du financement hospitalier et de la réduction des primes LAMal.
- Le même canton assume le financement des soins et le financement des PC.
- En cas de traitement hospitalier dans le canton où se situe l'EMS, les règles de l'art. 41, al. 1^{bis}, al. 3 et al. 3^{bis}, let. b, LAMal s'appliquent, notamment le libre choix entre les fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter la maladie de l'assuré.
- En cas de traitement médical ambulatoire dans le canton où se situe l'EMS, l'art. 41, al. 1, al. 2 et al. 3^{bis}, let. a, LAMal s'applique, notamment le principe du libre choix.
- Selon la pratique des cantons, la participation de l'assuré peut être de 0, de 10 ou de 20% de la contribution maximale fixée par le Conseil fédéral. Il faudrait donc déterminer le pourcentage de participation applicable lorsqu'il existe une différence entre le canton de domicile et le canton où se situe l'EMS concerné. Les taxes de soins respectivement les coûts de soins peuvent également être différents selon les cantons. La solution CC/LPGA ne résout pas la question du financement d'éventuelles différences de coûts. Si les coûts des soins sont plus élevés dans le canton où ces prestations sont fournies, le risque d'un report de cette charge sur l'assuré ou sur le fournisseur de prestations existe.
- Pour des résidents d'un même EMS il peut y avoir, malgré la fourniture de prestations identiques, des différences dans le financement en fonction de leur canton de domicile.

- La responsabilité du financement résiduel est réglée par le canton où se situe le domicile au sens du CC et donc où la personne paie ses impôts.

3.1.2. Cas N. 2

		Compétence	Financement
Situation	Domicile de la personne assurée avant son entrée dans l'EMS	Canton A	
	Domicile actuel de la personne assurée		
	Emplacement de l'EMS	Canton B	
Résultat	Définition de la contribution de la personne assurée	Canton B	Canton A
	Définition de la taxe de soins maximale resp. du financement résiduel		
	Compétence pour le financement hospitalier et réduction des primes selon la LAMal	Canton A	
	Compétence pour l'aide sociale et les prestations complémentaires		

Dans le cas où l'assuré conserve son domicile et bénéficie de prestations hors canton, selon les règles du canton où se situe l'EMS, les conséquences sont les suivantes :

- Dans ce cas aussi le même canton assume le financement des soins et le financement des PC.
- Mais, à différence de la 1^{ère} hypothèse, le canton de domicile assure le financement résiduel selon les règles définies par le canton où se situe l'EMS.
- Pour des résidents d'un même EMS, pour la fourniture de prestations identiques, le financement sera le même quel que soit le canton de domicile. Mais, il y aura, pour les personnes domiciliées dans un même canton, des différences quant aux contributions, aux taxes maximales et au financement résiduel à dépendance qu'une personne soit dans un EMS hors canton ou pas.
- Ce cas correspond en principe à la situation prévue à l'art. 41, al. 3, LAMal selon lequel si, pour des raisons médicales, l'assuré se soumet à un traitement hospitalier fourni par un hôpital non répertorié du canton de résidence, le canton de domicile prend à sa charge sa part de rémunération selon les tarifs de l'institution sise hors canton et à la situation prévue à l'art. 41, al. 1, LAMal pour les traitements ambulatoires.
- La mise en œuvre de ce cas nécessiterait une adaptation de l'art. 41 LAMal.
- La responsabilité du financement résiduel est réglée par le canton où se situe le domicile au sens du CC et donc où la personne paie ses impôts mais pas selon les règles de ce dernier.

3.1.3. Cas N. 3

		Compétence	Financement
Situation	Domicile de la personne assurée avant son entrée dans l'EMS	Canton A	
	Domicile actuel de la personne assurée	Canton B	
	Emplacement de l'EMS		
Résultat	Définition de la contribution de la personne assurée	Canton B	Canton B
	Définition de la taxe de soins maximale resp. du financement résiduel		
	Compétence pour le financement hospitalier et réduction des primes selon la LAMal		
	Compétence pour l'aide sociale et les prestations complémentaires	Canton A	Canton A

Dans le cas où l'assuré change son domicile pour le canton où se situe l'EMS, les conséquences sont les suivantes :

- Le changement de domicile libère le canton A de ses devoirs dans le domaine LAMal mais il garde ses compétences en ce qui concerne les prestations complémentaires et l'aide sociale. Il y a donc deux sources de financement différentes.
- Les compétences du canton dans le cadre du financement des soins, des traitements hospitaliers et de traitements médicaux ambulatoires sont définies en fonction du domicile légal. Lorsque l'assuré choisit son domicile au lieu où se situe l'EMS, il n'est plus question de soins hors canton, sauf en cas de prestations hors du nouveau canton de domicile, auquel cas l'art. 41 LAMal s'applique.
- L'assuré bénéficie de prestations et du financement résiduel dans un canton où, jusqu'au moment de son entrée en EMS, il n'a en principe pas payé d'impôts.
- Dans ce cas les cantons ont tout intérêt à n'autoriser qu'un petit nombre d'EMS travaillant à charge de l'AOS afin de réduire leurs charges financières.

3.2. "Solution LPC" lors de séjours hors canton

Les mêmes cas que pour la « solution LAMal » sont envisagés :

3.2.1. Cas N. 1

		Compétence	Financement
Situation	Domicile de la personne assurée avant son entrée dans l'EMS	Canton A	
	Domicile actuel de la personne assurée		

	Emplacement de l'EMS	Canton B	
Résultat	Définition de la contribution de la personne assurée	Canton A	Canton A
	Définition de la taxe de soins maximale resp. du financement résiduel		
	Compétence pour le financement hospitalier et réduction des primes selon la LAMal		
	Compétence pour l'aide sociale et les prestations complémentaires		

Dans le cas où l'assuré conserve son domicile et bénéficie de prestations hors canton, selon les règles de son canton de domicile, les conséquences sont les suivantes :

Dans le cas où la personne assurée ne change pas de domicile, il n'y a pas de différences quant aux compétences entre la « solution LAMal » et la « solution LPC ». Les commentaires du point 3.1.1 sont applicables.

3.2.2. Cas N. 2

		Compétence	Financement
Situation	Domicile de la personne assurée avant son entrée dans l'EMS	Canton A	
	Domicile actuel de la personne assurée		
	Emplacement de l'EMS	Canton B	
Résultat	Définition de la contribution de la personne assurée	Canton B	Canton A
	Définition de la taxe de soins maximale resp. du financement résiduel		
	Compétence pour le financement hospitalier et réduction des primes selon la LAMal	Canton A	
	Compétence pour l'aide sociale et les prestations complémentaires		

Dans le cas où l'assuré conserve son domicile et bénéficie de prestations hors canton, selon les règles du canton où se situe l'EMS, les conséquences sont les suivantes :

Ce cas ne se différencie pas non plus de la « solution LAMal », renvoi est fait aux commentaires du point 3.1.2.

3.2.4. Cas N. 3

		Compétence	Financement
Situation	Domicile de la personne assurée avant son entrée dans l'EMS	Canton A	
	Domicile actuel de la personne assurée	Canton B	
	Emplacement de l' EMS		
Résultat	Définition de la contribution de la personne assurée	Canton A	Canton A
	Définition de la taxe de soins maximale resp. du financement résiduel		
	Compétence pour le financement hospitalier et réduction des primes selon la LAMal	Canton B	Canton B
	Compétence pour l'aide sociale et les prestations complémentaires	Canton A	Canton A

Dans le cas où l'assuré change son domicile pour le canton où se situe l'EMS en bénéficiant des prestations concernant le financement des soins selon les règles du canton de provenance, les conséquences sont les suivantes :

- En appliquant la « solution LPC » lorsque la personne assurée change de domicile avec son entrée en EMS, le financement des soins, les prestations complémentaires et l'aide sociale restent dans la compétence du canton de départ. Mais c'est le nouveau canton de domicile qui devient compétent pour le financement hospitalier et pour la réduction des primes en créant ainsi une incohérence.
- Cette solution ne correspond, ni à l'art. 41, al. 3, LAMal qui définit que si, pour des raisons médicales, l'assuré se soumet à un traitement hospitalier fourni par un hôpital non répertorié du canton de résidence, le canton de domicile prend à sa charge sa part de rémunération selon les tarifs de l'institution sise hors canton, ni à l'art. 41, al. 1, LAMal qui prévoit que, en cas de traitement ambulatoire, l'assuré a le libre choix entre les fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter sa maladie. L'assureur prenant en charge les coûts jusqu'à concurrence du tarif applicable au lieu de résidence ou de travail de l'assuré ou dans les environs.
- Comme le canton de provenance (A) définit la contribution de la personne assurée ainsi que la taxe de soins maximale respectivement le financement résiduel, il est possible qu'il y ait des différences, pour les mêmes prestations fournies, entre les pensionnaires d'un même EMS (voir point 3.1.1).
- Si les coûts du lieu où sont fournies les prestations sont pris en charge par le canton de domicile précédant l'entrée en EMS, le canton où se situe le fournisseur de prestations n'est pas incité à réduire les prestations, car les coûts de nouveaux assurés extracantonaux n'ont pas de conséquence sur les finances publiques de ce canton.
- Dans ce cas, le canton dans lequel la personne assurée a payé ses impôts avant son entrée en EMS assure le financement résiduel.

3.2.5. Cas N. 4

		Compétence	Financement
Situation	Domicile de la personne assurée avant son entrée dans l'EMS	Canton A	
	Domicile actuel de la personne assurée	Canton B	
	Emplacement de l'EMS		
Résultat	Définition de la contribution de la personne assurée	Canton B	Canton A
	Définition de la taxe de soins maximale resp. du financement résiduel		
	Compétence pour le financement hospitalier et réduction des primes selon la LAMal	Canton B	Canton B
	Compétence pour l'aide sociale et les prestations complémentaires	Canton A	Canton A

Dans le cas où l'assuré change son domicile pour le canton où se situe l'EMS en bénéficiant des prestations concernant le financement des soins selon les règles du nouveau canton de domicile, les conséquences sont les suivantes :

La différence entre ce cas et celui évoqué au point 3.2.3 ci-dessus réside dans le fait que le canton de provenance (A) assure le financement résiduel sur la base des taxes de soins maximales définies par le nouveau canton de domicile (B). Avec ce cas, il n'y a aucune différence entre les résidents d'un même EMS.

4. Evaluation

4.1. Compétence selon la « solution LAMal »

Comme évoqué plus haut, dans la LAMal, c'est le principe du domicile qui détermine la compétence cantonale. En lien avec le financement des soins, les cas développés au point 3.1 montrent que l'application du principe du domicile a les conséquences suivantes:

- Le principe du domicile est appliqué uniformément dans la LAMal. Maintenir ce principe pour le domaine des soins en EMS permet de garantir une uniformité de compétences avec la rémunération des prestations pour les traitements hospitaliers et avec les réductions de primes LAMal.
- Les règles de compétence dans la LAMal sont donc basées sur le canton de domicile (art. 1, al. 1, LAMal, art. 13, al. 1, LPGA, art. 23 ss CC). Le canton de domicile de l'assuré est, par conséquent, responsable du financement résiduel.
- Lorsqu'un assuré change de domicile au moment de son entrée en EMS et bénéficie de PC, deux cantons sont impliqués (le nouveau canton de domicile en ce qui concerne les prestations LAMal et le canton de provenance selon les dispositions de la LPC), ce qui rend nécessaire une coordination entre les deux systèmes.

- Selon que la personne change ou non son domicile au moment de son entrée en EMS, la compétence cantonale en matière de financement résiduel est du ressort du canton où se situe l'EMS ou du canton de provenance de la personne assurée.
- Le canton dans lequel la personne établit un nouveau domicile en entrant en EMS est responsable du financement résiduel alors que, potentiellement, la personne y a payé peu ou pas d'impôts.

Outre ces faits, il faut également prendre en compte les incitations induites par la détermination des compétences selon la LAMal :

- Cantons et communes peuvent chercher à influencer sur le domicile de la personne, en plaçant des barrières administratives à un changement de domicile ou, au contraire en encourageant le changement de domicile au moment de l'entrée en EMS. Ces comportements influencent la liberté d'établissement des personnes.
- Afin de limiter la part de financement résiduel à assumer, les cantons sont incités à limiter les places d'EMS qu'ils mettent à disposition. Une telle politique est néfaste compte tenu de l'importance que prennent les soins, notamment en raison de l'évolution démographique de la population.

4.2. Compétence selon la « solution LPC »

A contrario, l'installation dans un EMS ne constitue pas de nouvelle compétence cantonale pour la LPC. Il en découlerait les éléments suivants si c'est cette réglementation qui était appliquée pour le financement des soins :

- Le canton compétent pour le financement résiduel serait plus simple à définir, étant donné que le domicile précédant l'entrée en EMS est généralement connu. Même un changement de domicile par la personne au moment de son entrée en EMS n'aurait pas d'influence sur la détermination du canton compétent.
- Il se créerait une certaine cohérence en matière de financement des soins, d'aide sociale et de PC.
- En revanche, la systématique LAMal ne serait pas assurée. La part de financement cantonale pour des prestations hospitalières et les réductions de primes pour les personnes ne touchant pas de PC ne seraient pas payées par le même canton que celui assurant le financement résiduel pour les prestations de soins.
- Dans certains cas, soit ceux où une personne décide de changer de domicile en entrant dans un EMS, le canton qui prend en charge le financement résiduel ne serait pas le même que celui qui perçoit les impôts de la personne.

Par contre, cette réglementation permettrait d'éviter certaines incitations indésirables. Les cantons auraient très peu, voire aucun intérêt à influencer le choix de la personne pour son domicile. Sous l'aspect du développement d'une offre adéquate de soins en vue du vieillissement de la population, on peut même espérer que les cantons soient incités à développer des places au sein d'EMS.

5. Bilan

On l'a vu, quelle que soit la règle de compétence choisie, il faudra aussi régler la question de la définition de la taxe de soins maximale, respectivement le niveau de la prise en charge par le canton compétent. Comme évoqué au point 3, les différents cas évoqués peuvent mener à des différences de financement selon la situation des résidents en EMS. Dans le cadre du financement résiduel lors de séjours hors canton, une solution parfaite ne peut être trouvée. Une coordination sera dans tous les cas nécessaire. Plusieurs éléments tels que, notamment,

la sécurité du droit, les solutions déjà existantes ou les incitations positives ou négatives engendrées par les différentes solutions, doivent être pris en compte.

Partant, on a constaté que la majorité des cantons appliquent déjà une règle de compétence analogue à celle définie par la LPC (cf. point 1.3.2). Cette solution a fait ses preuves pour les PC, domaine où l'on a pu constater une forte diminution des conflits en matière de compétences. Une certaine sécurité du droit s'est ainsi développée. Cette solution a également l'avantage de ne pas créer d'incitations négatives et de favoriser la coordination en ce qui concerne la planification et l'implantation de nouveaux EMS.

En lien avec le financement résiduel au sens de l'art 25a, al. 5, LAMal, la « solution LPC » garantira plus de clarté en ce qui concerne la mise en œuvre.

Les cas développés l'ont montré, cette solution créerait malgré tout des incohérences au sein de la LAMal (la même personne assurée pourrait faire valoir un droit aux prestations dans deux différents cantons).

6. Initiative parlementaire 14.417, état des travaux

Le 4 juillet 2014, la CSSS-CE a donné suite à l'initiative à l'unanimité. Le 15 octobre 2014, la CSSS-CN a approuvé cette décision à l'unanimité.

La CSSS-CE a, de ce fait, élaboré une proposition de modification pour l'art. 25a, al. 5, LAMal qui a été envoyée en consultation le 9 septembre 2015 jusqu'au 18 décembre 2015. Les documents envoyés peuvent être consultés en ligne⁴⁵. Le Conseil fédéral considère que, la thématique du financement résiduel en cas de séjour dans un home situé en dehors du canton de domicile étant traitée dans le cadre des travaux en cours en lien avec l'initiative parlementaire 14.417, une nouvelle proposition de projet d'acte de sa part ne serait pas opportune en l'état actuel des travaux. Il rappelle toutefois que la solution proposée afin de régler la question du financement résiduel en cas de séjour hors canton doit, selon la volonté du législateur, maintenir la compétence au niveau des cantons et que cette solution doit pouvoir rencontrer le soutien de ceux-ci.

⁴⁵ http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20140417.

Annexe 1

Pourcentage de séjours en EMS hors canton pour les années 2010 – 2013 par canton et pour toute la Suisse⁴⁶

	2010	2011	2012	2013
ZH	4.0%	3.5%	3.5%	3.7%
BE	1.3%	1.2%	1.3%	1.2%
LU	3.6%	3.3%	3.2%	3.9%
UR	2.6%	3.0%	1.9%	2.3%
SZ	8.7%	7.5%	6.8%	6.4%
OW	3.9%	7.2%	5.3%	5.9%
NW	7.3%	7.0%	7.5%	9.7%
GL	4.6%	3.5%	3.8%	4.4%
ZG	5.1%	4.1%	4.1%	3.7%
FR	2.9%	2.0%	1.9%	2.4%
SO	11.4%	9.8%	9.8%	10.2%
BS	5.2%	4.9%	4.5%	4.6%
BL	6.2%	6.3%	6.7%	7.4%
SH	4.2%	3.6%	3.6%	3.6%
AR	6.6%	7.3%	6.6%	5.6%
AI	21.6%	14.9%	12.3%	18.8%
SG	7.0%	7.9%	8.5%	8.5%
GR	2.5%	2.1%	2.4%	2.2%
AG	3.8%	3.4%	3.5%	3.3%
TG	6.6%	6.4%	6.5%	6.1%
TI	4.8%	3.8%	3.9%	3.7%
VD	1.2%	1.4%	1.3%	1.1%
VS	2.0%	1.9%	1.7%	1.7%
NE	1.4%	1.7%	1.8%	2.5%
GE	2.2%	2.4%	1.8%	1.9%
JU	4.1%	5.2%	4.8%	4.9%
CH	3.8%	3.6%	3.6%	3.6%

⁴⁶ Institutions admises à fournir et à facturer des prestations LAMal. Dans la statistique de l'OFS qui se base sur la Nomenclature générale des activités économiques (NOGA), il s'agit de homes médicalisés – établissements médico-sociaux. §Chiffres établis sur la base des données de la statistique des institutions médico-sociales de l'OFS.