

Anne-Sylvie Dupont

La prise en charge des soins de santé en cas d'épidémie

Questions soulevées par la crise de la Covid-19 quant à l'articulation entre la loi sur les épidémies et la législation en matière d'assurances sociales

La crise sanitaire provoquée par le SARS-Cov2 entraîne une sollicitation accrue du système de soins. Or, la nouvelle loi sur les épidémies ne traite que de manière succincte du financement de ces soins, postulant la subsidiarité de l'intervention des pouvoirs publics par rapport à celle des assurances sociales. Les semaines qui viennent de s'écouler ont montré que l'articulation entre la loi sur les épidémies et la législation en matière d'assurances sociales est tout sauf claire, de même que les conditions de l'intervention de certaines assurances sociales, à commencer par l'intervention de l'assurance-accidents en cas de maladie professionnelle.

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Domaines juridiques : Système de santé. Politique de la santé ; Droit des assurances sociales

Proposition de citation : Anne-Sylvie Dupont, La prise en charge des soins de santé en cas d'épidémie, in : Jusletter 22 juin 2020

Table des matières

1. Introduction
2. Les règles de la loi fédérale sur les épidémies
 - 2.1. Généralités
 - 2.2. Les différentes mesures prévues par la loi sur les épidémies
 - 2.3. Le financement de ces mesures
3. Les assurances sociales intervenant pour les soins de santé
 - 3.1. L'assurance-maladie
 - 3.2. L'assurance-accidents
 - 3.3. L'assurance militaire
4. Les difficultés posées par l'articulation des deux corps de règles
 - 4.1. La prise en charge des tests de dépistage
 - 4.1.1. Le test est-il, sur le principe, une prestation à charge des assurances sociales ?
 - 4.1.2. La personne assurée doit-elle participer au coût du test ?
 - 4.2. Les soins dispensés à la personne malade
 - 4.2.1. La prise en charge des soins ambulatoires
 - 4.2.2. La prise en charge des traitements hospitaliers
5. Conclusion

1. Introduction

[1] La crise sanitaire déclenchée par l'épidémie due à l'agent pathogène SARS-Cov²¹, à l'origine de la maladie désormais désignée par le sigle « Covid-19 »², pose la question du financement des *soins de santé qui sont dispensés aux personnes atteintes de la maladie*, ou suspectées de l'être. En effet, la loi fédérale sur les épidémies³ prévoit certaines règles à ce sujet, dont la relation avec la législation en matière d'assurances sociales n'est pas évidente.

[2] Les mesures prises, tant par la Confédération que par les cantons, ne relevant pas d'une unité de doctrine, et les différences entre les solutions cantonales ayant révélé la pluralité des interprétations possibles, tout comme certains effets pervers, il s'agit à présent d'examiner *si une solution juridique claire peut être dégagée de la législation en vigueur*. Cette solution doit naturellement s'inscrire dans les objectifs que la loi sur les épidémies s'est donnés, à savoir prévenir et combattre l'apparition et la propagation des maladies transmissibles.⁴

[3] Pour répondre à cette question, nous décrirons tour à tour les règles contenues dans la loi sur les épidémies à ce sujet (2), avant de rappeler quelles assurances sociales peuvent être amenées à intervenir, à quelles conditions et selon quelles modalités (3). Nous examinerons ensuite la question de l'articulation entre les deux corps de règles, à l'aune, d'une part, des dispositions légales existantes, et, d'autre part, des principes généraux qu'ils ont pour vocation de concrétiser (4).

¹ Acronyme pour « *Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2* », soit « coronavirus 2 du syndrome respiratoire aigu sévère » en français.

² « Co » se réfère à corona, « vi » à virus et « d » à *disease*, soit maladie en anglais. Le nombre 19 fait référence à l'année durant laquelle ce virus a été identifié. Au moment de l'apparition de la maladie, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a provisoirement utilisé le sigle « 2019-nCoV », pour « *2019-Novel Coronavirus* », avant de consacrer la désignation « Covid-19 » le 11 février 2020.

³ Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles à l'homme (LEp; RS 818.101).

⁴ Art. 2 al. 1 LEp.

2. Les règles de la loi fédérale sur les épidémies

2.1. Généralités

[4] L'art. 118 al. 1 de la Constitution fédérale⁵ enjoint la Confédération à prendre des mesures afin de protéger la santé « dans les limites de ses compétences ». Cette formulation rappelle qu'en matière de santé en général et d'organisation des soins en particulier, la compétence législative reste acquise aux cantons, sous réserve des quelques compétences spécifiques transférées à l'Etat fédéral. *Les cantons restent ainsi titulaires du mandat général de l'approvisionnement en soins de santé.*⁶

[5] La lutte contre les maladies transmissibles est précisément *l'un de ces domaines dans lesquels la Confédération a reçu la compétence de légiférer.*⁷ Il s'agit d'une compétence étendue, sans davantage d'instructions, au niveau constitutionnel, sur les moyens à engager pour concrétiser le mandat législatif.⁸ Nous le verrons, le législateur fédéral a rétrocédé un certain nombre de compétences aux cantons, notamment en matière de financement des mesures prises en application de la loi sur l'épidémie.⁹

[6] Au terme d'un processus législatif débuté en 2007, la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, mieux connue sous son titre abrégé, la loi sur les épidémies, est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2016, remplaçant la loi du 18 décembre 1970, dont l'épidémie de SRAS en 2003 avait révélé les lacunes, confirmées ensuite à l'occasion de la grippe pandémique H1N1 en 2009.¹⁰

2.2. Les différentes mesures prévues par la loi sur les épidémies

[7] L'action de la loi sur les épidémies se fonde sur *quatre piliers* : détecter, surveiller, prévenir et combattre les maladies transmissibles¹¹, soit les maladies causées par des agents pathogènes ou leurs produits toxiques et pouvant être transmises à l'être humain.¹² Les mesures que prévoit cette loi s'articulent logiquement autour de ces quatre axes. Elles visent l'information et l'échange d'information (art. 9 et 10 LEp)¹³, la détection et la surveillance (art. 11 à 18 LEp), la prévention (art. 19 à 29 LEp) et, finalement, la lutte (art. 30 à 49 LEp). Les mesures de lutte peuvent, à leur tour, être distinguées selon qu'elles visent les individus (art. 30 à 39 LEp), la population ou certains groupes de population (art. 40 LEp).¹⁴

⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

⁶ Cf. art. 117a Cst.

⁷ Cf. art. 118 al. 2 let. b Cst. D'une manière générale, les compétences exclusivement fédérales en matière de soins de santé sont fondées aux art. 118 et 118b à 120 Cst.

⁸ Cf. FRÉDÉRIC BERNARD, *La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus*, in : Jusletter 30 mars 2020, N. 7.

⁹ Cf. N. 10 s.

¹⁰ Pour davantage de détails sur l'histoire de cette loi, cf. BERNARD (note 8), N. 8. Consulter également le Message du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, FF 2011 291, p. 300 ss.

¹¹ Cf. art. 4 al. 1 LEp.

¹² Cf. art. 3 let. a LEp.

¹³ A ce sujet, cf. BERNARD (nbp. 8), N. 13 s.

¹⁴ Pour un exposé détaillé des mesures de lutte, cf. BERNARD (nbp. 8), N. 15 ss.

[8] Pour les besoins de notre analyse, nous nous concentrerons ici sur les mesures qui impliquent le recours, par un individu, à des soins de santé dispensés sous forme d'un *traitement ambulatoire ou stationnaire*¹⁵ par un professionnel ou une professionnelle de la santé, cette notion devant ici être comprise dans un sens large et non technique. Dans certains cas, elles peuvent s'inscrire dans le premier volet des mesures de lutte, à savoir celles qui visent les individus. Ces mesures ont toutes en commun de ne pouvoir être ordonnées que si des mesures moins contraignantes ne suffisent pas pour éviter la propagation d'une maladie transmissible et si elles permettent de prévenir un risque sérieux pour la santé d'autrui.¹⁶ Elles doivent par ailleurs rester « nécessaires »¹⁷, et limitées dans le temps.¹⁸

[9] Concrètement, les mesures impliquant le recours au système de soins sont la surveillance médicale (art. 34 LEp), la quarantaine et l'isolement, qui peuvent impliquer le placement de la personne concernée dans un hôpital ou dans une autre institution appropriée (art. 35 LEp), l'examen (art. 36 LEp) et le traitement médical (art. 37 LEp) qui, tous deux, peuvent être ordonnés à l'encontre de la personne concernée.

[10] La compétence pour prononcer ces mesures appartient aux cantons¹⁹ qui, dans certains cas, sont autorisés à recourir à des mesures de contrainte.²⁰ Les législations cantonales d'application confient cette compétence, plus spécifiquement, au médecin cantonal.²¹

2.3. Le financement de ces mesures

[11] S'agissant du coût des soins de santé dispensés dans le cadre des mesures énumérées ci-dessus, la loi sur les épidémies prévoit, assez sobrement, que *les cantons assument les coûts des mesures visant des individus, pour autant que ces coûts ne soient pas couverts autrement*.²² L'on comprend, à la lecture du message du Conseil fédéral, que les assurances sociales, en particulier l'assurance obligatoire des soins, font partie des autres sources de financement envisagées.²³

[12] Les législations cantonales d'exécution contiennent rarement, en Suisse romande à tout le moins²⁴, de dispositions concernant le financement des mesures prises en application de la loi

¹⁵ Le traitement stationnaire, ou hospitalier, est défini à l'art. 3 de l'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 (OCP; RS 832.104). Les traitements qui ne rentrent pas dans cette définition sont des traitements ambulatoires (art. 5 OCP).

¹⁶ Cf. art. 30 al. 1 LEp.

¹⁷ Cf. art. 30 al. 2 LEp.

¹⁸ Cf. art. 31 al. 4 LEp.

¹⁹ Cf. art. 31 al. 1 LEp.

²⁰ Cf. art. 32 LEp.

²¹ Cf. art. 40 al. 2 de la loi vaudoise sur la santé publique (LSP VD; RS VD 800.01); art. 2 du règlement d'application de la loi d'application de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (RaLEPid; RS GE K 1 15.01); art. 10 al. 2 let. b de la loi neuchâteloise de santé (LS NE; RS NE 800.1) et art. 3 du règlement concernant l'application de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (RS NE 807.10); art. 118 de la loi fribourgeoise sur la santé (RS FR 821.0.1) et 1 de l'arrêté sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme et autres mesures de police sanitaire (RS FR 821.41.11); art. 125 al. 2 let. b ch. 5 de la loi valaisanne sur la santé (LS VS; RS VS 800.1) et 2 et 3 de l'ordonnance sur la lutte contre les maladies transmissibles (RS VS 818.100); art. 9 de la loi sanitaire jurassienne (RS JU 810.01).

²² Cf. art. 71 let. a LEp.

²³ Cf. Message LEp (nbp. 10), 334 et 395.

²⁴ Nous avons limité notre exploration aux cantons de Vaud, Genève, Neuchâtel, Fribourg, du Jura et du Valais.

fédérale sur les épidémies. Par exception, la loi genevoise de santé impose au Conseil d'Etat, de manière toute générale, de prévoir au budget les ressources nécessaires pour couvrir les coûts inhérents à l'application de la loi sur les épidémies. La loi valaisanne sur la santé prévoit quant à elle que le département compétent prend en charge les frais engendrés par les mesures de lutte contre les maladies transmissibles, notamment les mesures de prévention en cas d'épidémie, si ces frais ne peuvent être imputés à des tiers.²⁵ Le canton du Jura a constitué un fonds de promotion de la santé dont les ressources peuvent notamment être affectées à la prise en charge et au traitement des personnes qui seraient atteintes de maladies transmissibles,²⁶ selon des modalités qui ne sont pas davantage décrites dans la législation.

[13] En définitive, il faut donc comprendre que le financement des mesures de lutte contre les maladies transmissibles, singulièrement les soins de santé, sont à la charge des cantons dans la mesure où elles ne sont pas financées autrement, les législations cantonales ne permettant pas de connaître *a priori* les modalités de ce financement.

3. Les assurances sociales intervenant pour les soins de santé

[14] Nous avons vu au chapitre précédent que *le financement cantonal des mesures de lutte contre les maladies transmissibles est subsidiaire aux autres sources de financement*, par quoi il faut en premier lieu entendre, si l'on se réfère aux explications données par le Conseil fédéral en accompagnement du projet de loi sur les épidémies, les assurances sociales.²⁷

[15] D'une manière générale, les assurances sociales susceptibles d'intervenir en faveur de la personne assurée qui doit recourir à des soins de santé sont l'assurance-maladie, l'assurance-accidents et l'assurance militaire, l'assurance-invalidité et les prestations complémentaires. Dans le contexte particulier d'une épidémie, singulièrement de la pandémie de Covid-19, seules les trois premières présentent un intérêt.²⁸

[16] En effet, une maladie transmissible au sens de l'art. 3 let. a LEP est en principe une maladie au sens où l'entend le droit des assurances sociales, à savoir une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail.²⁹ Ce risque est couvert en premier lieu par l'assurance-maladie (A). Si cette maladie remplit les conditions supplémentaires qui font d'elle une maladie professionnelle, l'assurance-accidents peut intervenir (B). Finalement, si elle est constatée pendant une période de service au sens de l'art. 1a de la loi sur l'assurance-militaire³⁰, elle sera, sauf exception, prise en charge par cette dernière (C).

²⁵ Cf. art. 127 al. 1 LS VS. Cf. également art. 19 al. 1 de l'ordonnance sur la lutte contre les maladies transmissibles (RS VS 818.100).

²⁶ Cf. art. 2 al. 3 de l'arrêté portant constitution du fonds de promotion de la santé (RS JU 810.016).

²⁷ Cf. N. 11.

²⁸ L'assurance-invalidité et les prestations complémentaires prennent en charge des mesures médicales à des conditions très spécifiques qui n'ont pas vocation à être remplies dans le contexte d'une pandémie (cf. art. 12 ss de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité [LAI ; RS 831.20] ; art. 14 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI [RS 831.30]).

²⁹ Cf. art. 3 al. 1 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1).

³⁰ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (LAM ; RS 833.1).

3.1. L'assurance-maladie

[17] L'assurance-maladie est la *principale assurance prenant en charge les soins de santé dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins (AOS)*. Protégeant en principe toutes les personnes domiciliées en Suisse,³¹ elle assume les coûts des prestations médicales énumérées dans son catalogue (art. 25 à 31 LAMal) qui sont efficaces, appropriées et économiques (art. 32 LAMal)³² et fournies par un fournisseur de prestations reconnu (art. 35 ss LAMal)³³.

[18] Ce n'est pas le lieu d'exposer ici en détail les mécanismes légaux et jurisprudentiels complexes permettant de concrétiser ces trois conditions. Néanmoins, pour la bonne compréhension des enjeux de l'intervention de l'AOS dans le contexte d'une épidémie, il est utile de préciser deux points.

[19] Premièrement, *un hôpital n'est un fournisseur de prestations reconnu que s'il figure sur la liste hospitalière cantonale*, autrement dit s'il est inclus dans la planification d'un canton déterminé pour répondre aux besoins en soins de sa population.³⁴ Son intégration dans l'offre cantonale de soins peut consister en un mandat général, auquel cas toutes les prestations fournies par cet hôpital peuvent être mises à charge de l'AOS, sous réserve que ces prestations figurent dans le catalogue et soient efficaces, appropriées et économiques. Un hôpital peut également être intégré dans la planification cantonale pour certaines prestations déterminées ou pour certains groupes de prestations.³⁵ Il est également possible de limiter le nombre de cas qui peuvent être pris en charge aux frais de l'AOS (quotas).³⁶ Dans de telles hypothèses, seuls les soins qui sont prodigués dans le cadre du mandat cantonal remplissent les conditions pour une prise en charge par l'assurance-maladie sociale.³⁷

[20] Deuxièmement, même si les trois conditions mentionnées plus haut sont remplies, à savoir que les soins sont dispensés conformément au catalogue, sont efficaces, appropriés et économiques, et sont dispensés par un fournisseur de prestations reconnu, *la prise en charge des coûts de ces soins par l'AOS n'est pas nécessairement intégrale*. Conformément à l'art. 64 al. 1 LAMal, les personnes assurées doivent contribuer aux coûts des soins dont elles bénéficient. Cette participation comprend une franchise annuelle pouvant aller de CHF 300.– à CHF 2'500.–³⁸, ainsi qu'une quote-part de 10 % des coûts qui dépassent cette franchise, à concurrence de CHF 700.– par année civile.³⁹ En cas d'hospitalisation, les personnes assurées doivent en outre s'acquitter d'un

³¹ Cf. art. 3 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10).

³² Sur ces notions, cf. WILLY OGGIER/NOËLLE KERSTIN VOKINGER, in : Gabor P. Blechta/Philomena Colatrella/Hubert Rüedi/Daniel Staffelbach (éd.), *Krankenversicherungsgesetz. Krankenversicherungsaufsichtsgesetz*, Basler Kommentar, Bâle 2020, Art. 32 LAMal N. 6 ss ; STÉPHANIE PERRENOUD, *L'assurance-maladie*, in : Ghislaine Frésard-Fellay/Bettina Kahil-Wolff/Stéphanie Perrenoud (éd.), *Droit suisse de la sécurité sociale*, vol. II, Berne 2010, p. 188 ss N. 324 ss.

³³ Cf. PERRENOUD (nbp. 32), p. 204 ss N. 346 ss.

³⁴ Cf. art. 39 al. 1 let. d et e LAMal.

³⁵ Par exemple la chirurgie viscérale, ou l'urologie, etc.

³⁶ La jurisprudence a cependant encadré cette possibilité. Sur cette question, cf. BERNHARD RÜTSCHÉ/DARIO PICCCHI, in : Gabor P. Blechta/Philomena Colatrella/Hubert Rüedi/Daniel Staffelbach (éd.), *Krankenversicherungsgesetz. Krankenversicherungsaufsichtsgesetz*, Basler Kommentar, Bâle 2020, Art. 39 LAMal N. 63.

³⁷ Sur la planification hospitalière en général, cf. BSK KVG/KVAG-RÜTSCHÉ/PICCCHI, Art. 39 LAMal N. 23 ss.

³⁸ Cf. art. 64 al. 2 let. a et 3 LAMal en lien avec 103 al. 1 et 93 al. 1 OAMal. A noter que les enfants ne paient en principe pas de franchise (art. 64 al. 4 LAMal).

³⁹ Cf. art. 64 al. 2 let. b et 3 LAMal en lien avec 103 al. 2 OAMal. Pour les enfants, le plafond s'élève à CHF 350.– par année civile.

montant de CHF 15.– par jour.⁴⁰ Ces montants ne peuvent être assurés par le biais d'assurances complémentaires.⁴¹

3.2. L'assurance-accidents

[21] Les travailleuses et les travailleurs salariés occupés en Suisse⁴² bénéficient d'une couverture contre les accidents professionnels et, en principe⁴³, non professionnels, ainsi que les maladies professionnelles, dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire (LAA). Cette assurance prévoit, parmi les prestations qu'elle octroie, la prise en charge du traitement médical approprié de l'atteinte à la santé (art. 10 LAA). A cet égard, le principal avantage de l'assurance-accidents, par rapport à l'assurance-maladie, est de garantir le *paiement de l'intégralité des coûts occasionnés*, sans que la personne assurée ne doive participer. Dans un autre registre, l'assurance-accidents présente également l'avantage d'offrir une compensation de la perte de revenu en cas d'incapacité de travail ou d'invalidité consécutive à l'accident ou à la maladie professionnelle.⁴⁴

[22] Envisager l'intervention de l'assurance-accidents dans le contexte de la pandémie de Covid-19 revient à *se demander si l'on peut reconnaître à ce dernier le caractère de maladie professionnelle*. Conformément à l'art. 9 al. 1 LAA, « sont réputées maladies professionnelles les maladies (art. 3 LPG) dues exclusivement ou de manière prépondérante, dans l'exercice de l'activité professionnelle, à des substances nocives ou à certains travaux ». L'expression « de manière prépondérante » signifie que la personne concernée doit apporter la preuve, au stade de la vraisemblance prépondérante, que la maladie est due pour plus de 50 % à l'exposition à la substance nocive ou à l'accomplissement d'un travail déterminé.⁴⁵ Pour être admise à cette preuve facilitée, la personne assurée doit en premier lieu démontrer, dans le contexte qui nous occupe, que l'hypothèse d'une infection dans le milieu professionnel a été envisagée par le Conseil fédéral. En effet, celui-ci se voit déléguer la tâche d'établir une liste « des travaux et des affections qu'ils provoquent » pour l'application de l'art. 9 al. 1 LAA.

[23] Cette liste figure à l'annexe 1 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents⁴⁶. A son chapitre 2b, elle mentionne, précisément, les « maladies infectieuses » causées par les « travaux dans des hôpitaux, des laboratoires, des instituts de recherche et établissements analogues ». Sont des établissements analogues les établissements dans lesquels la fréquence du risque encouru est comparable.⁴⁷

[24] Conformément à l'esprit de l'art. 9 al. 1 LAA, *la SUVA reconnaît le caractère de maladie professionnelle à la Covid-19*, « à condition que les collaborateurs exerçant l'activité professionnelle

⁴⁰ Cf. art. 64 al. 5 LAMal en lien avec 104 al. 1 OAMal. Les enfants en sont exemptés.

⁴¹ Cf. art. 64 al. 8 LAMal.

⁴² Art. 1a al. 1 let. a LAA et 1a OLAA.

⁴³ Les travailleuses et les travailleurs occupés moins de huit heures par semaines chez un même employeur ne sont assurés que contre les accidents professionnels (cf. art. 8 al. 2 LAA et 13 al. 1 OLAA).

⁴⁴ Cf. art. 16 ss LAA.

⁴⁵ Cf. GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, L'assurance-accidents, in : Ghislaine Frésard-Fellay/Bettina Kahil-Wolff/Stéphanie Perrenoud (éd.), Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, Berne 2010, p. 363 N. 121 et les références citées en nbp. 109.

⁴⁶ OLAA ; RS 832.202.

⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 104/96 du 31 décembre 1996. Cf. également FRÉSARD-FELLAY (nbp. 45), p. 360 s. N. 111.

en question soient exposés à un risque bien plus élevé de contracter le coronavirus que le reste de la population ». ⁴⁸ Sont expressément mentionnés, outre les personnes travaillant dans les établissements expressément mentionnés dans l'annexe à l'ordonnance, les collaboratrices et collaborateurs des EMS ainsi que des foyers pour personnes handicapées. Il doit à notre sens en aller de même des personnes employées par les organisations de soins à domicile, qui sont des établissements de santé comparables aux hôpitaux ou aux EMS dans les différentes lois cantonales régissant l'organisation de la santé publique ⁴⁹, ou encore par des cabinets médicaux privés. ⁵⁰ La question est en revanche ouverte pour les prisons ou encore pour les centres d'accueil pour réfugiés. ⁵¹

[25] La position de la SUVA soulève deux questions au moins. Premièrement, elle semble réserver *a priori* la validation d'une maladie professionnelle au personnel soignant, plus exposé du fait des soins directement dispensés. A notre sens, il faut comprendre que *l'ensemble du personnel employé dans les établissements concernés doit être éligible à une telle reconnaissance*. Dès lors que l'on sait aujourd'hui, d'une part, que le virus circule très rapidement et que, d'autre part, certaines personnes peuvent être asymptomatiques, la discrimination des travailleuses et les travailleurs qui ne font pas partie du personnel soignant (personnel administratif, de cuisine, d'entretien du linge, etc.) ne peut objectivement pas être justifiée. Elle n'est en outre *pas conforme aux principes fondamentaux de l'institution de l'assurance-accidents*, dont la raison d'être est de remplacer un régime de responsabilité civile de l'employeur qui, précisément, aurait contraint ce dernier à indemniser toutes les travailleuses et tous les travailleurs, dans distinction de leurs fonctions respectives. ⁵²

[26] Deuxièmement, se pose la question du sort réservé aux *personnes assurées qui auront contracté la Covid-19 dans le cadre de leur activité professionnelle, mais qui ne sont pas employées dans une structure visée par l'annexe 1 de l'OLAA*. Pour la SUVA, « aucune reconnaissance en tant que maladie professionnelle ne peut avoir lieu pour ceux dont l'activité n'est pas axée sur l'accompagnement et le soin de personnes infectées ». ⁵³ A notre sens, cette conclusion est trop hâtive. Il y a lieu en effet de distinguer, encore, entre les personnes dont l'activité professionnelle n'a pas pour nature d'augmenter le risque de contamination, et les autres. ⁵⁴ Par exemple, une personne travaillant dans un bureau n'est pas exposée à ce risque de manière plus intense qu'une autre personne. A l'inverse, certaines professions ont pour caractéristique de contraindre la travailleuse ou le travailleur à une multitude de contacts avec des tiers qu'ils ne connaissent pas et dont ils ignorent

⁴⁸ SUVA, FAQ : questions fréquentes sur le coronavirus (<http://www.suva.ch>).

⁴⁹ Par exemple, l'art. 78 LS NE mentionne les services de prévention et de conseil, les services d'aide et de soins à domicile, les foyers de jour et de nuit, les appartements avec encadrement et les pensions, les hôpitaux et les cliniques, les maisons de naissance, et, finalement, les institutions parahospitalières, les laboratoires et autres institutions.

⁵⁰ Dans le même sens, FRÉSARD-FELLAY (nbp 45), p. 360 N. 111.

⁵¹ Le Tribunal fédéral avait répondu par la négative s'agissant de l'exposition à la tuberculose (arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 104/96 du 31 décembre 1996).

⁵² ANDREAS TRAUB, in : Ghislaine Frésard-Fellay/Susanne Leuzinger/Pärli Kurt, Unfallversicherungsgesetz, Basler Kommentar, Bâle 2019, Art. 9 N. 35.

⁵³ SUVA, FAQ : questions fréquentes sur le coronavirus (<http://www.suva.ch>).

⁵⁴ Le risque doit être quatre fois plus fréquent : cf. THOMAS FLÜCKIGER, in : Marc Hürzeler/Ueli Kieser (éd.), UVG (Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht), Berne 2018, Art. 9 N. 43 ; BSK UVG-TRAUB, Art. 9 N. 41 ; JEAN-MAURICE FRÉSARD/MARGIT MOSER-SZELESS, L'assurance-accidents obligatoire, in : Ulrich Meyer (éd.), Sécurité sociale – Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. XIV, 3^e éd., Bâle 2016, p. 885 ss, N. 163 et les références citées en nbp. 3336.

tout de l'état de santé. On pense en particulier au personnel de la poste, de livraison, ou encore au personnel de vente, en particulier dans les pharmacies.

[27] Pour les travailleuses et les travailleurs appartenant à cette seconde catégorie, il y a lieu d'envisager l'application de l'art. 9 al. 2 LAA. Selon cette disposition, « sont aussi réputées maladies professionnelles les autres maladies dont il est prouvé qu'elles ont été causées exclusivement ou de manière nettement prépondérante par l'exercice de l'activité professionnelle ». Par « autres maladies », il faut entendre les maladies qui ne sont pas survenues dans l'un des contextes énumérés à l'annexe 1 de l'OLAA.⁵⁵ Dans ce cas, *la personne assurée est admise à prouver, toujours au stade de la vraisemblance prépondérante, que la maladie résulte pour 75 % au moins*⁵⁶ de l'exercice de sa profession. Cette preuve doit être considérée comme rapportée si des études épidémiologiques démontrent la prévalence des infections par le SARS-CoV2 dans un corps de métier déterminé.⁵⁷ A défaut, la personne assurée doit à notre sens se voir aménager la possibilité de démontrer, négativement, qu'elle n'a, dans sa vie privée, pas été en contact avec une personne dont il est confirmé qu'elle était porteuse du virus, et qu'elle a par ailleurs observé les gestes barrières préconisés par l'OFSP.

3.3. L'assurance militaire

[28] Conçue davantage comme un *mécanisme de responsabilité de la Confédération* que comme une assurance sociale,⁵⁸ l'assurance militaire indemnise les personnes en service au sens de l'art. 1a LAM pour les conséquences de « toute affection qui se manifeste et qui est annoncée ou constatée de toute autre façon pendant le service »⁵⁹. Si, en revanche, l'affection est avec certitude antérieure au service, ou qu'elle ne peut pas avoir été causée par ce dernier, et qu'elle n'a pas non plus été aggravée ou accélérée par le service, l'assurance militaire n'intervient pas.⁶⁰ Si l'affection est constatée après le service, l'assurance militaire n'intervient que s'il est établi au degré de la vraisemblance prépondérante que l'affection a été causée ou aggravée pendant le service.⁶¹

[29] L'intervention de l'assurance militaire comprend la prise en charge de *l'intégralité des coûts engendrés par un traitement médical approprié et économique*.⁶² Il s'agit notamment des examens et des traitements médicaux ainsi que ses soins, lesquels peuvent être administrés ambulatoirement, à domicile ou en milieu hospitalier, y compris les analyses, les médicaments et les autres moyens et appareils servant à la thérapie.⁶³ L'assurance militaire ne prend en charge que les traitements qui sont fournis par le personnel médical civil, le droit au traitement pendant le service militaire étant fourni en première ligne par le service médical de la troupe.⁶⁴ Il est expressément prévu

⁵⁵ FLÜCKIGER (nbp. 54), Art. 9 N. 38. La structure de l'art. 9 al. 1 et 2 LAA est conforme aux prescriptions de l'art. 8 let. c de la Convention n° 121 de l'Organisation internationale du travail.

⁵⁶ « De manière nettement prépondérante ». Cf. FLÜCKIGER (nbp. 54), Art. 9 N. 40 ; BSK UVG-TRAUB, Art. 9 N. 40 et les références jurisprudentielles citées.

⁵⁷ Apparemment dans le même sens, BSK UVG-TRAUB, Art. 9 N. 46.

⁵⁸ Sur la nature de l'assurance militaire, cf. FRÉSARD/MOSER-SZELESS (nbp. 54), N. 969 ss.

⁵⁹ Art. 5 al. 1 LAM.

⁶⁰ Art. 5 al. 2 LAM.

⁶¹ Art. 6 LAM.

⁶² Art. 8 let. a et 16 al. 1 LAM.

⁶³ Art. 16 al. 2 LAM.

⁶⁴ Art. 10 al. 1 et 2 de l'ordonnance du 10 novembre 1993 sur l'assurance militaire (OAM ; RS 833.11).

que l'assurance militaire prend à sa charge les frais résultant des examens réalisés à des fins de dépistage.⁶⁵

4. Les difficultés posées par l'articulation des deux corps de règles

[30] De l'exposé qui précède résulte l'articulation suivante : lorsqu'une personne doit recevoir des soins en raison de l'épidémie de Covid-19, soit parce qu'elle en est atteinte et doit être soignée, soit parce que l'on soupçonne qu'elle en est atteinte et doit subir des tests de dépistage, il faut d'abord examiner si l'une des assurances sociales mentionnées ci-dessus peut intervenir, pour tout ou partie des coûts engendrés. Si ce n'est pas le cas, les cantons doivent les prendre en charge, selon des modalités qui ne sont pas précisées dans la loi fédérale, les législations cantonales étant, de leur côté, au mieux lacunaires, au pire inexistantes.

[31] Les événements récents ont révélé que cet ordre d'intervention est moins clair qu'il n'y paraît. Nous proposons dès lors d'examiner l'articulation de la loi sur les épidémies avec la législation en matière d'assurances sociales dans le contexte de deux questions précises : le financement des tests de dépistage (4.1) et les soins fournis à la personne malade (4.2).

[32] Il aurait été également intéressant de soumettre le rapport entre les deux corps de règles à l'épreuve du financement des traitements dont l'efficacité scientifique n'a pas encore été démontrée, sujet qui mérite vraisemblablement un article qui lui serait exclusivement consacré.

4.1. La prise en charge des tests de dépistage

[33] Le financement des tests de dépistage soulève une question commune aux trois assurances sociales examinées ci-dessus (4.1.1) et une question propre à l'assurance obligatoire des soins (4.1.2).

4.1.1. Le test est-il, sur le principe, une prestation à charge des assurances sociales ?

[34] Conformément à l'art. 33 al. 2 LAMal, les prestations énumérées à l'art. 25 al. 2 LAMal qui ne sont pas fournies par un médecin ou par un chiropraticien, dont les analyses,⁶⁶ ne sont prises en charge par l'assurance obligatoire des soins *que si elles figurent sur les listes établies par le Conseil fédéral*, plus spécifiquement par le Département fédéral de l'intérieur (DFI)⁶⁷ qui doit édicter une « liste des analyses avec tarif ». ⁶⁸ Par l'effet des renvois contenus dans leurs législations respectives, cette liste est également déterminante pour la prise en charge du coût des analyses par l'assurance-accidents⁶⁹ et par l'assurance militaire⁷⁰.

⁶⁵ Art. 10 al. 3 OAM.

⁶⁶ Cf. art. 25 al. 2 let. b LAMal.

⁶⁷ Cf. art. 33 let. b OAMal.

⁶⁸ Cf. art. 52 al. 1 let. a LAMal.

⁶⁹ Cf. art. 71 al. 2 OLAA. Sur le caractère contraignant de la Liste des analyses pour l'assurance-accidents, cf. UELI KIESER/KASPAR GEHRING/SUSANNE BOLLINGER, KVG/UVG Kommentar, Zurich 2018, Art. 10 N. 6; ALEXANDRA RUMO-JUNGO/ANDRÉ PIERRE HOLZER, Bundesgesetz über die Unfallversicherung. Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht (RBS), 4^e éd., Zurich 2012, p. 244.

⁷⁰ Cf. art. 14 al. 2 OAM.

[35] La liste des analyses représente, d'un point de vue formel, l'annexe 3 à l'ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins (OPAS).⁷¹ Cette liste est qualifiée de *positive, exhaustive et contraignante*,⁷² ce qui signifie que l'assurance obligatoire des soins doit prendre en charge les analyses qui y sont mentionnées, et, à l'inverse, à l'interdiction de rembourser des analyses qui ne le sont pas.

[36] La loi sur l'assurance-maladie contient peu de règles guidant la procédure à suivre pour admettre une analyse dans la liste de prestations remboursées par l'AOS. L'art. 52 al. 1 LAMal se borne à indiquer que les commissions compétentes doivent être consultées, en l'espèce la Commission fédérale des analyses, moyens et appareils.

[37] Après avoir consulté cette commission, le DFI a ajouté le test permettant de diagnostiquer une infection par le SARS-Cov2 dans la Liste des analyses, depuis le 4 mars 2020. Depuis cette date, il fait donc partie des prestations à charge de l'AOS, sous numéro de position 3186.00, pour un nombre de 95 points, soit un coût par analyse de CHF 95.–, la valeur uniforme du point pour l'ensemble de la Suisse étant fixé à CHF 1.–.⁷³ *Sur le principe et dans cette mesure, le test de dépistage est donc une prestation à charge des assurances sociales.*

4.1.2. La personne assurée doit-elle participer au coût du test ?

[38] Cette deuxième question se pose uniquement dans le contexte de l'assurance-maladie. Comme nous l'avons vu ci-dessus⁷⁴, l'assurance-accidents et l'assurance militaire prennent intégralement en charge les frais de traitement, sans participation de la personne assurée.⁷⁵ Dans le régime de l'AOS⁷⁶, la personne assurée doit, en plus de s'acquitter d'une prime mensuelle⁷⁷, participer aux coûts des soins dont il bénéficie. Le montant de sa participation est dans tous les cas supérieur au coût d'un test.

[39] Dans une fiche d'information datée du 22 avril 2020, entérinée une semaine plus tard *via* l'introduction d'un art. 10a^{bis} dans l'ordonnance 2 COVID-19,⁷⁸ l'OFSP a fixé la « réglementation de prise en charge des coûts » de l'analyse diagnostique pour le SARS-Cov2,⁷⁹ en *distinguant plusieurs cas de figure*. Il a notamment distingué selon que le test était prescrit par le médecin-traitant de la personne assurée ou par le médecin cantonal.⁸⁰ Dans la première hypothèse, la personne assurée doit, selon l'OFSP, s'acquitter de sa franchise et de sa quote-part, ce qui peut signifier prendre à sa charge l'intégralité du coût du test ; dans la seconde hypothèse, le coût

⁷¹ RS 832.112.31.

⁷² Cf. PERRENOUD (nbp. 32), p. 199 N. 342.

⁷³ Cf. Préambule à l'annexe 3 OPAS, Liste des analyses du 30 avril 2020, p. 5. Notons qu'au moment de son admission dans la Liste des analyses, le test était inscrit pour 180 points, soit un coût de CHF 180.–.

⁷⁴ N. 21 et 29.

⁷⁵ Notons que dans le contexte de l'assurance-accidents, une maladie professionnelle (cf. N. 22 ss) est considérée comme survenue dès qu'un examen médical doit être pratiqué, notamment en cas de dépistage de maladies infectieuses (cf. CNA, Statistique des accidents LAA 2008-2012, p. 57).

⁷⁶ Cf. N. 20.

⁷⁷ Cf. art. 61 LAMal.

⁷⁸ Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) ; RS 818.101.24 (O 2 COVID-19).

⁷⁹ La fiche peut être consultée sur le site Internet de l'OFSP (<https://www.bag.admin.ch>), rubrique assurances > assurance-maladie > Prestations et tarifs > Liste des analyses (LA).

⁸⁰ Sur l'habilitation de ce dernier à ordonner un test, cf. N. 10.

du test est intégralement pris en charge par le canton, au titre des mesures de lutte contre les épidémies.

[40] La position de l'OFSP est problématique à plusieurs égards :

- premièrement, elle induit une *inégalité de traitement* entre les personnes qui doivent recourir au test. Alors que les unes verront leur test intégralement financé par les pouvoirs publics, les autres devront en assumer, possiblement, l'entier du coût ;⁸¹
- deuxièmement, elle est de nature à *placer dans une position difficile le médecin-traitant* qui doit tenir compte, d'une part, des enjeux de santé publique, mais aussi, d'autre part, de la situation financière de son patient, à qui il doit à ce sujet une complète information, au risque d'engager sa responsabilité à son égard ;⁸²
- troisièmement, et c'est sans doute le point le plus grave, *elle met en péril les objectifs de santé publique* poursuivis par les mesures de lutte individuelle prévues par la LEp. En effet, le fait de devoir en payer le prix peut décourager la personne assurée de se soumettre au test de dépistage, en particulier si le test doit être répété à plusieurs reprises.⁸³ Le risque qu'un individu porteur du virus échappe ainsi à la vigilance du système sanitaire s'en trouverait augmenté.

[41] La position de l'OFSP ne tient par ailleurs compte *ni du but des participations mises à charge de la personne assurée, ni de la volonté du législateur de la loi sur les épidémies*. L'introduction de la franchise dans la législation en matière d'assurance-maladie, en 1964, à l'occasion de la révision de l'ancienne LAMA, était une mesure destinée à maîtriser l'augmentation des coûts en atténuant l'effet de l'aléa moral (*Moral Hazard*) induit par l'existence d'une couverture d'assurance⁸⁴ et en renforçant la responsabilité individuelle.⁸⁵ En d'autres termes, il s'agissait de décourager les personnes assurées de recourir à des traitements médicaux inutiles, en particulier dans des cas de peu de gravité.⁸⁶ La franchise a été reprise dans l'actuelle LAMal dans un même but.⁸⁷ Cet objectif de responsabilisation individuelle est dépassé par l'objectif de santé publique qui prévaut dans le cadre de la lutte contre les épidémies : le recours au test de dépistage sert en effet au moins autant l'intérêt de santé publique que l'intérêt individuel de la personne assurée. Il est intéressant de se rappeler qu'en 1964, le Conseil fédéral reconnaissait, pour des raisons identiques, que dans certains cas, la participation ne se justifiait pas, et qu'il convenait de « maintenir la réglementation selon laquelle aucune participation n'est exigée en cas de tuberculose ». ⁸⁸ En 1991, il pensait

⁸¹ La Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé a également relevé ce point (cf. <https://www.letemps.ch/economie/va-payer-tests-depistage-coronavirus>).

⁸² Le devoir de diligence du médecin, lié à son patient par un contrat de mandat, à tout le moins dans le contexte d'une pratique libérale, inclut l'obligation de le renseigner sur les conséquences financières des traitements qu'il prescrit.

⁸³ Dans le même sens, cf. Message LEp (nbp. 10), p. 333 s.

⁸⁴ Sur cette question, cf. CHRISTIAN P. R. SCHMID, in : Blechta Gabor P./Colatrella Philomena/Rüedi Hubert/Staffelbach Daniel (éd.), *Krankenversicherungsgesetz. Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, Basler Kommentar*, Bâle 2020, Art. 64 LAMal N. 1 ss.

⁸⁵ BSK KVG/KVAG-SCHMID, Art. 64 LAMal N. 11.

⁸⁶ Cf. Message du Conseil fédéral du 5 juin 1961 à l'appui d'un projet de loi modifiant le titre premier de la loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, FF 1961 I 1425, p. 1461.

⁸⁷ Cf. Message du Conseil fédéral du 6 novembre 1991 sur la révision de l'assurance-maladie, FF 1992 I 77, p. 177 s.

⁸⁸ Message LAMA 1964 (nbp. 86), p. 1463.

toujours qu'il n'était « pas logique de prélever une participation aux coûts pour les mesures de prévention médicale (...). Pour prévenir des maladies, nous souhaitons en effet inciter les assurés à recourir aux mesures préventives considérées comme judicieuses ».⁸⁹

[42] Au moment de présenter le projet de ce qui est désormais la loi sur les épidémies, le Conseil fédéral était également conscient de l'entrave que les participations aux coûts pouvaient représenter dans la poursuite des objectifs de la nouvelle loi. Commentant l'art. 71 LEp, qui met à la charge des cantons les coûts des mesures visant les individus pour autant qu'ils ne soient pas couverts autrement, le Conseil fédéral précise que « parmi les coûts qui ne sont pas à charge de l'assurance-maladie, il leur revient en premier lieu de prendre en charge la franchise ».⁹⁰ Opérer une distinction selon que la prestation (le test) a été prescrite par le médecin-traitant ou ordonnée par le médecin cantonal n'est pas opportun dès lors que, dans tous les cas, le dépistage s'inscrit dans un objectif supérieur de santé publique, et s'inscrit en porte-à-faux des objectifs du Conseil fédéral.⁹¹

[43] En conséquence, si, à l'égard de son assureur-maladie, le patient ou la patiente qui recourt à un test peut se voir tenu, en application de l'art. 64 LAMal, de prendre en charge une participation aux coûts, il revient aux cantons de lui rembourser les montants versés, cas échéant de s'en acquitter directement auprès de la caisse-maladie.

[44] Cette triangulation entre la personne assurée, sa caisse-maladie et le canton rend ardue la mise en œuvre du système voulu par le législateur. En l'état actuel du droit, c'est la seule manière de faire qui permette de tenir compte de l'objectif supérieur de santé publique et de la volonté du législateur. A noter que le Conseil fédéral aurait vraisemblablement eu la compétence, fondée sur l'art. 185 al. 3 Cst.,⁹² de régler cette question par voie d'ordonnance, comme il a pu le faire pour d'autres questions en matière d'assurances sociales.⁹³

4.2. Les soins dispensés à la personne malade

[45] Les soins dispensés aux personnes qui ont été infectées par le SARS-CoV2 ne font pas obligatoirement partie des mesures prévues par la loi sur les épidémies. En effet, il ne s'agit plus ici, principalement, de lutter contre la propagation d'une maladie transmissible, mais de *se concentrer sur les personnes atteintes dans leur santé pour leur permettre de se rétablir*. A priori, dans ce contexte-là, il ne devrait donc pas être nécessaire de coordonner la loi sur les épidémies et l'intervention des assurances sociales. C'est en tout cas vrai pour les soins ambulatoires (4.2.1). La question de la prise en charge des traitements hospitaliers soulève des questions autrement plus complexes (4.2.2).

⁸⁹ Message LAMal (nbp. 87), p. 178.

⁹⁰ Message LEp (nbp. 10), p. 395.

⁹¹ Message LEp (nbp. 10), p. 334.

⁹² Cf. également N. 53.

⁹³ Il a, par exemple, introduit une dérogation à l'art. 31 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0) s'agissant des personnes pouvant bénéficier des indemnités pour réduction de l'horaire de travail (cf. ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus [COVID-19]; [RS 837.033]). La question de savoir si le Conseil fédéral est autorisé, sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst., à édicter des règles d'urgence qui dérogent à la loi est controversée en doctrine. A ce sujet, cf. GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in *Zeiten des Coronavirus*. Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrates zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 5/2020, p. 239 ss, spécialement p. 239 à 243.

4.2.1. La prise en charge des soins ambulatoires

[46] S'agissant des soins dispensés sous forme ambulatoire, leur prise en charge est assurée par les trois assurances sociales présentées ci-dessus⁹⁴, selon les règles qui leur sont propres. S'ils sont pris en charge par l'assurance-maladie, la personne assurée doit participer aux coûts conformément à l'art. 64 al. 1 et 2 LAMal, en s'acquittant de sa franchise et de sa quote-part. Les consignes données par les autorités sanitaires fédérales ayant, dans un premier temps à tout le moins, visé à décourager les personnes présentant des symptômes de consulter leur médecin, pour éviter la circulation du virus, et à combattre ces symptômes par l'absorption de paracétamol, qui peut être obtenu en pharmacie sans ordonnance,⁹⁵ il est vraisemblable qu'un certain nombre de personnes atteintes aient pris à leur charge leurs frais de traitement, hors du cadre de l'AOS.

4.2.2. La prise en charge des traitements hospitaliers

[47] Dans le contexte de l'assurance-maladie, la prise en charge par l'AOS d'un séjour hospitalier suppose, comme nous l'avons rappelé plus haut,⁹⁶ que l'établissement hospitalier soit inclus dans la planification hospitalière cantonale, et que le traitement dispensé s'inscrive dans le mandat qui lui a été confié.

[48] Le droit fédéral décrit de manière impérative⁹⁷ la procédure que les cantons doivent adopter pour planifier l'activité hospitalière sur leur territoire.⁹⁸ L'art. 58b OAMal, en particulier, prévoit un déroulement précis pour la procédure de planification, impliquant le recours à des données statistiques et à d'autres informations dont la récolte ne peut intervenir que sur le long terme. Il n'est pas prévu de procédure d'urgence, ni de possibilité de dérogations temporaires.

[49] Aucun des cantons romands ni, à notre connaissance, aucun autre canton, n'avait procédé, avant l'épidémie de Covid-19, à une planification hospitalière « de crise », en prévision d'une sollicitation accrue du système de soins dans un contexte épidémique ou pandémique. Pourtant, les cantons ont l'obligation de veiller à un approvisionnement suffisant en soins. De ce fait, deux moyens ont été principalement utilisés pour augmenter les capacités hospitalières cantonales pendant la pandémie : certains cantons ont demandé à des hôpitaux ne figurant pas sur la liste hospitalière cantonale, cas échéant pas pour des prestations de ce type, de prendre en charge des patientes et des patients atteints de Covid-19 ; d'autres cantons ont concentré la prise en charge des patientes et des patients atteints de Covid-19 dans les hôpitaux publics, demandant à d'autres établissements ne figurant pas sur la liste hospitalière cantonale, cas échéant pas pour les mandats correspondants, de prendre en charge des patientes et patients traités pour d'autres raisons.

[50] Se pose la question de la qualification en droit des solutions adoptées par les cantons. Une majorité d'entre eux a opté pour une « adaptation de la liste hospitalière », préconisée par l'OFSP et fondée, selon lui, sur l'art. 10a al. 1 O 2 COVID-19, qui prévoit que les cantons peuvent obliger les hôpitaux et cliniques privées à mettre leurs capacités à disposition pour accueillir les patients.

⁹⁴ Cf. N. 14 ss.

⁹⁵ Pour les dosages standards (< 1g) à tout le moins.

⁹⁶ Cf. N. 19.

⁹⁷ Cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral C- 5017/2015 du 16 janvier 2019 consid. 7.3.1.

⁹⁸ Cf. art. 58a ss OAMal.

A nouveau, cette interprétation nous semble un peu rapide, mais avant d'y revenir, il est important de comprendre ici l'enjeu pratique.

[51] Si, effectivement, l'augmentation de la capacité hospitalière cantonale peut faire l'objet d'une *adaptation urgente, temporaire et dérogatoire des listes hospitalières* au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal, les traitements hospitaliers dispensés dans les établissements concernés sont à charge de l'AOS, ce qui signifie que son coût est réparti entre cette dernière et le canton de domicile de la personne assurée, selon une clé de répartition, en principe, de 45 % pour l'assureur-maladie et de 55 % pour le canton.⁹⁹ Si, au contraire, l'augmentation de la capacité hospitalière est une mesure au sens de la loi sur les épidémies, les coûts qu'elle entraîne doivent être pris en charge par le canton exclusivement.¹⁰⁰ L'on peut également envisager que la « réquisition » des infrastructures médicales prennent la forme d'une expropriation matérielle dont les coûts seraient, une fois encore, à la charge du canton.

[52] Il s'agit donc de savoir si l'art. 10a al. 1 O 2 COVID-19 constitue une base légale suffisante pour permettre aux cantons de déroger aux règles de la LAMal et de l'OAMal régissant l'établissement de la planification hospitalière. Cette question n'est pas simple à résoudre, car l'appréhension globale des sources du droit d'urgence est, en Suisse, assez malaisée. Nous retenons néanmoins plusieurs éléments qui plaident pour une réponse négative à cette question.

[53] *Premièrement*, l'ordonnance 2 COVID-19 a été prise par le Conseil fédéral sur la base de la compétence qui lui est attribuée par la loi sur les épidémies, si une situation extraordinaire l'exige, pour ordonner les mesures nécessaires.¹⁰¹ Il s'agit d'une clause générale qui, dans l'esprit du législateur, a vocation à s'appliquer lorsque les autres mesures prévues par la loi sur les épidémies ne sont pas pertinentes ou sont insuffisantes. A ce titre, elle doit faire l'objet d'une interprétation restrictive.¹⁰² S'agissant de modifier la législation en matière d'assurances sociales dans d'autres domaines, le Conseil fédéral a d'ailleurs fondé sa compétence non pas sur l'art. 7 LEp, mais sur l'art. 185 al. 3 Cst. Il en va notamment ainsi de la modification du régime de la réduction pour l'horaire de travail (RHT) dans l'assurance-chômage ou de l'introduction d'un régime d'indemnités journalières pour perte de gain par le biais de deux ordonnances *ad hoc*.¹⁰³ Pourtant, l'art. 10c O 2 COVID-19 impose un certain nombre de mesures à l'employeur s'agissant de garantir la santé des personnes qu'il emploie. Ces mesures, pour le Conseil fédéral, n'entraînaient manifestement pas « implicitement » la modification des lois en matière d'assurances sociales nécessaire à la compensation de leurs coûts, puisqu'il a, précisément, agi sur ces lois par d'autres moyens. De la même manière, conférer aux cantons l'autorité nécessaire pour contraindre les hôpitaux et cliniques à mettre leurs ressources à disposition ne peut entraîner, sans base légale correspondante, de modification de la législation réglant le financement des séjours qui y sont effectués.

[54] *Deuxièmement*, d'un point de vue systématique, la modification informelle des listes hospitalières questionne à nouveau la volonté du législateur au moment d'adopter la loi sur les épidémies. Comme nous l'avons vu plus haut, son intention était d'éviter que les coûts d'une épidémie

⁹⁹ Cf. art. 49a al. 2^{ter} LAMal. Le canton de Bâle-Ville prend à sa charge 57 % du coût du séjour.

¹⁰⁰ Cf. art. 71 let. a LEp.

¹⁰¹ Cf. art. 7 LEp.

¹⁰² Cf. BERNARD (nbp. 8), N. 21 et la référence citée en nbp. 50.

¹⁰³ Ordonnance COVID-19 assurance-chômage (cf. nbp. 93) et ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19) (RS 830.31).

soient reportés sur la population. Selon la systématique de cette loi, soit une assurance sociale assume les coûts, soit les cantons doivent les prendre en charge.¹⁰⁴ En acceptant la modification informelle des listes hospitalières *après la survenance de l'épidémie*, l'on cautionne, d'une part, une modification a posteriori de la répartition des coûts, et, d'autre part, un report non négligeable de ces coûts sur la population. En effet, la part du séjour hospitalier mise à charge de l'AOS (45 %) est financée par les primes des personnes assurées, dont il faut rappeler ici qu'elles sont calculées par tête, indépendamment des revenus. Nous concédons que cet argument est moins de nature à convaincre que le premier, dès lors que nous ne sommes pas dans le cadre strict des mesures de lutte prévues par la loi sur les épidémies. Néanmoins, il est important de garder à l'esprit qu'il ne s'agit pas de soins auxquels les personnes concernées recourent par choix et que, dans certains cas, une hospitalisation peut aussi servir, parallèlement, un intérêt de santé publique. D'ailleurs, si le traitement médical est ordonné par les autorités,¹⁰⁵ il s'agit bel est bien d'une mesure de lutte prévue par la loi sur les épidémies. Dans les deux cas, autoriser les cantons à reporter indirectement une partie des coûts sur la population nous paraît contrevenir à la volonté du législateur de 2016.

[55] Finalement, nous relèverons encore une fois qu'offrir aux cantons une diversité de solutions possibles pour financer les séjours hospitaliers est de nature à générer des *inégalités de traitement*, tant *entre les personnes assurées* qu'*entre les établissements hospitaliers*. S'agissant des personnes assurées, elles devront assumer une participation aux coûts dans les cantons qui ont recouru à la modification des listes hospitalières. Outre la franchise et la quote-part, elles devront encore s'acquitter d'un montant de CHF 15.– par jour au titre de la contribution aux frais de séjour.¹⁰⁶ Dans les cantons qui auront recouru à des moyens de droit public cantonal,¹⁰⁷ ce ne sera pas le cas. S'agissant des établissements hospitaliers, le montant de leur rémunération peut être différent selon qu'il est fixé dans le système de l'AOS¹⁰⁸ ou par décision unilatérale du canton.

[56] En conclusion, nous retenons principalement que si l'art. 10a O 2 COVID-19 permet bel et bien aux cantons d'obliger des hôpitaux, y compris des cliniques privées ou d'autres établissements ne figurant pas sur la planification hospitalière cantonale, de fournir des prestations de soins dans le cadre de la lutte contre la pandémie, il ne leur permet pas de mettre les séjours hospitaliers « non conformes » à la planification hospitalière cantonale régulière à charge de l'AOS. Il en résulte que si les séjours hospitaliers effectués conformément à cette planification (par exemple dans un hôpital public au bénéfice d'un mandat général de prestations) peuvent être mis à charge de l'AOS conformément aux règles rappelées ci-dessus¹⁰⁹, les séjours qui sortent de ce cadre doivent, à la rigueur du droit, être pris en charge par les cantons exclusivement. Cela vaut aussi bien pour les patientes et patients atteints de Covid-19 et hospitalisés dans des hôpitaux qui n'ont pas de mandat pour prendre en charge de tels cas, que de celles et ceux qui sont atteints d'autres pathologies et sont hospitalisés dans des établissements qui n'ont pas, selon la planification régulière, de mandat de prestations correspondant.

¹⁰⁴ Cf. art. 71 LEp. Cf. également N. 42.

¹⁰⁵ Cf. art. 37 LEp.

¹⁰⁶ Cf. N. 20.

¹⁰⁷ On peut imaginer le versement de prestations d'intérêt général (PIG), ou procéder par la voie de l'expropriation matérielle.

¹⁰⁸ Le tarif est alors le forfait par cas prévu par l'art. 49 LAMal (actuellement, SwissDRG pour les hospitalisations en soins aigus).

¹⁰⁹ Cf. N. 51.

[57] Dans l'assurance-accidents et l'assurance militaire, il n'existe pas de difficultés comparables car les assurances sociales prennent en charge l'intégralité du séjour hospitalier.

5. Conclusion

[58] Au terme de notre analyse, nous parvenons à la conclusion que l'articulation entre la loi sur les épidémies et la législation en matière d'assurances sociales, et tout particulièrement en matière d'assurance-maladie, régie a priori clairement par l'art. 71 LEp, est *tout sauf aisée*. La mise à l'épreuve de cette articulation par la crise sanitaire actuelle génère davantage de questions que de réponses.

[59] Le *premier constat* que nous pouvons dresser est celui d'une certaine perplexité lorsque l'on voit, pourtant en présence d'une loi récente, les errances au moment de la mettre en œuvre. Manifestement, la loi sur les épidémies est insuffisante pour permettre une solution juridiquement cohérente à une situation de pandémie. En particulier, l'on doit s'interroger, lorsque l'on entend aujourd'hui les demandes des cantons à être relevés d'une partie des coûts générés par les soins de santé, sur les raisons qui les ont conduits à accepter une loi qui les désavantage à ce point, à ne pas adopter de législation d'exécution un tant soit peu conséquente, et, à tout le moins, à ne pas prévoir de planification hospitalière d'exception pour les cas d'épidémie, ce que la LAMal les aurait autorisés à faire en amont de la crise. La solution, pour cette fois-ci, sera politique, le droit n'y pouvant plus grand-chose, du fait de sa relative incapacité à rétroagir.

[60] Le deuxième constat que nous dressons est celui de la nécessité de tirer – juridiquement et politiquement – les leçons de la crise actuelle. Pour ce faire, il est nécessaire de réfléchir, *a minima*, aux deux points suivants :

- la répartition des coûts imposée par la loi sur les épidémies s'agissant, particulièrement, des *tests de dépistage*, qui font partie des mesures de lutte au sens des art. 30 ss LEp, compte tenu de la volonté du législateur de 2016. Nous sommes d'avis qu'un report de ces coûts sur les personnes assurées *via* les participations aux coûts dans l'AOS n'est pas compatible avec cette volonté. La solution consiste, alternativement, à prévoir (clairement) la prise en charge des tests par les pouvoirs publics exclusivement, ou alors la prise en charge par ces derniers des participations aux coûts. La première solution aurait l'avantage d'une meilleure praticabilité ;
- la possibilité d'influencer la répartition des coûts entre les pouvoirs publics et les assurances sociales en modifiant *a posteriori*, soit après le déclenchement de l'épidémie, respectivement de la pandémie, la législation fédérale en matière d'assurances sociales, respectivement la législation cantonale d'exécution. Nous sommes d'avis qu'une telle modification doit, dans tous les cas, reposer sur une base légale suffisante, qui aurait vraisemblablement pu être adoptée par le Conseil fédéral, par voie d'ordonnance, sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst. *Faute de base légale suffisante, la pratique adoptée par les cantons est contraire au droit.*

[61] Plus largement, les difficultés engendrées par la crise sanitaire liée à la Covid-19 questionnent, d'une part, la *pertinence de planifications cantonales des soins de santé en cas de pandémie*, et davantage encore, la *pertinence de dissocier les compétences en matière d'organisation et de financement des soins*. Dans un contexte pandémique comme celui que nous venons de vivre, les objectifs

de la planification – la garantie de la qualité des soins et la maîtrise des coûts¹¹⁰ – passent au second plan. L'urgence et la complexité de ce contexte commandent par ailleurs vraisemblablement, pour des raisons d'efficacité, de concentrer en des mains uniques les possibilités de coordonner la carte des structures de soins disponibles et le financement de ces soins.

ANNE-SYLVIE DUPONT est professeure ordinaire, titulaire des chaires de droit de la sécurité sociale des Facultés de droit de Neuchâtel et Genève.

L'auteure remercie Frédéric Bernard, Professeur ordinaire à la Faculté de droit de Genève, et Pascal Mahon, Professeur ordinaire à la Faculté de droit de Neuchâtel, pour leurs remarques bienveillantes, ainsi que Madame Gillian Gay, assistante-étudiante à la faculté de droit de Neuchâtel, pour la relecture du manuscrit.

¹¹⁰ Cf. BSK KVG/KVAG-RÜTSCHÉ/PICECCHI, Art. 39 LAMal N. 2.