

CGAS
Rue des Terreaux-du-Temple
1201 GENEVE
A l'att. de Monsieur Claude REYMOND

Genève, le 6 mai 2004

AVIS DE DROIT

**relatif à la tarification appliquée aux salariés frontaliers, travaillant en Suisse et
résidant en France,
en cas d'hospitalisation auprès d'un établissement hospitalier
subventionné de droit public cantonal,
au regard du principe communautaire de la non-discrimination**

SOMMAIRE

A.	<u>Assurance-maladie des frontaliers salariés en Suisse résidant en France et ressortissants suisses ou d'un Etat membre de l'UE/l'AELE : droit d'option pour l'assujettissement et libre choix du lieu de traitement</u>	3
B.	<u>Tarification des prestations en cas de traitement en Suisse</u>	5
1.	<u>Tarifs en cas de traitement ambulatoire</u>	5
2.	<u>Tarifs en cas de traitement hospitalier</u>	5
C.	<u>La tarification appliquée aux salariés frontaliers au regard du principe de la non-discrimination entre les nationaux et les non-nationaux</u>	9
D.	<u>Objection éventuelle tirée du montant des primes</u>	15
E.	<u>Contestation de la tarification appliquée aux salariés frontaliers</u>	17

Cher Monsieur,

Le présent avis de droit a pour but de déterminer dans quelle mesure la tarification appliquée aux salariés frontaliers, plus élevée que celle appliquée aux résidents du canton de l'exercice de l'activité, en cas d'hospitalisation dans un établissement hospitalier de droit public cantonal est "*eurocompatible*" au regard du principe communautaire fondamental de l'interdiction de l'inégalité de traitement tel que prévu par l'Accord sur la libre circulation des personnes (ci-après : « l'Accord ») et que la Suisse s'est engagée à appliquer depuis le 1^{er} juin 2002.

Il s'agira, dans un premier temps, de brièvement rappeler les modifications entraînées par l'entrée en vigueur de l'Accord pour les frontaliers salariés en Suisse et résidant en France, dans un second temps, d'examiner la tarification appliquée aux frontaliers salariés en cas de traitement médical dans le canton suisse où s'exerce l'activité lucrative ainsi que ses répercussions financières, et finalement d'examiner la tarification appliquée aux salariés frontaliers au regard du principe de la non-discrimination tel que l'interprète la Cour de justice des Communautés Européennes.

A. ASSURANCE-MALADIE DES FRONTALIERS SALARIES EN SUISSE RESIDANT EN FRANCE ET RESSORTISSANTS SUISSES OU D'UN ETAT MEMBRE DE L'UE/L'AELE : DROIT D'OPTION POUR L'ASSUJETTISSEMENT ET LIBRE CHOIX DU LIEU DE TRAITEMENT

1. Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002 de l'Accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999¹, la Suisse s'est engagée² à

¹ RO 2002 1529

² L'introduction de l'article 95a LAMal garantit ainsi, le fait que la réglementation prévue par l'Accord s'applique en corrélation avec les dispositions suisses et prime sur les dispositions nationales contraires.

appliquer à l'égard des ressortissants d'un Etat membre de la CE³ la réglementation communautaire pertinente en matière de sécurité sociale⁴, afin que la libre circulation des personnes ne soit pas entravée notamment par des dispositions restrictives du droit suisse des assurances sociales et afin que soient assurés les principes fondamentaux à la base du régime de coordination, tel que le principe de l'égalité de traitement⁵.

2. En vertu de cet accord, depuis le 1^{er} juin 2002, le frontalier⁶ salarié en Suisse, en tant que ressortissant de la Suisse ou d'un Etat membre de l'UE et qui a sa résidence en France, bénéficie d'un droit d'option⁷ entre l'assujettissement au droit suisse ou l'assujettissement au droit français en ce qui concerne l'assurance-maladie⁸. Cette règle est applicable également aux membres de la famille⁹ du salarié frontalier, pour autant qu'ils soient sans activité lucrative.^{10/11}
3. En ce qui concerne le lieu des prestations en cas de maladie et de maternité, les salariés frontaliers assurés auprès d'une caisse-maladie suisse ont le libre choix de se faire soigner en Suisse¹² ou en France.¹³ Depuis le 14 novembre 2003, en

³ Cela vaut également pour la Suisse et les Etats membres de l'AELE : Accord du 21 juin 2001, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002 ; RO 2003 2685

⁴ Règlement CE N° 1408/71 et son règlement d'application CE N° 574/72⁴.

⁵ Article 8 Accord

⁶ Article 7 de l'Annexe I de l'Accord

⁷ C. SCHURER, "*Die Durchführung der Kranken- und Unfallversicherung gemäss Abkommen EU/CH über die Personenfreizügigkeit*", in "*Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz*", 2001, p. 139 ss

⁸ Selon la réglementation prévue par le gouvernement français, les personnes qui optent pour le droit français sont en principe soumises à la sécurité sociale française, elles peuvent être exemptées au profit d'une couverture auprès d'un assureur privé pendant une période de sept ans (durée initiale de l'accord). L'exercice de ce droit exclut ces personnes de l'Accord.

⁹ Sont considérés comme membres de la famille, les conjoints ainsi que les enfants de moins de dix-huit ans révolus et ceux de moins de vingt-cinq ans révolus qui fréquentent une école ou poursuivent des études ou un apprentissage (art. 3 al. 2 OAMal)

¹⁰ Article 2 du Règlement 1408/71

¹¹ A noter que jusqu'au 31 décembre 2003, les membres de famille d'un frontalier n'ayant pas d'activité lucrative avaient l'obligation d'être assurés auprès de la même caisse que le salarié frontalier et avaient l'obligation d'être soignés en France.

¹² La possibilité de se faire traiter en Suisse vaut également pour les personnes assurées en Allemagne, Autriche, Belgique et aux Pays-Bas.

cas de traitements nécessaires, mais non prévus à long terme, le choix du lieu de traitement existe également pour les personnes ayant choisi de s'assurer en France auprès de la CMU.¹⁴ Par ailleurs, depuis le 1^{er} janvier 2004, les membres de famille sans activité lucrative des salariés frontaliers assurés en Suisse ont également le libre choix du lieu de traitement, et ce sans plus devoir remplir de formulaires communautaires.¹⁵

B. TARIFICATION DES PRESTATIONS EN CAS DE TRAITEMENT EN SUISSE

1. Tarifs en cas de traitement ambulatoire

4. En cas de traitement ambulatoire, le tarif applicable aux salariés frontaliers¹⁶ est en principe le tarif en vigueur au lieu du traitement. En effet, étant donné que ce secteur ne reçoit aucune subvention des pouvoirs publics, les assureurs ne sont pas autorisés à opérer des distinctions fondées sur la provenance ou le lieu de résidence de la personne assurée.¹⁷

2. Tarifs en cas de traitement hospitalier

5. En ce qui concerne les tarifs en cas de traitement hospitalier en Suisse, les frontaliers et les membres de leur famille soumis à l'assurance suisse sont assimilés aux assurés résidant dans un autre canton. Dans ce cas, l'assureur prend en charge la totalité des coûts facturés selon les tarifs valables pour les assurés résidant dans un autre canton.¹⁸

¹³ Article 20 du Règlement 1408/71

¹⁴ OFAS, "Informations concernant l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes dans le domaine de l'assurance-maladie / Convention avec la France", 14 novembre 2003

¹⁵ idem ; l'annexe II section A lettre o chiffre 4 de l'Accord sera prochainement modifié.

¹⁶ Dans un souci de simplification, le terme « *salarié frontalier* » est utilisé pour toute personne résidant en France et pouvant se faire soigner en Suisse.

¹⁷ D. WIEDMER, "Maladie et accidents", in "L'accord sur la libre circulation des personnes avec l'UE et ses effets à l'égard de la sécurité sociale en Suisse", 2001, p. 222

¹⁸ Article 37 alinéa 1 OAMAL

6. Or, si la loi prévoit certes que les tarifs « *pour les habitants du canton* » doivent être limités à, au maximum 50% des coûts imputables dans la division commune d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics¹⁹, *a contrario* pour les patients résidant hors du canton, un tarif plus élevé peut être appliqué.

A Genève par exemple, le gouvernement a fixé le tarif-cadre des prestations fournies en cas d'hospitalisation, en l'absence de convention tarifaire²⁰. Le forfait journalier hospitalier cantonal s'élève à CHF 404.- pour les assurés résidents et à CHF 1100.- pour les assurés confédérés.²¹

L'article 2 litt c du Règlement genevois, fondé sur l'article 37 alinéa 1 OAMAL, précise par ailleurs que « *les ressortissants européens entrant dans le cadre des accords bilatéraux* » sont assimilés aux « *assurés confédérés* », soit les assurés domiciliés dans un autre canton.

Il convient de relever que le gouvernement genevois semble avoir oublié que ce n'est pas uniquement « *les ressortissants européens* » qui entrent dans le champ d'application des accords bilatéraux, mais également les ressortissants suisses, domiciliés dans un Etat membre de l'UE et par exemple salariés en Suisse.

7. Selon le Conseil fédéral, un tarif plus élevé est possible puisque les patients résidant hors canton « *ne sont d'ailleurs pas des contribuables dans le canton concerné* ». ²² Or, contrairement à un assuré résidant dans un autre canton, le salarié frontalier exerçant une activité lucrative à Genève participe au financement genevois des prestations fournies sur le canton en cas de maladie, par le biais de l'impôt à la source, et par le biais des primes.

¹⁹ Article 49 alinéas 1, 3 et 3 LAMal

²⁰ Art. 47 LAMal

²¹ Règlement tarif-cadre des prestations des Hôpitaux universitaires J 3 05.04, articles 13 et ss.

²² FF 1992 I 166

8. Dans le domaine des tarifs hospitaliers, les cantons exercent le plus fortement leur influence puisque tous les établissements hospitaliers publics bénéficient de subventions. Or, la rémunération du traitement hospitalier par les assurés constitue la principale source de recettes des hôpitaux, en dehors des subventions cantonales, de sorte que les cantons ont, en principe, intérêt à négocier le tarif le plus élevé possible.²³ C'est pourquoi, une limite a été posée pour les tarifs appliqués aux habitants du canton, qui participent déjà par le biais des impôts aux subventions cantonales, mais pas pour les tarifs appliqués aux résidents hors canton.

Ces règles de base sont valables pour la fixation de forfaits dans des hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics. La répartition des frais entre cantons et assureurs-maladie se fonde sur des motifs liés à la politique sociale. Les coûts globaux des soins médicaux en milieu hospitalier représentent la plus grande part des frais de la santé, part qui relève essentiellement des cantons, il se justifie qu'un pourcentage des coûts y afférents soit financé par une contribution fiscale à échelle progressive.²⁴

Aux yeux du législateur, le fait que l'assurance obligatoire couvre au maximum 50% des frais d'exploitation occasionnés en division commune dans un hôpital cantonal ou subventionné est une mesure de maîtrise des coûts puisque les frais de séjour et de restauration doivent être financés par d'autres sources, soit les patients et les recettes fiscales.²⁵

9. Si pour des raisons médicales, un assuré recourt à un hôpital subventionné hors du canton, son canton de résidence prendra en charge la différence entre les coûts

²³ R. SPIRA, "Les compétences des cantons en matière d'assurance obligatoire des soins", in "LAMal – KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la société suisse de droit des assurances", 1997, p. 77

²⁴ F. BRITT, V. BROMBACHER STEINER, P. STREIT, "Assurance-maladie", in "Système de santé suisse 2001/2002", p. 33

²⁵ idem, p. 30

facturés et le tarif que l'hôpital applique aux résidents du canton.²⁶ Cette mesure a pour but de permettre une péréquation des charges et une meilleure coordination entre les cantons afin de maîtriser les coûts.²⁷

10. Or, on rappellera que dans le cas des salariés frontaliers, les coûts facturés en cas d'hospitalisation sont pris en charge entièrement par les assureurs-maladie. L'assureur-maladie doit par conséquent payer dans chaque cas la part des coûts que le canton de résidence aurait assumée s'il s'était agi d'un assuré résidant en Suisse,²⁸ alors même que le canton perçoit une partie des recettes fiscales provenant de l'impôt à la source auquel sont soumis les salariés frontaliers.

Le fait que les tarifs soient extrêmement élevés pour les frontaliers, d'une part, et que ce soient les assureurs-maladie qui prennent entièrement en charge ces coûts, d'autre part, entraînent inévitablement une hausse de la prime à payer par les salariés frontaliers.

Les primes des assurés résidant à l'étranger doivent, comme le prévoit le système suisse, être calculées de façon à couvrir les frais occasionnés et tenir compte du niveau des coûts dans le pays de résidence de l'assuré. Pour les assureurs, les coûts occasionnés par ces assurés résidant dans un Etat de l'Union Européenne se composent des coûts résultant des prestations auxquelles les assurés peuvent prétendre dans leur pays de résidence et, en cas de droit d'option, des coûts résultant des prestations accordées en Suisse²⁹. S'y ajoutent les frais administratifs et les autres frais usuels (réserves, provisions)³⁰.

11. Une tarification plus élevée pour les salariés frontaliers va par ailleurs à l'encontre de toute politique de maîtrise des coûts : les tarifs hospitaliers élevés

²⁶ Article 41 LAMal

²⁷ FF 1992 I 151

²⁸ D. WIEDMER, op. cit., p. 220

²⁹ FF 1999 5663 et 5664

³⁰ FF 1999 5663

entraînant une hausse des primes des assurés, les cantons sont contraints d'augmenter les subsides cantonaux pour la réduction des primes des assurés de condition modeste, auxquels ont droit également les salariés frontaliers³¹.

C. LA TARIFICATION APPLIQUEE AUX SALAIRES FRONTALIERS AU REGARD DU PRINCIPE DE LA NON-DISCRIMINATION ENTRE LES NATIONAUX ET LES NON-NATIONAUX

12. Il y a lieu d'examiner si le principe d'égalité de traitement, tel qu'énoncé à l'article 2 de l'Accord et à l'art. 3 paragraphe 1 du Règlement 1408/71, et que la Suisse s'est engagée à respecter, s'oppose à la législation suisse en tant qu'elle fixe une tarification différente pour les frontaliers salariés en Suisse mais résidant dans un pays membre.

L'article 3 du Règlement 1408/71 a pour objet d'assurer, conformément à l'art. 48 du Traité, au profit des personnes auxquelles s'applique le règlement, l'égalité en matière de sécurité sociale sans distinction de nationalité, en supprimant toute discrimination à cet égard résultant des législations nationales des Etats membres³².

Ainsi, le Règlement impose aux Etats membres de traiter de façon non discriminatoire les ressortissants d'autres Etats membres lors de l'application des régimes nationaux de sécurité sociale.

13. Afin de déterminer si une disposition est discriminatoire, il convient de se référer à la jurisprudence rendue par la Cour de justice des CE puisque celle-ci devra être prise en compte par les tribunaux suisses, même si elle est antérieure à la date de signature de l'accord³³.

³¹ Article 65 alinéa 1 LAMal

³² Arrêt BORAWITZ, C-124/99

³³ Message relatif à l'approbation des accords factoriels entre la Suisse et la CEE, FF 1999 5440, 5625

14. Il est de jurisprudence constante que le principe d'égalité de traitement, tel qu'énoncé à l'article 3 du Règlement, règle non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité des bénéficiaires des régimes de sécurité sociale, mais encore toute forme dissimulée de discrimination qui par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat³⁴.

Ainsi, doivent être considérés comme indirectement discriminatoires les conditions du droit national qui, bien qu'indistinctement applicable selon la nationalité, affectent essentiellement ou dans leur grande majorité les travailleurs migrants, ainsi que les conditions indistinctement applicables qui peuvent être plus facilement remplies par les nationaux que par les travailleurs migrants ou encore qui risquent de jouer, en particulier, au détriment des travailleurs migrants³⁵.

Par conséquent, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même d'affecter davantage les ressortissants d'autres Etats membres que les ressortissants nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers³⁶.

15. La Cour de justice des CE s'est penchée sur un problème d'application de tarifs médicaux et hospitaliers différents selon que la personne était ou n'était pas affiliée au régime national de sécurité sociale.³⁷

³⁴ idem

³⁵ Arrêt O'FLYNN, C-237/94.18

³⁶ Arrêt du 27 novembre 1997, MEINTS, C-57/96.45

³⁷ Arrêt C-411/98, Ferlini. La Cour s'est basée dans cet arrêt sur le principe général de la non-discrimination en raison de la nationalité mentionné à l'article 6 alinéa 1 du Traité qui en l'occurrence s'appliquait de façon autonome étant donné que M. Ferlini n'entrait pas dans le champ d'application du Règlement 1408/71.

Dans ce cas, M. FERLINI, fonctionnaire des Communautés européennes, ressortissant d'un Etat membre mais travaillant et résidant avec sa famille dans un autre Etat membre (Luxembourg). Ni lui, ni sa famille, n'était affilié à l'assurance-maladie du Luxembourg. Ils étaient affiliés au RCAM (régime d'assurance maladie commun aux institutions des CE). Sa femme ayant accouché au Luxembourg, une facture lui a été adressée pour les frais d'accouchement et de séjour, établie sur la base des tarifs hospitaliers appliqués aux personnes non affiliées au système de sécurité sociale nationale.

M. FERLINI ayant contesté la différenciation de tarification, la Cour de Justice a examiné s'il existait une discrimination.

16. La Cour a rappelé qu'une discrimination ne peut consister que dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes.

Elle a par conséquent examiné si M. FERLINI se trouvait dans une situation différente des résidents affiliés à l'assurance de cet Etat qui justifierait une tarification différente.

La Cour a relevé que le fait que « M. FERLINI n'acquitte pas d'impôt sur son traitement au Trésor national ni ne cotise au régime national de sécurité sociale est sans pertinence à cet égard, dès lors que, en tout état de cause, il ne demande pas le bénéfice de prestations de sécurité sociale au titre dudit régime, mais uniquement l'application de tarifs non discriminatoires pour les soins hospitaliers dispensés au sein du CHL. »³⁸

La Cour de Justice a ainsi admis que rien ne justifiait une distinction fondée sur l'affiliation, puisque M. FERLINI et sa famille se trouvaient dans une situation comparable aux ressortissants affiliés au système national.

³⁸ Arrêt FERLINI, C-411/98, point 54

Au vu de cette constatation, la Cour a rappelé que les règles d'égalité de traitement prohibent non seulement les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat.³⁹

Elle a indiqué en l'occurrence que : « *le critère d'affiliation au régime national de sécurité sociale appliqué par le CHL, sur lequel est fondée la différenciation des tarifs des soins médicaux et hospitaliers opérée par l'EHL, est constitutif d'une discrimination indirecte sur le fondement de la nationalité. En effet, d'une part, une grande majorité de personnes affiliées au RCAM et non au régime national de sécurité sociale, tout en étant destinataire de soins médicaux et hospitaliers dispensés sur le territoire national, sont des ressortissants d'autres Etats membres. D'autre part, la très grande majorité des nationaux résidant au Luxembourg relève du régime national de sécurité sociale.* »⁴⁰

17. En appliquant le raisonnement de la Cour de justice au cas des salariés frontaliers, il résulte qu'il n'existe aucun élément objectif qui permettrait de dire qu'ils sont dans une situation différente des assurés résidant en Suisse. En effet, le seul argument qui viendrait à l'esprit serait l'argument relatif au paiement des impôts, à savoir que les frontaliers sont taxés différemment des résidents en Suisse et qu'une partie de l'impôt à la source qu'ils payent est restituée à la France. Cela étant, comme l'a indiqué la Cour, cet argument n'est de toute manière pas pertinent dans le domaine de la tarification des prestations.

Par ailleurs, contrairement au cas de M. FERLINI, les frontaliers participent au financement de l'assurance-maladie par le biais de primes, qui sont aussi élevées que celles payées par les résidents en Suisse. Une différenciation des tarifs est par conséquent d'autant plus inégalitaire.

³⁹ Arrêt SOTGIU, 152/73 ; affaire C-151/94

⁴⁰ Arrêt FERLINI, C-411/98, point 58

Vu la situation comparable des résidents en Suisse et des frontaliers assurés en Suisse, il reste à examiner si la tarification selon le lieu de résidence équivaut à une discrimination dissimulée aboutissant, dans les faits, au même résultat qu'une discrimination ostensible fondée sur la nationalité.

18. Le critère de la résidence dans le canton appliqué par la Suisse, sur laquelle est fondée la différenciation des tarifs des soins hospitaliers et semi-hospitaliers applicable aux frontaliers, est constitutif d'une discrimination indirecte sur le fondement de la nationalité puisque :

- ☉ d'une part, les frontaliers, qui ne sont par définition jamais résidents dans le canton de l'exercice de l'activité lucrative, sont dans la grande majorité, ressortissants d'Etats membres de l'Union européenne autres que la Suisse ;
- ☉ d'autre part, tous les nationaux Suisse résidant en Suisse ont la possibilité que le tarif de leur canton de résidence leur soit appliqué s'ils subissent le traitement hospitalier dans leur canton de résidence.

La condition de la résidence sur le canton pour bénéficier du tarif moins élevé est par conséquent mieux remplie par les ressortissants nationaux résidant en Suisse que par les frontaliers, qui sont en grande majorité non suisses et qui, par définition, ne résident jamais en Suisse.

Au regard de la jurisprudence rendue par la Cour de Justice dans l'affaire de M. FERLINI, la différenciation de tarification appliquée aux frontaliers assurés en Suisse est en principe constitutive d'une discrimination et ce contrairement à l'avis du Conseil fédéral, selon lequel il n'existe pas de différences entre les ressortissants suisses et étrangers.⁴¹

⁴¹ FF 1999 5635

19. Par ailleurs, à la lumière des nombreux arrêts rendus par la Cour de justice en matière de sécurité sociale, il appert que la Cour de justice est favorable à la libre circulation, que ce soit celle des travailleurs, des marchandises ou des services, et ce n'est qu'à des conditions extrêmement strictes qu'elle admet le maintien de mesures nationales entravant ces libertés.

Ainsi, par ces arrêts KOHLL⁴² et DECKER⁴³ de 1998, la Cour de justice a jugé que les soins de santé doivent être considérés comme des biens et des services voués à la libre circulation.

En l'occurrence, la loi nationale luxembourgeoise qui exigeait une autorisation préalable pour tout traitement à l'étranger, comme le fait l'article 22 du Règlement 1408/71, a été jugée contraire aux principes communautaires de la libre circulation des biens et des marchandises (achat de lunettes) et de la liberté de fourniture des services (traitement orthodontique) car elle n'était pas une mesure d'intérêt général. La Cour a cependant admis la nécessité d'une autorisation préalable en cas d'hospitalisation, cette mesure étant d'intérêt général puisque nécessaire et raisonnable afin d'assurer l'accès de tous à une gamme équilibrée de soins hospitaliers de qualité et une maîtrise des coûts.

Il s'ensuit que la Cour de justice n'admet les mesures nationales qui risquent d'entraver le principe de la libre circulation, que s'il existe un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale qui constitue une raison impérieuse d'intérêt général.

20. Au vu de la jurisprudence rendue par la Cour de Justice en matière de sécurité sociale et plus précisément de l'arrêt FERLINI, l'article 37 OAMal ainsi que les tarifs cantonaux qui l'appliquent introduisent une discrimination indirecte entre nationaux et non-nationaux dans la mesure où l'assimilation des salariés

⁴² Affaire KOHLL, C-158/96

⁴³ Affaire Decker, C-120/95

frontaliers aux assurés résidant dans un autre canton pour la tarification des soins hospitaliers a pour résultat concret l'application d'un tarif plus élevé pour les salariés frontaliers.

Etant donné que le principe communautaire de non-discrimination est directement applicable en droit suisse⁴⁴, le non-respect de ce principe peut être invoqué par les assurés directement devant les autorités judiciaires suisses, qui sont par ailleurs tenues de prendre en compte la jurisprudence rendue par la Cour de justice des Communautés européennes.⁴⁵

D. OBJECTION EVENTUELLE TIREE DU MONTANT DES PRIMES

21. Cependant, une objection fondée sur le montant des primes payées par les assurés résidant en France et les assurés résidant en Suisse, pourrait être soulevée pour contester l'existence d'une discrimination. En effet, un comparatif du montant moyen des primes payées, par exemple par les habitants du canton de Genève⁴⁶ et par les salariés frontaliers résidant en France⁴⁷ démontre que les primes payées par les salariés frontaliers sont moins élevées que celles payées par les résidents du canton de Genève. Ainsi, la prime moyenne payée par un assuré vivant à Genève est des CHF 398.27 alors que la prime que propose Intras (Carouge) pour les salariés frontaliers s'élève entre CHF 389.00 et CHF 291.00 (région haute et région basse). Ceci découle notamment du fait que le montant des primes à payer par les salariés frontaliers est fixé compte tenu notamment des coûts des prestations effectuées en France, qui sont plus bas étant donné que les fournisseurs de prestations établis en France bénéficient, dans le cadre de la sécurité sociale française, des subventions des pouvoirs publics français. Il en résulte qu'il existe un risque qu'il soit constaté qu'une tarification plus élevée

⁴⁴ B. KAHIL-WOLFF, "L'Accord sur la libre circulation des personnes en Suisse-CE et le droit des assurances sociales", SJ 2001 84

⁴⁵ FF 1999 5440, 5625

⁴⁶ <http://www.bsv.admin.ch/aktuell/presse/2003/f/03101001.pdf>

⁴⁷ www.soziale-sicherheit-ch-eu.ch

pour les prestations hospitalières fournies en Suisse aux salariés frontaliers n'est pas critiquable au regard de la libre circulation des personnes puisque les assurés, qu'ils soient résidents en France ou en Suisse, sont soumis plus ou moins au même montant des primes.

22. Le principe de l'égalité de traitement en droit communautaire impose une absence de tout traitement différentiel entre les ressortissants des Etats membres. En l'espèce, si la situation des salariés frontaliers est examinée d'un point de vue global, il convient d'admettre qu'ils bénéficient non seulement du faible coût des prestations médicales effectuées en France, puisque celles-ci sont subventionnées par les pouvoirs publics français, d'un montant de primes payées en Suisse qui équivaut à celui payé par les résidents en Suisse, et d'un salaire équivalent à celui perçu par les résidents en Suisse.

Par conséquent, il nous semble que le résultat d'une contestation de la tarification des prestations hospitalières pour les salariés frontaliers dépend de l'approche qui sera donnée au litige. En effet, dans le cas d'un examen portant uniquement sur la question des tarifs applicables aux salariés frontaliers, l'existence d'une discrimination indirecte devrait en principe être admise. Si, par contre, la situation des salariés frontaliers est analysée globalement, en prenant en compte les avantages dont ils bénéficient, la tarification supérieure des prestations hospitalières en tant que telle pourrait peut-être être considérée comme ne portant pas atteinte à l'égalité de traitement ni à la libre circulation des personnes. Il est difficile d'émettre un pronostic définitif à ce sujet.

E. CONTESTATION DE LA TARIFICATION APPLIQUÉE AUX SALAIRES FRONTALIERS

23. Les personnes entrant dans le champ d'application de l'Accord doivent bénéficier d'un droit de recours en ce qui concerne l'application des dispositions de l'Accord auprès des autorités compétentes.⁴⁸

Ces recours doivent être traités dans un délai raisonnable et les décisions rendues sur recours ou l'absence de décisions dans un délai raisonnable, donnent la possibilité aux personnes visées par l'Accord de faire appel à l'instance judiciaire compétente. L'Accord ne prévoit pas la possibilité de déférer un jugement rendu par une autorité suisse à une juridiction supranationale du type de la Cour Européenne des droits de l'Homme⁴⁹.

24. En cas de traitement hospitalier en Suisse et de contestation du montant facturé par l'hôpital, la compétence et la procédure sont soumises aux règles du droit suisse⁵⁰, car tous les faits déterminants se produisent en Suisse⁵¹.

En cas de contestation portant sur la tarification appliquée par un fournisseur de prestations, le tribunal arbitral du canton dont le tarif est appliqué est compétent pour juger le litige⁵². Le tribunal arbitral est également compétent dans le cas où le débiteur de la facture est l'assuré (système du tiers garant), auquel cas l'assureur-maladie doit représenter, à ses frais, l'assuré au procès.⁵³

Dès lors que règlement cantonal se fonde sur le droit public fédéral, au sens de l'article 5 de la loi sur la procédure administrative, le jugement rendu par le

⁴⁸ Article 11 de l'Accord. Afin de concrétiser son engagement d'appliquer des règles équivalentes à celles contenues dans l'Accord et les règlements, la Suisse a introduit dans toutes les lois fédérales d'assurances sociales une clause de renvoi qui figure en terme identique, soit en matière d'assurance-maladie, l'art. 95a

⁴⁹ Raymond SPIRA, "La procédure selon l'accord dans des cas interétatiques", in "L'Accord sur la libre circulation des personnes avec l'Union Européenne et ses effets à l'égard de la sécurité sociale en Suisse", 2001, p. 87

⁵⁰ Article 80 et ss LAMal,

⁵¹ Article 11 de l'Accord, R. SPIRA, op. cit., p. 95

⁵² Article 89 alinéa 3 LAMal.

Tribunal arbitral cantonal sera susceptible d'un recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral des assurances.

Dans le cadre du recours de droit administratif, le Tribunal fédéral des assurances sera amené à examiner la compatibilité de l'article 37 OAMal au regard des principes communautaires découlant de l'Accord sur la libre circulation des personnes et du principe de la primauté du droit international.⁵⁴ Le Tribunal fédéral des assurances pourra effectuer librement ce contrôle étant donné que le principe de l'assimilation des salariés frontaliers aux habitants hors canton, en ce qui concerne la tarification des prestations hospitalières, est prévu dans une ordonnance fédérale, dont la disposition ne « reproduit » pas et n'exécute pas une loi fédérale.⁵⁵

25. En pratique, il s'agira de contester auprès d'un assureur-maladie une facture provenant d'un établissement hospitalier cantonal et concernant des soins hospitaliers reçus par un salarié frontalier. Dès lors que cet hôpital ne procédera en principe pas à la modification du montant facturé, l'assureur-maladie sera contraint, au nom de l'assuré, de porter le litige au Tribunal arbitral cantonal qui procédera au contrôle préjudiciel du tarif cantonal⁵⁶ et de l'article 37 OAMAL au regard du principe communautaire de non-discrimination entre nationaux et non-nationaux. Il convient de relever que même si le Tribunal arbitral et le Tribunal fédéral des assurances constatent que l'article 37 OAMAL, et les tarifs cantonaux

⁵³ Art. 89 alinéa 3 LAMal

⁵⁴ Art. 5 alinéa 4 Constitution fédérale

⁵⁵ Dans le cas où le principe de l'assimilation des salariés frontaliers aux résidents hors canton aurait été prévu dans la loi fédérale sur l'assurance-maladie, se serait alors posée la question de savoir si le Tribunal fédéral aurait été en droit d'en contrôler la compatibilité au regard du droit international. Vu l'article 5 alinéa 4 de la Constitution fédérale, qui consacre le principe constitutionnel de la primauté du droit international, le Tribunal fédéral semble avoir récemment affirmé, sans aucune réserve, le contrôle des lois fédérales au regard du droit international, et ce indépendamment de la question de l'ordre chronologique du traité et de la loi (ATF 125 II 417), contrairement à ce qu'il avait précédemment énoncé dans l'arrêt « Schubert ». J.-F. AUBERT, P. MAHON; « *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999* », 2003, pp. 49, 50.

⁵⁶ Article 2 litt. c du règlement genevois fixant le tarif des soins hospitaliers

qui mettent en application l'article 37 OAMAL, enfreignent le principe de non-discrimination, seule la décision d'application du règlement cantonal, à savoir la facture, sera annulée. Cela étant, cette annulation aura en pratique pour conséquence qu'un tarif différencié ne devrait plus être appliqué aux salariés frontaliers, et ce même si la disposition cantonale reste en vigueur.

26. Cela étant, avant d'engager une procédure judiciaire, en principe longue, il conviendrait d'interpeller dans un premier temps l'Office fédéral des assurances sociales afin d'obtenir son avis sur l'atteinte portée au principe de non-discrimination du fait de l'assimilation des salariés frontaliers aux assurés confédérés en matière de tarification des prestations hospitalières.

CONCLUSIONS

Au vu de la jurisprudence rendue par la Cour de justice des Communautés européennes en matière de sécurité sociale, l'art. 37 OAMal ainsi que les tarifs cantonaux qui l'appliquent semblent introduire une discrimination indirecte à l'égard des salariés frontaliers dans la mesure où ces articles assimilent les salariés frontaliers aux assurés résidant dans un autre canton, en ce qui concerne la tarification des soins hospitaliers. En cas de procédure judiciaire, l'argument selon lequel, les primes payées par les salariés frontaliers sont moins élevées que la moyenne des primes payées par les assurés résidant dans le canton de l'exercice de l'activité lucrative, pourrait cependant être soulevé afin de contester l'existence d'une entrave à la libre circulation des personnes. Le résultat du litige dépendra de l'appréciation globale ou restreinte faite du tarif hospitalier dans le cadre des notions d'égalité de traitement et de libre circulation des personnes.

* * *

En espérant avoir répondu à vos questions et en restant à votre entière disposition pour tout renseignement complémentaire, je vous prie de croire, cher Monsieur, à l'assurance de mes sentiments dévoués.

Amélia PASTOR

Jacques-André SCHNEIDER