

*Kranken- und
Unfallversicherung*

Rechtsprechung und Verwaltungspraxis

*Assurance-maladie
et accidents*

Jurisprudence et pratique administrative

*Assicurazione malattia
e infortuni*

Giurisprudenza e prassi amministrativa

Fixation du tarif pour une division commune d'une clinique privée KV 245 Décision du Conseil fédéral du 6 novembre 2002 dans la cause opposant la clinique X. au Conseil d'Etat neuchâtelois en matière de tarif pour les patients hospitalisés en division commune	121
Fissazione della tariffa applicabile nell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie per degenze presso un istituto di cura privato KV 246 Decisione del Consiglio federale del 6 novembre 2002 nella causa clinica X. contro il Consiglio di Stato del Cantone Ticino	141
Fissazione della tariffa applicabile nell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie per degenze presso un istituto di cura privato KV 247 Decisione del Consiglio federale del 18 dicembre 2002 nella causa Fondazione Cardiocentro Ticino (FCCT) e Federazione ticinese degli assicuratori malattia (FTAM) contro il Consiglio di Stato del Cantone Ticino	159

*Fortsetzung auf der 3. Umschlagseite/
Suite à la 3^e page de couverture/
Continua alla 3^a pagina della copertina*

Juli/August – luglio/agosto

Herausgeber/Editeur/Editore
Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Effingerstrasse 20, 3003 Bern
Telefon 031 322 91 12, Telefax 031 322 90 20

Vertrieb/Distribution/Distribuzione
BBL, Vertrieb Publikationen, CH-3003 Bern
OFCL, Diffusion publications, CH-3003 Berne
UFCL, Distribuzione pubblicazioni, CH-3003 Berna
UFEL, Distribuziun publicaziuns, CH-3003 Berna
SFBL, Distribution of Publications, CH-3003 Berne

Internet-Bestellung/Commandes par Internet:
www.bbl.admin.ch/bundespublikationen

Redaktion/Rédaction/Redazione
Marc Léderrey, Monika Schuler,
Bernard Schuler, Helen Kaufmann
Abonnementspreis Fr. 27.60 inkl. MWSt
Prix d'abonnement fr. 27.60 TVA incluse
Prezzo d'abbonamento Fr. 27.60 IVA compresa

Auflage/Tirage/Tiratura 1900
Erscheint 5–6 mal jährlich
Paraît 5–6 fois par année
Pubblicato 5–6 volte l'anno

Recevabilité d'un recours interjeté auprès du Département fédéral de l'intérieur contre les décisions de l'Office fédéral des assurances sociales en matière de Liste des spécialités (Médicaments; LS; art. 52, 1^{er} al. let. b LAMal)

KV 248 Décision du Conseil fédéral du 16 avril 2003 dans le cadre d'un recours interjeté par une société cantonale de pharmacie contre le Département fédéral de l'intérieur **175**

Mitteilungen – Communications – Comunicazioni

Mutationen bei den Krankenversicherern/
Mutations dans l'état des assureurs-maladie/
Mutazioni concernenti gli assicuratori **187**

**Unfallversicherung
Assurance-accidents / Assicurazione infortuni**

**Aufhebung der aufschiebenden Wirkung einer Verfügung;
Beschwerde gegen Zwischenverfügung**

U 479 Urteil des EVG vom 11. Dezember 2002 i. Sa. H. B. (U 21/02) **188**

Leistungsansprüche bei Suizid und Suizidversuchen

U 480 Urteil des EVG vom 24. Dezember 2002 i. Sa. P. H. (U 147/02) **197**

**Adäquate Kausalität; Schutz der Privatsphäre
Beweismittelverwertung**

U 481 Urteil des EVG vom 25. Februar 2003 i. Sa. V. T. (U 161/01) **203**

Extinction du droit à la rente transitoire et décision de l'AI concernant la réadaptation professionnelle

U 482 Arrêt du TFA du 17 mars 2003 dans la cause B. S. (U 230/01 und U232/01) **209**

Fixation du tarif pour une division commune d'une clinique privée

KV 245 Décision du Conseil fédéral du 6 novembre 2002 dans la cause opposant la clinique X. au Conseil d'Etat neuchâtelois en matière de tarif pour les patients hospitalisés en division commune

Dans le cadre de la procédure de fixation du tarif, le gouvernement cantonal doit permettre au fournisseur de prestations de consulter la recommandation du Surveillant des prix, lorsque cet acte doit servir de moyen probatoire essentiel pour la décision à prendre et lorsque le fournisseur de prestations n'a par ailleurs jamais eu connaissance des différents éléments matériels utilisés par le Surveillant des prix (par exemple lors des négociations tarifaires ou lors de l'élaboration d'un projet de tarif par le Service cantonal compétent). En l'espèce, il y a violation du droit d'être entendu de la recourante, qui est toutefois guérie au niveau de la procédure de recours (cons. II. 3.1 à 3.3).

Rappel des principes de tarification des soins hospitaliers stationnaires, s'agissant en particulier d'une clinique non subventionnée (cons. II. 6.1 à 6.4). L'article 49, 1^{er} alinéa LAMal n'oblige pas à la fixation d'un forfait journalier complet incluant toutes les prestations: la fixation d'un forfait hospitalier journalier et d'un forfait par cas pour les honoraires des médecins est conforme à la loi (cons. II. 6.5).

Calcul du forfait hospitalier journalier de la clinique (cons. II. 7 ss.). La jurisprudence du Conseil fédéral concernant le calcul de la réduction effectuée en raison des différences de coûts entre la division commune et les autres divisions est confirmée: lorsque la part des patients en divisions privée et semi-privée est inférieure à 10%, aucune déduction n'est opérée; lorsque cette part est comprise entre 10 et 20%, la déduction atteint 1% des charges imputables; lorsque cette part dépasse 20%, une déduction de 2% est effectuée. En l'espèce, il faut réduire les coûts imputables de 2%, et non de 8% comme retenu dans la décision attaquée (cons. II. 7.4.3).

Calcul du forfait des honoraires des médecins rattachés à l'établissement ou agréés, qui ne sont pas liés à l'hôpital par un contrat de travail (cons. II 8.1 et 8.2). En l'absence de données sur les coûts effectifs engendrés par les honoraires des médecins, le forfait doit être calculé selon la méthode comparative proposée par le Surveillant des prix (cons. II. 8.3 à 8.3.3).

Im Rahmen des Verfahrens zur Festlegung des Tarifs muss die Kantonsregierung dem Leistungserbringer Einsicht in die Empfehlung des Preisüberwachers gewähren, wenn diese Empfehlung die

wichtigste Grundlage für den zu treffenden Entscheid darstellt und wenn der Leistungserbringer nicht auf andere Weise (etwa im Rahmen der Tarifverhandlungen oder der Erarbeitung eines Tarifentwurfs durch den zuständigen kantonalen Dienst) von den vom Preisüberwacher verwendeten materiellen Elementen Kenntnis erhalten hat. Im vorliegenden Fall wurde das rechtliche Gehör verletzt, wobei diese Verletzung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens behoben wurde (Erw. II. 3.1 bis 3.3).

Zusammenfassung der Grundsätze für die Tarifierung der stationären Spitalbehandlung, insbesondere bei einer nicht subventionierten Klinik (Erw. II. 6.1 bis 6.4). Artikel 49 Absatz 1 KVG enthält keine Verpflichtung zur Festlegung einer Tages-Vollpauschale, welche sämtliche Leistungen umfasst: die Festlegung einer Tagespauschale und einer Fallpauschale für die Arzthonorare ist gesetzeskonform (Erw. II. 6.5).

Berechnung der Tagespauschale der Klinik (Erw. II. 7 ff.). Bestätigung der Rechtsprechung des Bundesrates zur Berechnung des Abzugs, der aufgrund der unterschiedlichen Kosten zwischen der allgemeinen Abteilung und den anderen Abteilungen vorgenommen wird: liegt der Anteil der Patienten und Patientinnen in der privaten und halbprivaten Abteilung tiefer als 10%, so wird kein Abzug vorgenommen; wenn dieser Anteil zwischen 10 und 20% liegt, so beträgt der Abzug 1% der anrechenbaren Kosten; bei einem Anteil von über 20% ist ein Abzug von 2% vorzunehmen. Im vorliegenden Fall müssen die anrechenbaren Kosten um 2% und nicht, wie im angefochtenen Entscheid, um 8% reduziert werden (Erw. II. 7.4.3).

Berechnung der Pauschale für die Honorare der Belegärzte und -ärztinnen, welche nicht durch einen Arbeitsvertrag am Spital gebunden sind (Erw. II. 8.1 und 8.2). Liegen keine Angaben über die effektiven Kosten der Ärztehonore vor, so muss die Pauschale aufgrund der vom Preisüberwacher vorgeschlagenen Vergleichsmethode berechnet werden (Erw. II. 8.3 bis 8.3.3).

Nel quadro della procedura volta a fissare la tariffa, il governo cantonale deve permettere al fornitore di prestazioni di consultare la raccomandazione del Sorvegliante dei prezzi, se questo atto serve come mezzo probatorio essenziale per la decisione da prendere e se il fornitore di prestazioni non è mai venuto altrimenti a conoscenza dei diversi elementi materiali utilizzati dal Sorvegliante dei prezzi (per esempio nel quadro di negoziazioni tariffali o dell'elaborazione di un progetto tariffale da parte del Servizio cantonale competente). Nella fattispecie il diritto della ricorrente di essere sentita è stato violato. A questa mancanza si è tuttavia posto rimedio a livello di procedura di ricorso (cons. II. 3.1 a 3.3).

Richiamo dei principi applicati per fissare le tariffe delle cure ospedaliere stazionarie, in particolare nel caso di una clinica non sussidiata (cons. II. 6.1 – 6.4). L'articolo 49 capoverso 1 LAMal non prevede l'obbligo di fissare un importo forfetario giornaliero che includa tutte le prestazioni. La fissazione di un importo forfetario ospedaliero giornaliero e di un importo forfetario per caso per gli onorari dei medici è conforme alla legge (cons. II. 6.5).

Calcolo dell'importo forfetario ospedaliero giornaliero della clinica (cons. II. 7 e segg.). La giurisprudenza del Consiglio federale concernente il calcolo della riduzione eseguita in ragione della differenza tra i costi del reparto comune e quelli degli altri reparti è confermata: quando la quota di pazienti nel reparto privato e semiprivato è inferiore al 10% non vi sono deduzioni; quando la quota è compresa tra il 10 e il 20% la deduzione ammonta all'1% dei costi fatturabili; quando essa supera il 20% si procede ad una deduzione del 2%. Nella fattispecie, i costi fatturabili vanno ridotti del 2% e non dell'8%, come nella decisione impugnata (cons. II. 7.4.3).

Calcolo dell'importo forfetario per gli onorari dei medici esterni, i quali sono attivi in ospedale senza aver concluso con esso un contratto di lavoro (cons. II. 8.1 e 8.2). In assenza di dati sui costi effettivi dovuti agli onorari dei medici, l'importo forfetario deve essere calcolato applicando il metodo comparativo proposto dal Sorvegliante dei prezzi (cons. II. 8.3 – 8.3.3).

I.

Condensé – *Übersicht*

1. La clinique X. figure sur la liste hospitalière neuchâteloise du 22 décembre 1997 en tant que clinique privée de soins physiques. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a refusé d'accéder à la demande de la clinique de lui fixer un tarif pour une division commune, de même que d'avaliser la création d'une telle division; la clinique a interjeté un recours administratif au Conseil fédéral contre ladite décision.

Dans sa décision y relative du 23 juin 1999 (publiée dans RAMA 4/1999 345¹), le Conseil fédéral a interprété la liste hospitalière dans le sens où la clinique X. est un fournisseur de prestations admis à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire, procurant notamment les soins liés à la division commune; son recours a été admis et l'affaire renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle lui fixe un tarif en conséquence, non sans que les partenaires tentent préalablement de trouver un accord tarifaire.

¹ voir n° KV 83 (1999) de ce recueil

Considérant notamment que les négociations à cet effet avaient échoué, le Conseil d'Etat a fixé, par arrêté du 18 octobre 2000, le tarif de la clinique X. pour les patients en division commune, avec entrée en vigueur prévue au 1^{er} janvier 1998 (art. 2, 1^{er} al.). Suivant la recommandation du Surveillant des prix du 27 septembre 2000, le tarif se compose d'un forfait journalier de 605 francs et d'un forfait par cas de 666 francs pour les honoraires des médecins (art. 1^{er}).

2. La clinique X. a recouru au Conseil fédéral contre l'arrêté précité, concluant à son annulation. Principalement, elle demande au Conseil fédéral de fixer, pour les prestations de base fournies dans sa division commune, une taxe journalière de 990 francs sans les honoraires des médecins, lesquels devront être fixés en application du catalogue des prestations hospitalières (CPH) ou du tarif hospitalier neuchâtelois (THN); subsidiairement, elle requiert la fixation d'une taxe journalière forfaitaire de 1215 francs, honoraires des médecins compris; très subsidiairement, elle conclut au renvoi de l'affaire au Conseil d'Etat pour fixation du tarif, après lui avoir donné l'occasion de consulter l'ensemble du dossier et de se prononcer, dans un délai approprié, sur tous les actes ayant servi de moyens de preuves. Elle demande également l'administration de diverses preuves.

3. Dans sa prise de position du 24 janvier 2001, le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours. L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) en fait de même dans ses observations du 5 juillet 2001.

1. Die Klinik X. figuriert auf der Spitalliste des Kantons Neuenburg vom 22. Dezember 1997 als Privatklinik für die somatische Pflege. Der Staatsrat hat zunächst ein Gesuch der Klinik um Festlegung eines Tarifs für eine allgemeine Abteilung abgewiesen und gleichzeitig die Zustimmung zur Schaffung einer solchen Abteilung verweigert. Die Klinik hat gegen diesen Entscheid Verwaltungsbeschwerde beim Bundesrat erhoben.

In seinem Entscheid vom 23. Juni 1999 (veröffentlicht in RKUV 4/1999 345²) hat der Bundesrat die Spitalliste dahingehend ausgelegt, dass es sich bei der Klinik X. um einen Leistungserbringer im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung handelt, der unter anderem Behandlungen in einer allgemeinen Abteilung durchführt. Die Beschwerde der Klinik wurde gutgeheissen und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese einen entsprechenden Tarif festlege. Die Parteien wurden zudem aufgefordert, vorgängig Verhandlungen im Hinblick auf eine Tarifvereinbarung zu führen.

In Anbetracht der Tatsache, dass diese Verhandlungen gescheitert seien, hat der Staatsrat mit Beschluss vom 18. Oktober 2000 den Tarif der Klinik X. für

² siehe Nr. KV 83 (1999) dieser Sammlung

die Patienten der allgemeinen Abteilung erlassen und das Inkrafttreten auf den 1. Januar 1998 festgesetzt (Art. 2 Abs. 1). Gemäss der Empfehlung des Preisüberwachers vom 27. September 2000 setzt sich der Tarif aus einer Tagespauschale von 605 Franken und einer Fallpauschale von 666 Franken für die Ärztehonore (Art. 1) zusammen.

2. Die Klinik X. hat beim Bundesrat eine Beschwerde eingereicht und um Aufhebung dieses Entscheides ersucht. Primär ersucht sie den Bundesrat, für die Grundleistungen in der allgemeinen Abteilung eine Tagespauschale von 990 Franken, ohne die Ärztehonore, festzulegen. Letztere wären aufgrund des Spitalleistungskatalogs (SLK) oder des Neuenburger Spitaltarifs (THN) festzusetzen. Eventualiter fordert die Klinik eine pauschale Tagestaxe von 1215 Franken, inklusive Ärztehonore. Subeventualiter schliesst sie auf Rückweisung der Angelegenheit an den Staatsrat, damit dieser einen neuen Tarif festsetze; in diesem Fall will die Beschwerdeführerin Einsicht in das gesamte Dossier nehmen können und innert einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu allen Unterlagen erhalten, die als Entscheidungsgrundlage verwendet werden. Ferner formuliert die Beschwerdeführerin verschiedene Beweisanträge.

3. In seiner Stellungnahme vom 24. Januar 2001 schliesst der Staatsrat auf Abweisung der Beschwerde, wie auch das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) in seiner Stellungnahme vom 5. Juli 2001.

II. Droit (extraits)

Par les considérants suivants, le Conseil fédéral a admis partiellement le recours:

1. Questions d'entrée en matière

... *Facit*: le recours est recevable.

2. Surveillance des prix

... *Facit*: le Surveillant des prix a été consulté à juste titre par le Conseil d'Etat.

3. Droit d'être entendu

3.1 Le droit des parties d'être entendues dans une procédure judiciaire ou administrative les concernant est une garantie procédurale de rang constitutionnel (art. 29, 2^e al. de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Cst., RS 101, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2000 et applicable au présent litige; cette garantie se fondait anciennement sur l'art. 4 aCst.). S'agissant de la fixation d'un tarif dans le domaine de l'assurance-maladie, le droit d'être entendu découle directement de l'article 47, 1^{er} alinéa in fine LAMal, prévoyant que «(...) le gouvernement cantonal fixe le tarif, après avoir consulté les intéressés». La violation du droit d'être

entendu invoquée par la recourante touche la procédure de première instance devant le Conseil d'Etat neuchâtelois, si bien que les modalités de l'exercice de ce droit dans ses divers aspects sont principalement régies par la loi neuchâteloise sur la procédure et la juridiction administrative du 27 juin 1979 (RS-NE 152.130, LPJA, voir notamment les art. 1, 1^{er} al., 2 let. a, 3, 1^{er} al. et 21 ss.). La législation cantonale doit néanmoins respecter certains standards minimaux en la matière découlant de l'application de la constitution fédérale, tels qu'établis par la jurisprudence et notamment celle du Tribunal fédéral.

De manière générale, le droit d'être entendu permet notamment à l'administré ou au justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'avoir accès au dossier, de fournir des preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos. Le droit de consulter le dossier, en tant que corollaire du droit d'être entendu, s'étend à toutes les pièces essentielles de la procédure, soit à celles qui servent de base pour la prise de la décision. Le droit d'être entendu est à la fois une institution servant à l'instruction de la cause et une faculté de la partie de participer au prononcé de décisions qui touchent sa situation juridique (ATF 121 I 225, cons. 2a et 124 I 49, cons. 3a, ainsi que la jurisprudence et la doctrine citées). Dans ce sens, l'octroi du droit d'être entendu au niveau de la procédure de première instance joue également un rôle préventif quant à d'éventuels recours, en permettant aux parties de débattre des différents arguments et moyens probatoires avancés, ce qui améliore l'acceptation de la décision par les parties.

En l'espèce, la recourante se plaint de ce que le Conseil d'Etat ne lui aurait pas soumis une pièce essentielle du dossier avant de trancher en violation de l'article 26, 1^{er} alinéa lettre b PA. Point n'est toutefois besoin d'examiner si la violation de cette dernière disposition peut être directement invoquée, dans la mesure où son contenu s'inscrit dans les exigences constitutionnelles fédérales et où le Conseil fédéral n'est pas lié par les motifs du recours. Quant à l'article 22, 1^{er} alinéa LPJA, il prévoit la consultation des pièces du dossier, sans autre précision quant aux pièces concernées.

3.2 Il est manifeste que la clinique X. a le droit d'être entendue dans le cadre de la procédure de fixation du tarif par-devant le gouvernement cantonal. Par ailleurs, il est incontesté que le Service de la santé publique, suite à la requête présentée au Conseil d'Etat par la clinique X. en date du 18 avril 2000, a demandé à cette dernière par courrier du 10 juin 2000 de lui fournir certains renseignements nécessaires à la fixation du tarif. La clinique y a répondu par pli du 26 juin 2000. Les renseignements recueillis notamment auprès de la recourante ont permis au service concerné d'élaborer un tarif, lequel a été soumis au Surveillant des prix en date du 17 août 2000. Pour rédiger sa recommandation, le Surveillant s'est encore enquis d'infor-

mations complémentaires auprès de la recourante, qu'elle lui a transmis par fax du 26 septembre 2000. Après avoir reçu la recommandation datée du lendemain, le Conseil d'Etat a directement promulgué le tarif par décision du 18 octobre 2000, sans entendre une nouvelle fois la clinique X. Il s'agit maintenant de déterminer si la procédure suivie a conduit au respect du droit d'être entendu de cette dernière.

Donner à l'administré l'occasion de s'expliquer avant le prononcé de la décision n'a véritablement de sens que s'il est au fait des éléments déterminants pour la prise de la décision; pour s'avérer pleinement efficace, cette possibilité ne saurait donc intervenir qu'une fois les preuves réunies. Le dossier soumis à consultation doit être complet et inclure tous les éléments pertinents que l'autorité va utiliser pour trancher (*Pierre Moor*, Droit administratif, vol. II, Berne 1991, ch. 2.2.7.6, p. 191; *Benoît Bovay*, Procédure administrative, Berne 2000, p. 227). C'est ainsi qu'il faut reconnaître à la partie le droit de consulter tous les actes qui vont servir de moyen de preuve: seuls les actes internes, c'est-à-dire destinés à préparer l'élaboration de la décision (notes des fonctionnaires, projet, mais non pas la prise de position d'autorités tierces), peuvent être soustraits à la connaissance de l'intéressé, et seulement sous certaines restrictions (*P. Moor*, op. cit., ch. 2.2.7.6 p. 192 et la jurisprudence citée). Les exceptions au droit de consulter les pièces qu'il y a lieu de garder secrètes pour préserver divers intérêts n'entrent au demeurant pas en ligne de compte dans le cas présent (cf. art. 23 LPJA et 27 PA).

En l'espèce, le Conseil d'Etat a tranché en confirmant la recommandation du Surveillant des prix du 27 septembre 2000: il a suivi le niveau des forfaits journalier et par cas proposés et n'a pas formulé la moindre réserve à l'égard de ladite recommandation, comme l'article 14, 2^e alinéa LSPr lui en donne pourtant la possibilité. Le Conseil d'Etat a donc fait siens tant le résultat que l'argumentation et la méthode de calcul proposés; le Surveillant des prix a ainsi joué en quelque sorte le rôle d'un expert appelé, de par la LSPr, à se prononcer sur une question technique. Or, la recourante n'a pas eu l'occasion de consulter, avant le prononcé de la décision attaquée, le préavis du Surveillant des prix, et n'a par ailleurs jamais eu connaissance des différents éléments matériels utilisés par celui-ci, ni dans le cadre des négociations avec la FNAM, ni lors de l'élaboration d'un tarif par le Service cantonal de la santé publique, ni par la suite. Par ailleurs, la recommandation ne saurait être qualifiée d'acte interne à l'administration soustrait à la consultation des parties.

S'agissant de l'échange de communications entre la recourante et les autorités concernées avant la décision du Conseil d'Etat, il importe de relever tout d'abord qu'elles sont toutes antérieures à la recommandation de la surveillance des prix. De plus, la recourante n'a transmis à cette autorité, par fax envoyé la veille de la remise de la recommandation, que les dernières in-

formations nécessaires qui lui ont été demandées, sans que l'on puisse en déduire qu'elle a été informée d'une quelconque manière sur les éléments que le Surveillant des prix retiendrait pour son préavis. S'il est vrai que la recourante a eu l'occasion de présenter son point de vue lors de la procédure d'élaboration d'un tarif conduite par le service cantonal compétent, il s'avère que le tarif proposé n'était qu'une étape en vue de la fixation du tarif, qui n'a joué qu'un rôle de projet sans servir de base de décision. A supposer que les exigences du droit d'être entendu aient été satisfaites dans le cadre de l'établissement dudit projet, ce qui semble à première vue le cas, on ne saurait pas nécessairement en conclure de même pour l'ensemble de la procédure ayant abouti à la décision formelle du Conseil d'Etat du 18 octobre 2000, étant donné qu'un nouveau moyen probatoire essentiel est apparu ultérieurement.

Il s'ensuit que, dans le cadre de la procédure de fixation du tarif par le Conseil d'Etat, la clinique X. n'a pas eu l'occasion de consulter la recommandation du Surveillant des prix, savoir un acte ayant servi de moyen probatoire essentiel comparable à une expertise, ce qui l'a privée de l'occasion de donner valablement son avis sur la décision à prendre en violation des articles 29 Cst., 47, 1^{er} alinéa LAMal et 22, 1^{er} alinéa LPJA interprété selon le droit fédéral. Ce manquement est d'autant plus regrettable du fait que le Surveillant des prix n'a qu'un droit de recommandation, le Conseil d'Etat étant soumis à la maxime inquisitoire et pouvant motiver une autre solution. Par ailleurs, cette violation a pour conséquence que le débat au fond a été éludé devant la première instance et s'est reporté en définitive devant l'autorité de recours.

3.3 Le Conseil fédéral n'entend toutefois pas annuler la décision attaquée pour ce motif. Une violation du droit d'être entendu peut en effet être réparée lors de la procédure de recours si le lésé peut faire valoir son point de vue auprès de l'autorité de recours, et pour autant que cette dernière dispose d'un pouvoir d'examen aussi étendu que l'instance inférieure (JAAC 61.30, cons. 3.1). Ces conditions sont remplies dans le cas présent. D'une part, le Conseil d'Etat ayant tranché comme autorité cantonale de première instance, le Conseil fédéral dispose d'un pouvoir d'examen complet en fait comme en droit sur le litige, y compris sous l'angle de l'opportunité de la décision (art. 49 PA). D'autre part, la recourante a pu exposer son point de vue sur tous les éléments de fixation du tarif utilisés par l'autorité intimée dans le cadre de la procédure de recours, également sur la recommandation du Surveillant des prix. La violation du droit d'être entendu sera néanmoins prise en compte lorsqu'il s'agira de mettre à la charge des parties les frais et les dépens afférents à la procédure (voir cons. 10 ci-après).

3.4 Quant à la violation de l'obligation de motiver la décision invoquée par la recourante, elle ne nécessite pas un examen particulier, une éventuelle

violation restant sans incidence sur le sort du recours, comme l'admet d'ailleurs la recourante. Les motifs exposés par l'autorité de céans se substituent en effet à ceux de l'autorité de première instance, si bien qu'un vice éventuel peut être d'emblée considéré comme réparé (JAAC 52.60, cons. 6).

4. Requête de preuves

... *Facit*: la requête de preuves de la recourante est rejetée.

5. Régime sans convention

... *Facit*: il y a régime sans convention qui nécessite bien la fixation d'un tarif par l'autorité intimée.

6. Principes de tarification des soins hospitaliers stationnaires

6.1 L'assurance obligatoire des soins est la partie principale de l'assurance-maladie sociale (art. 1, 1^{er} al. LAMal; assurance de base) et l'article 24 LAMal prévoit que l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations définies aux articles 25 à 31 en tenant compte des conditions des articles 32 à 34. Selon l'article 25, 2^e alinéa lettre e LAMal, ces prestations comprennent le séjour en division commune d'un hôpital.

6.2 Les tarifs et les prix des prestations sont fixés par convention entre les assureurs et les fournisseurs de prestations ou, dans les cas prévus par la loi, par l'autorité compétente. Ceux-ci veillent à ce que les conventions tarifaires soient fixées d'après les règles applicables en économie d'entreprise et structurées de manière appropriée (art. 43, 4^e al. LAMal). Les tarifs à la prestation doivent se fonder sur une structure tarifaire uniforme, fixée par convention sur le plan suisse (art. 43, 5^e al. LAMal). Les parties à la convention et les autorités compétentes veillent à ce que les soins soient appropriés et leur qualité de haut niveau, tout en étant le plus avantageux possible (art. 43, 6^e al. LAMal). Selon l'article 46, 4^e alinéa LAMal, le gouvernement cantonal doit en sa qualité d'autorité d'approbation vérifier que la convention est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie. Ces différentes règles d'élaboration du tarif valent également lorsqu'un gouvernement cantonal est appelé à fixer un tarif en l'absence de convention conformément à l'article 47, 1^{er} alinéa LAMal (JAAC 48.47, p. 331, 58.49, p. 389).

6.3 Selon l'article 49, 1^{er} alinéa LAMal, pour rémunérer le traitement hospitalier, y compris le séjour à l'hôpital, les parties à une convention conviennent de forfaits. Pour les habitants du canton, ces forfaits couvrent au maximum, par patient ou par groupe d'assurés, 50% des coûts imputables dans la division commune d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics. La part des frais d'exploitation résultant d'une surcapacité, les frais d'investissement et les frais de formation et de recherche ne sont pas pris en compte.

En revanche, une clinique privée ne bénéficiant d'aucune subvention de la part des pouvoirs publics ne tombe pas sous le coup de cette règle des 50% (RAMA 4/1997 220, cons. 7 ss.³). Les tarifs hospitaliers couvrent ainsi au maximum le 50% des coûts d'exploitation imputables s'agissant d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics, et au maximum la totalité des coûts imputables s'agissant d'établissements non subventionnés. En outre, la part des frais d'investissement liés à l'exploitation de la division commune d'une clinique non subventionnée peut être imputée au tarif à charge des assureurs-maladie, à condition qu'elle ne reçoive aucune subvention des collectivités publiques pour lesdits frais d'investissement (décision du Conseil fédéral du 14 avril 1999 en matière de fixation du tarif des hôpitaux du canton de Saint-Gall).

Quant aux coûts relatifs à la recherche, à la formation et aux surcapacités, l'article 49, 1^{er} alinéa 4^e phrase LAMal interdit de les prendre en compte dans le tarif mis à la charge des assureurs-maladie; cette disposition s'applique tant aux établissements publics ou subventionnés qu'aux cliniques privées (RAMA 4/1997 220, cons. 8.6⁴).

6.4 Pour l'heure, les hôpitaux ne sont pas encore tenus de calculer leurs coûts et de classer leurs prestations selon une méthode uniforme tel que prévu à l'article 49, 6^e alinéa LAMal. Conformément à l'article 9 de l'ordonnance du 12 avril 1995 concernant l'entrée en vigueur et l'introduction de la LAMal (ordonnance sur l'entrée en vigueur, RS 832.101), les hôpitaux ont soumis à fin 1996 leur proposition commune au sujet de la comptabilité analytique et de la statistique de leurs prestations prévues dans la disposition précitée. Suite à cette proposition et aux nombreuses discussions suscitées entre les principaux partenaires concernés, le Conseil fédéral a arrêté l'ordonnance sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie (OCP), dont l'entrée en vigueur a été prévue au 1^{er} janvier 2003. Il convient de relever que cet instrument d'exécution ne saurait toutefois influencer directement le sort du présent litige en tant qu'il n'est pas applicable à raison du temps; par ailleurs, il n'introduit pas de nouveaux principes qui n'émanent déjà de la LAMal et dont il y aurait lieu de s'inspirer (principe de la transparence des coûts, comptabilité analytique et statistique des prestations). La fixation du tarif de la clinique X. obéit dès lors toujours à la jurisprudence du Conseil fédéral exposée ci-après, applicable à la «période transitoire» qui précède l'entrée en vigueur des instruments requis par la loi.

Il s'agit de déterminer la manière dont doivent être fixés les tarifs durant cette période transitoire. Les uns sont d'avis qu'il y a lieu de renoncer à toute augmentation de tarif ou fixation de tarif prenant en compte la tota-

³ voir n° KV 8 (1997) de ce recueil

⁴ voir n° KV 8 (1997) de ce recueil

lité des coûts imputables jusqu'à ce que la transparence des coûts visée par la LAMal et la LSPr soit atteinte. Ignorant le degré de transparence déjà obtenu, la part des coûts imputables pris en charge par les caisses-maladie ou encore le niveau des forfaits journaliers en comparaison intercantonale ou entre établissements, pour ne citer que les facteurs les plus déterminants, l'application stricte de cette règle confinerait de facto à un blocage des prix ou à la fixation de tarifs insuffisants. Elle risquerait de paraître disproportionnée au regard des efforts déjà entrepris par certains cantons ou établissements en vue d'améliorer la transparence, ainsi qu'à l'égard de ceux qui prennent pour l'heure en charge une grande partie des coûts imputables. Aussi le Conseil fédéral est-il d'avis que, durant la période transitoire, on ne saurait refuser toute augmentation de tarif ou, plus généralement, pénaliser des établissements lors de la fixation du tarif pour le seul motif que les instruments prévus par la loi ne seraient pas encore mis en place. C'est pourquoi il a décidé qu'on ne pouvait actuellement exiger des hôpitaux qu'ils apportent une preuve stricte des coûts au sens de l'article 49, 6^e alinéa LAMal. Ceci ne dispense toutefois pas les fournisseurs de prestations de démontrer les coûts imputables sur lesquels se fondent les tarifs.

Il est donc nécessaire de trouver une solution transitoire qui permette de tenir compte des intérêts opposés en présence jusqu'à ce que l'on puisse exiger des hôpitaux qu'ils fournissent la comptabilité analytique et la statistique de leurs prestations prévues à l'article 49, 6^e alinéa LAMal. De l'avis du Conseil fédéral, elle doit procéder d'une analyse matériellement différenciée des tarifs hospitaliers et se fonder conséquemment sur le principe que plus grande est la transparence, plus la part à la charge des caisses-maladie peut se rapprocher du seuil des 50% des coûts imputables, respectivement des 100% s'agissant d'un établissement non subventionné; inversement, plus faible est la transparence, plus grande est la marge de sécurité à prendre en considération. Cette solution tient compte des intérêts des hôpitaux et des pouvoirs publics qui en sont les supports, respectivement des établissements non subventionnés, puisqu'elle permet d'augmenter le taux de couverture des coûts à charge des forfaits hospitaliers. Elle ne néglige pas pour autant les intérêts des assureurs et des assurés puisqu'elle limite les tarifs en fonction du degré de transparence des coûts.

Il ne s'agit donc pas d'un modèle comptable susceptible de permettre le calcul mathématique du pourcentage admissible que peut atteindre le taux de couverture des coûts au cas concret. Cette solution constitue plutôt un moyen d'évaluation de la documentation disponible permettant de déceler les points où elle offre une transparence suffisante et ceux où elle présente encore des lacunes. Celles-ci doivent être prises en considération lors de la détermination du taux de couverture des coûts à charge des forfaits hospitaliers et, partant, de l'éventuelle augmentation admissible.

Il résulte de ce qui précède qu'en tant qu'ils sont imputés sur les forfaits hospitaliers, les coûts des hôpitaux doivent pouvoir être démontrés également durant la période transitoire. Conformément à la règle usuelle du fardeau de la preuve, il appartient à celui qui entend faire prévaloir un droit de prouver les faits pertinents dont il le déduit (cf. *André Grisel, Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, p. 93 et 929). C'est donc aux fournisseurs de prestations que sont les hôpitaux d'apporter la preuve de leurs coûts.

6.5 La rémunération du traitement hospitalier, y compris le séjour à l'hôpital, doit se déterminer sur la base de forfaits; des prestations diagnostiques ou thérapeutiques spéciales peuvent être exclues du forfait et facturées séparément (art. 49, 1^{er} et 2^e al. LAMal). Si cette réglementation interdit d'autres formes de rémunération, comme par exemple le tarif à la prestation qui attribue des points à chacune des prestations et fixe la valeur du point (art. 43, 2^e al. let. b LAMal), elle n'exclut pas l'application de forfaits partiels, pour autant qu'ils respectent les règles applicables à la détermination des charges imputables. L'article 49, 1^{er} alinéa LAMal n'oblige nullement à la fixation d'un forfait journalier complet incluant toutes les prestations (décision du Conseil fédéral du 19 décembre 2001 en matière de tarif hospitalier zurichois⁵).

En l'espèce, la fixation d'un forfait hospitalier journalier et d'un forfait par cas s'agissant des honoraires des médecins tels qu'ils sont prévus par la décision querrellée est, sur le principe, tout à fait compatible avec la loi. On peut d'ailleurs déduire de la conclusion principale de la recourante, qui demande la fixation d'un forfait hospitalier journalier avec facturation à part des honoraires des médecins, qu'elle ne s'oppose pas à ce mode de procéder; elle ne réclame un forfait journalier complet que subsidiairement. En revanche, il y a lieu de rejeter ladite conclusion principale en tant qu'elle peut être interprétée dans le sens où les honoraires des médecins devraient être rémunérés par application directe du catalogue des prestations hospitalières (CPH) ou du tarif hospitalier neuchâtelois (THN), ce qui reviendrait à une tarification à l'acte contraire à la loi. La rémunération de ces prestations doit impérativement faire l'objet d'un forfait, en l'occurrence par cas.

7. Calcul du forfait hospitalier journalier de la clinique X.

7.1 Il appert que la clinique X. est une clinique privée qui ne reçoit aucune subvention de la part des pouvoirs publics, comme le Conseil fédéral l'a d'ailleurs déjà relevé au considérant II. 4.4 de sa décision du 23 juin 1999. Le tarif à fixer pour la clinique X., soit la participation de l'assurance-maladie obligatoire, doit ainsi se rapporter au maximum à la totalité – et non à la seule moitié – des coûts imputables de sa division commune, c'est-à-dire en prenant en compte outre les frais d'exploitation également ceux d'invest-

⁵ voir n° KV 220 (2002) de ce recueil

tissements, mais à l'exclusion des coûts relatifs à la recherche, à la formation et aux surcapacités.

7.2 Il appartient au fournisseur de prestations de démontrer à l'autorité de fixation du tarif quels sont les coûts imputables provoqués par les traitements hospitaliers prodigués aux patients de sa division commune. En l'occurrence, les données susceptibles d'établir les coûts imputables n'ont pas pu être fournies dans le respect de toutes les exigences légales. En particulier, et comme le relève le Surveillant des prix, force est de constater que la clinique X. ne dispose que d'une comptabilité analytique partielle, qui ne permet pas d'isoler les coûts engendrés par l'exploitation de sa division commune d'autres coûts. Compte tenu de ce manque de transparence, il faut donc instaurer une marge de sécurité importante quant à la part des coûts mise à la charge des assureurs-maladie, afin d'éviter que ces derniers ne supportent des coûts ne relevant pas de l'assurance-maladie obligatoire.

Pour apprécier le niveau de transparence des coûts et le taux de couverture qui peut en résulter, lequel ne saurait se calculer de manière purement arithmétique, le Conseil fédéral procède à des comparaisons et tient compte de l'ensemble des circonstances. Il a notamment jugé qu'en l'absence de comptabilité financière permettant d'établir le résultat et le bilan, les données devaient être considérées comme mauvaises et le taux de couverture des coûts devait se limiter à 85 % (décision du 5 juillet 2000 concernant la fixation du tarif de la clinique non subventionnée thurgovienne L.). Dans une décision du 15 juin 2001 concernant une autre clinique non subventionnée thurgovienne B., le Conseil fédéral a accepté un taux de couverture des coûts de 88 %, la clinique n'ayant apporté que la preuve du total de ses coûts toutes divisions et activités confondues et non ceux de sa division commune au moyen d'une comptabilité analytique complète (comptabilité selon la nature des charges, comptabilité par centre de charge et comptabilité par unités finales d'imputation; voir cons. 6.4 de la décision citée). Dans le canton de Zurich, le Conseil fédéral a admis un taux de 46 % pour les hôpitaux publics (correspondant à 92 % pour des établissements non subventionnés exclus de la règle des 50 %), en raison des importants efforts de transparence et de réduction des surcapacités accomplis (RAMA 6/1997 343, cons. 10.3⁶). En l'espèce, le Conseil fédéral est d'avis qu'un taux de couverture des coûts de 88 % peut s'appliquer, étant donné un niveau de défaut de transparence des coûts comparable avec le cas précité de la clinique B. (comptabilité analytique partielle). Au demeurant, ce taux correspond à celui proposé par le Surveillant des prix et retenu par le Conseil d'Etat.

La clinique X. admet d'ailleurs qu'elle n'est pas en mesure de prouver les coûts afférents à l'exploitation de sa division commune exclusivement. Né-

⁶ voir n° KV 16 (1997) de ce recueil

anmoins, elle estime que l'absence de preuve ne saurait lui être imputée, ladite division n'étant pas encore véritablement en exploitation. Elle ne pourrait ainsi que présenter des prix certes budgetés ou simulés, mais distinguant entre les coûts de la division commune et les autres coûts conformément aux principes d'une comptabilité analytique (voir le mémoire de recours du 20 novembre 2000, p. 6, ainsi que les observations du 4 octobre 2001, p. 1, accompagnées d'une simulation des coûts appliquée à une division commune de 10 lits occupée à 85%). Ce moyen n'est pas recevable, car les coûts ainsi calculés se rapportent à une division commune qui n'est pas en exploitation et qui n'entre pas dans la planification hospitalière prévue par le Conseil d'Etat, ce que confirme le Conseil fédéral par décision de ce jour concernant la clinique X. Or, pour calculer le tarif hospitalier qui nous occupe, il faut impérativement se baser sur les coûts de prestations effectivement fournies, et non sur les coûts supposés de prestations futures fictives (RAMA 4/1997 220, cons. 9.3⁷; voir également la décision du Conseil fédéral du 20 décembre 2000 en matière de tarifs des établissements médico-sociaux vaudois, publiée en partie dans RAMA 5/2001 471, cons. II.7, dont le texte complet figure à l'adresse internet mentionnée⁸). Les tarifs doivent en effet se calculer selon les règles applicables en économie d'entreprise (art. 43, 4^e al. LAMal). Contrairement à ce que pense la recourante, il n'est pas ici question de fixer le tarif d'une division qui n'a pas encore déployé ses activités, mais celui de la division commune telle qu'exploitée durant la période déterminante pour le calcul du tarif, savoir l'année 1998. Seuls les coûts effectifs et la situation de la clinique durant cette période sont pertinents.

7.3 S'agissant des types de coûts à prendre en compte, la LAMal prévoit que les coûts imputables sont en principe établis lors de la conclusion de la convention (art. 49, 1^{er} al. 3^e phr. LAMal). Toutefois, dans un régime sans convention, il appartient au gouvernement cantonal de déterminer quels sont les différents postes de charges à comptabiliser dans le tarif. En l'espèce, le tarif fixé repose sur les charges imputables pour les patients de la division commune de la clinique X, telles qu'elles ressortent du modèle CAMS (Concordat des assureurs-maladie suisses, aujourd'hui santéuisse), comprenant les charges de personnel, d'exploitation et d'investissement sous déduction des produits à exclure (...), sans les honoraires des médecins qui feront l'objet d'un calcul séparé (voir cons. 8 ss ci-après). Cette donnée de base, fournie par la recourante, avait déjà été utilisée pour l'élaboration de son projet de tarif par le service cantonal concerné, puis reprise par le Surveillant des prix dans sa recommandation; par ailleurs, la FNAM ne conteste pas l'exactitude de ce montant. Faute de comptabilité analytique et devant la nécessité de partir des coûts des traitements hospitaliers effectivement prodigués, tant le montant total retenu que la méthode utilisée ne

⁷ voir n° KV 8 (1997) de ce recueil

⁸ voir n° KV 186 (2001) de ce recueil

soulèvent aucune critique de la part de l'autorité de céans (voir la décision précitée du Conseil fédéral du 15 juin 2001).

7.4 Il s'agit à présent d'examiner si et dans quelle mesure les déductions opérées sur le total des charges imputables sont conformes à la LAMal.

7.4.1 Pour déterminer les surcapacités d'un établissement hospitalier de soins aigus, il faut se baser sur un taux normatif d'occupation des lits de 90 % pour un hôpital n'exploitant pas de service d'urgence, et de 85 % pour un hôpital qui en est équipé (RAMA 6/1997 343, cons. 8.1.2⁹). La recourante allègue exploiter un service d'urgence, lequel se limite en fait à un service de piquet assuré par un médecin de garde, destiné aux patients hospitalisés. Or, comme le remarque l'OFAS, la prise en considération d'un service d'urgence dans le cadre de l'élaboration du tarif ne pourrait se concevoir que si l'hôpital disposait en permanence d'une équipe médicale et d'une infrastructure complète adaptée au traitement des urgences, ce qui n'est manifestement pas le cas de la clinique X.

Alors que le service cantonal a proposé dans son projet de tarif de partir d'un nombre de lits exploités de 30 unités, correspondant à la planification hospitalière, le Surveillant des prix en a retenu 14 au regard des moyens engagés, avant tout en personnel. Le calcul des surcapacités se révèle ainsi plus avantageux pour la clinique, ce qui se justifie pleinement par l'argument avancé par la surveillance des prix, une bonne part des lits mentionnés dans le cadre de la planification restant de fait inexploités.

...

7.4.2 La décision attaquée tient compte d'une réduction (...) au titre des coûts de formation et de recherche (1 % des salaires sans les médecins, plus les honoraires des médecins s'agissant en l'espèce d'une clinique travaillant avec des médecins agréés). Selon la jurisprudence du Conseil fédéral, il y a lieu d'opérer une déduction forfaitaire de 1 % sur les salaires pour les hôpitaux exploitant moins de 75 lits s'ils ne sont pas en mesure de prouver quels sont les coûts effectifs dus à la formation et à la recherche, ou l'absence de tels coûts (décision du 11 avril 2001 concernant la fixation du tarif de la clinique non subventionnée M.). Il faut en effet partir du principe que le personnel consacre une partie de son temps à la formation d'autres employés ou à suivre une formation. Le Conseil fédéral est d'avis que le principe et le taux forfaitaire de la déduction appliquée en l'espèce peuvent être confirmés.

7.4.3 La recourante conteste la déduction de 8 % sur les charges imputables (...), effectuée en raison des différences de coûts entre la division commune et les autres divisions.

⁹ voir n° KV 16 (1997) de ce recueil

Les données fournies par la clinique concernent toutes les divisions exploitées (commune, semi-privée et privée), sans qu'il soit possible d'isoler les coûts de la division commune. Or, il est logique de considérer, du moins jusqu'à preuve du contraire, que les patients en division commune engendrent des coûts moins élevés que ceux des divisions semi-privée et privée, lesquels bénéficient de prestations plus étendues et/ou de qualité supérieure. La part des coûts imputables à la division commune doit en conséquence se situer en dessous de la moyenne des coûts toutes divisions confondues, ce qui passe par une réduction sur le total des coûts imputables à la division commune. En l'espèce, il n'est pas possible de déterminer avec précision quelles sont ces différences de coûts entre les divisions. En l'absence de données concrètes, le Conseil fédéral a admis la fixation d'un taux de réduction normatif lié au nombre de journées de patients traités en division commune et dans les autres divisions; plus la part des divisions semi-privée et privée est importante, plus les coûts supplémentaires à déduire doivent être élevés. Lorsque la part des patients en divisions privée et semi-privée est inférieure à 10%, aucune déduction n'est opérée; lorsque cette part est comprise entre 10 et 20%, la déduction atteint 1% des charges imputables; lorsque cette part dépasse 20%, une déduction de 2% est effectuée (décision du 14 avril 1999 concernant la fixation du tarif hospitalier dans le canton de Thurgovie, cons. 8.4).

Dans le cas présent, le Surveillant des prix propose de calculer la réduction selon un barème plus sévère (part de patients en divisions privée et semi-privée inférieure à 10%: pas de déduction; part comprise entre 10 et 20%: 1% de déduction, puis 1% de déduction de plus pour chaque tranche supplémentaire de 10%, soit un maximum de 9% de déduction). En application de cette échelle, la part de patients en division privée ou semi-privée supérieure à 80% retenue pour la clinique X. devrait donc entraîner une réduction de 8%.

Faute de données concrètes, il faut partir de l'idée qu'une déduction normative devra de toute façon être appliquée pour le motif dont il est question dans le présent considérant. Le Conseil fédéral estime dès lors qu'il ne serait pas approprié de revoir complètement sa jurisprudence avant de disposer de données fondées en la matière, obtenues grâce à la mise en place de la comptabilité analytique. Dans ce contexte, l'introduction du barème proposé par le Surveillant des prix ne peut qu'apparaître comme prématurée. C'est pourquoi, en l'état actuel des connaissances et au regard du principe de l'égalité de traitement, le Conseil fédéral entend confirmer la pratique suivie jusqu'à maintenant.

Le recours est donc fondé sur ce point. Dans le cas d'espèce, où la proportion de journées d'hospitalisation en divisions privée et semi-privée est de

l'ordre de 80%, la réduction due aux différences de coûts entre division commune et autres divisions doit s'élever à 2% des charges imputables (...).

7.5 Les intérêts des capitaux en circulation font partie des charges imputables selon la jurisprudence. En l'absence de toute contestation, le montant admis à ce titre par l'autorité intimée, à recalculer suite au grief admis au considérant ci-avant, peut être confirmé en l'espèce.

Quant au renchérissement à hauteur de 1,24%, son imputation au tarif apparaît de prime abord comme contraire à la pratique: d'une part, comme il s'agit de fixer le tarif applicable au 1^{er} janvier 1998 à partir des données comptables de l'année 1998, le renchérissement ne devrait pas entrer en ligne de compte sur cette année-là; d'autre part, il n'est nullement démontré que le montant admis en raison du taux de renchérissement correspond bien à des coûts supplémentaires effectivement supportés par la clinique. Dans le cas présent, en l'absence de toute nouvelle négociation ou requête en vue de la fixation d'un tarif – notamment en raison d'une augmentation due au renchérissement –, il y a toutefois lieu de considérer que le tarif doit s'appliquer tel quel à compter du 1^{er} janvier 1998, et ce jusqu'à l'exclusion de la clinique de la liste hospitalière en tant que fournisseur de prestations en division commune (savoir six mois après la publication de la décision de ce jour du Conseil fédéral concernant la situation de la clinique sur la liste hospitalière). Force est donc de constater que, sur cette période relativement longue (du début 1999 jusqu'à la première moitié de 2003 environ), la clinique devra supporter des augmentations de coûts qui n'engendreront aucune adaptation du tarif. Le Conseil fédéral part de l'idée que ces coûts supplémentaires atteindront très vraisemblablement un montant correspondant au moins à 1,24% des charges imputables de l'année 1998, le supplément admis à ce titre par le Surveillant des prix pouvant ainsi être confirmé.

7.6 Il s'ensuit que le Conseil fédéral annule le forfait journalier fixé à fr. 605.– par le Conseil d'Etat, et le remplace un forfait journalier d'un montant de fr. 664.–.

...

8. Calcul du forfait des honoraires des médecins de la clinique X.

8.1 La décision querellée instaure un forfait par cas pour les honoraires des médecins d'un montant de fr. 666.–, tel que calculé par la surveillance des prix sur la base d'une comparaison avec les coûts établis au moyen d'une comptabilité analytique dans différents services d'hôpitaux publics zurichoïses. Le Surveillant des prix a écarté la valorisation de l'activité des médecins sur la base du CPH, car cela conduirait à la double couverture de certaines charges: les points attribués aux prestations figurant dans le CPH couvriraient non seulement les salaires des médecins, mais également ceux du personnel des autres disciplines médicales et une part des infrastructures. La recouran-

te demande que les honoraires médicaux, s'ils font l'objet d'un forfait, soient intégrés dans un forfait journalier complet de fr. 1215.–, ce qui revient à rémunérer les honoraires médicaux par un forfait de fr. 225.– par jour.

8.2 Le Conseil fédéral rappelle tout d'abord qu'il entend suivre la voie choisie par le Conseil d'Etat quant au type de forfait par cas applicable aux honoraires des médecins (voir cons. 6.5 ci-avant). Il ne sera dès lors pas procédé à la fixation d'un forfait journalier pour ces prestations. Par ailleurs, précisons que le forfait à calculer se rapporte aux prestations fournies, dans le cadre de traitements hospitaliers stationnaires, par des médecins qui ne sont pas liés à l'hôpital par un contrat de travail (désignés ci-après comme médecins rattachés à l'établissement ou agréés), les charges en question n'apparaissant donc pas dans les comptes des salaires versés selon la comptabilité de l'établissement; les médecins déploient leurs activités en faveur de l'hôpital en vertu d'un autre contrat, en principe dans le cadre d'un mandat.

8.3 La loi veut que les tarifs soient fixés selon les règles applicables en économie d'entreprise, c'est-à-dire qu'ils se basent sur les coûts effectifs supportés par l'hôpital pour dispenser les prestations (art. 43, 4^e al. LAMal; voir cons. 7.2 ci-avant). A partir du moment où ces coûts peuvent être établis, il serait contraire à la disposition précitée de la LAMal de les ignorer. En l'espèce, la clinique X. soutient que les médecins agréés n'auraient pas encore été rémunérés pour leurs services en l'absence de tarif adéquat, le remboursement devant intervenir une fois le tarif connu. Il s'ensuit qu'aucune donnée relative aux coûts effectifs de la clinique X. pour les honoraires des médecins ne figure au dossier. Face à l'impossibilité de construire le tarif à partir des coûts effectifs, il s'agit donc de trouver une méthode de calcul subsidiaire capable de refléter au mieux la réalité économique à laquelle est confrontée la clinique.

8.3.1 D'une part, la recourante propose de calculer la rémunération due aux médecins sur la base du CPH valorisé à fr. 4.95 le point, pour un total journalier de fr. 225.–. De l'avis du Conseil fédéral, ce procédé manque de consistance: en divisant le total journalier de fr. 225.– par la valeur du point CPH, on obtient un total d'un peu plus de 45 points CPH. Or, on aurait au moins pu s'attendre à ce que la recourante démontre d'une manière ou d'une autre que le traitement d'un patient nécessite bel et bien un tel volume de prestations, ce qui n'est pas le cas; en particulier, aucun relevé de l'activité effective des médecins rattachés à l'établissement susceptible d'étayer ce résultat n'est fourni. Les chiffres avancés par la recourante ont tout d'une simple allégation, sans qu'aucun élément concret, voire normatif ou comparatif, ne puisse les justifier.

8.3.2 D'autre part, dans sa recommandation, le Surveillant des prix calcule le tarif par comparaison avec des hôpitaux du canton de Zurich. Selon le

Conseil fédéral, l'utilisation d'une telle méthode soulève certes des difficultés, s'agissant notamment de la comparabilité des établissements en présence (par exemple quant aux types d'hôpitaux – clinique privée neuchâteloise et hôpitaux publics zurichoïses –, à l'absence de prise en compte du niveau de difficulté des patients traités ou encore de la structure des coûts des établissements). Il convient néanmoins de relever, à l'avantage de la méthode du Surveillant des prix, que les coûts des hôpitaux zurichoïses sont établis avec une bonne précision grâce à une comptabilité analytique, si bien que l'on peut partir de l'idée que les coûts par cas établis pour ces hôpitaux de référence sont proches de la réalité. La comparaison tient également compte du volume respectif des principales catégories de prestations fournies (chirurgie, médecine, gynécologie).

8.3.3 A choisir entre ces deux modes de calcul, le Conseil fédéral se prononce clairement en faveur de la méthode comparative recommandée par le Surveillant des prix, tout en soulignant son caractère subsidiaire – notamment par rapport aux cas où les coûts effectifs devaient être disponibles. La méthode proposée par la recourante est purement fictive, en tant qu'elle se fonde sur une simple hypothèse non étayée, qui n'a d'autre valeur que celle d'une allégation de la clinique. En revanche, le calcul du Surveillant des prix permet au moins de connaître les coûts par cas des hôpitaux publics zurichoïses, ce qui constitue un point de comparaison objectif et suffisamment bien établi. En outre, la comparaison du Surveillant des prix n'apparaît pas, à première vue du moins, au désavantage de la clinique X., notamment en raison du fait qu'elle est sise dans un canton où le coût de la vie est moins élevé qu'à Zurich; de plus, le niveau moyen de difficulté des cas traités par la clinique ne devrait pas dépasser celui d'hôpitaux publics (meilleur équipement, acceptation de cas plus lourds).

S'agissant du calcul proprement dit du tarif, il convient de souligner que les coûts retenus pour les hôpitaux de référence et la valeur moyenne pondérée par cas n'ont fait l'objet d'aucune contestation de la part de la recourante. Dans ses observations, l'OFAS note qu'il faudrait tenir compte des différences de coûts entre les cantons de Neuchâtel et de Zurich, sans avancer de chiffres. En l'état du dossier, le Conseil fédéral juge cependant qu'il n'est pas en mesure de calculer, ni même d'estimer quelles pourraient être ces éventuelles différences de coûts. De plus, comme le tarif à fixer concerne un petit nombre de cas et va s'appliquer pour une durée limitée, suite à la décision du Conseil fédéral de ce jour concernant la place de la clinique X. dans la planification hospitalière cantonale, il serait disproportionné de déployer des moyens supplémentaires pour tenter d'éclaircir plus avant cette question. Comme le Conseil fédéral n'a au demeurant pas d'objection à formuler à l'encontre du calcul du Surveillant des prix, il s'ensuit que le forfait par cas

pour les honoraires des médecins tel que fixé à fr. 666.– par le Conseil d'Etat peut être confirmé. Le recours de la clinique X. est ainsi rejeté sur ce point.

...

III. Dispositif (résumé)

Le recours est partiellement admis. L'arrêté attaqué est annulé. Le Conseil fédéral fixe le tarif applicable aux traitements hospitaliers stationnaires suivis par les patients de la division commune de la clinique X., qui se compose d'un forfait journalier de fr. 664.– et d'un forfait par cas de fr. 666.–.

Fissazione della tariffa applicabile nell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie per degenze presso un istituto di cura privato

KV 246 Decisione del Consiglio federale del 6 novembre 2002 nella causa clinica X. contro il Consiglio di Stato del Cantone Ticino

Secondo il Tribunale federale, la motivazione di una decisione può risultare da una corrispondenza separata oppure dal rinvio ad una presa di posizione di un'altra autorità. Il Consiglio di Stato, prima di emanare il decreto esecutivo, ha informato la ricorrente che nella sua decisione avrebbe ripreso in pratica la raccomandazione della SP, per cui il diritto d'essere sentito è stato rispettato (cons. II. 4.1-4.3).

Conformemente alla giurisprudenza del Consiglio federale, ogni istituto di cure che esercita a carico della LAMal deve, per una corretta e trasparente elaborazione delle tariffe, provare, attraverso la contabilità, i costi computabili secondo LAMal da lui sopportati. (cons. II. 5.2).

L'introduzione del sistema della Sorveglianza dei prezzi che prevede deduzioni crescenti secondo l'incidenza dei pazienti in divisione privata e semiprivata è prematura e abbisogna di ulteriori analisi e verifiche (cons. II. 5.3).

Se i dati effettivi riguardanti i costi dell'ospedale sono disponibili, non si può ignorarli e fissare direttamente la tariffa su una base esclusivamente comparativa (cons. II. 5.4.1).

L'impiego dei tariffari relativi alle prestazioni ambulatoriali come base per la retribuzione dei medici esterni è da considerarsi giustificato per un periodo transitorio. Nella misura in cui i medici esterni devono essere remunerati unicamente per il loro lavoro, il Consiglio federale opera una deduzione per la parte delle prestazioni relative alle infrastrutture, al personale e al materiale presa in considerazione nella tariffa forfettaria ambulatoriale. Gli onorari dei medici, contrariamente ai salari, non sono sottoposti alla deduzione relativa alle sovracapacità, nella misura in cui l'ospedale fa ricorso normalmente alle prestazioni dei medici esterni unicamente in caso di necessità (cons. II. 5.4.2).

Le spese d'investimento degli ospedali privati non sovvenzionati non sono computabili nella misura in cui sono a carico della collettività in base a leggi cantonali o comunali (cons. II. 5.6).

Nozione di pronto soccorso per l'applicazione del valore del grado d'occupazione dei letti minimo nel quadro della riduzione per sovracapacità (cons. II. 5.6.1).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die Begründung eines Entscheids aus einem separaten Schreiben oder aus dem Verweis auf eine Stellungnahme einer anderen Behörde hervorgehen. Bevor der Staatsrat den angefochtenen Beschluss erliess, hat er die Beschwerdeführerin darüber in Kenntnis gesetzt, dass er in seinem Entsch eid die Empfehlung der Preisüberwachung praktisch übernehmen werde. Damit ist das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin gewahrt worden (Erw. II. 4.1–4.3).

Nach der Rechtsprechung des Bundesrates muss jede Einrichtung, welche ihre Aktivität zu Lasten des KVG ausübt, als Grundlage für eine richtige und transparente Berechnung der Tarife mittels ihrer Buchhaltung die von ihr getragenen, nach dem KVG anrechenbaren Kosten nachweisen (Erw. II. 5.2).

Die Einführung des Systems der Preisüberwachung, welches die steigenden Abzüge nach dem Anteil der Patientinnen und Patienten in der privaten und halbprivaten Abteilung vorsieht, ist verfrüht und benötigt weitere Analysen und Überprüfungen (Erw. II. 5.3).

Es ist nicht erlaubt, die effektiven Angaben über die Spitalkosten wegzulassen, wenn diese zur Verfügung stehen, und den Tarif ausschliesslich auf der Basis von Vergleichen festzusetzen (Erw. II. 5.4.1).

In einer Übergangszeit ist die Anwendung von ambulanten Tarifen als Grundlage für die Vergütung der Belegärzte- und Ärztinnen gerechtfertigt. Soweit diese ausschliesslich für ihre Arbeit vergütet werden müssen, nimmt der Bundesrat einen Abzug für den Anteil der auf die Infrastruktur, auf das Personal und auf das Material bezogenen Leistungen vor, welcher in den ambulanten Pauschaltarifen berücksichtigt wird. Im Gegensatz zu den Löhnen wird auf den Arzthonoraren kein Abzug für Überkapazitäten vorgenommen, soweit das Spital normalerweise die Leistungen der Belegärzte- und Ärztinnen ausschliesslich im Bedarfsfall beansprucht (Erw. II. 5.4.2).

Die Investitionskosten von nichtsubventionierten Privatspitälern sind nicht anrechenbar, soweit diese nach kantonalen oder kommunalen Gesetzen durch die Gemeinwesen getragen werden (Erw. II. 5.6).

Begriff der Notfalldienste für die Anwendung des minimalen Bettenbelegungsgrades im Zusammenhang mit dem Abzug für Überkapazitäten (Erw. II. 5.6.1).

Selon le Tribunal fédéral, la motivation d'une décision peut résulter d'une correspondance séparée ou du renvoi à une prise de position

d'une autre autorité. Avant d'éditer l'arrêté litigieux, le Conseil d'Etat a informé la recourante que, s'agissant de la motivation de sa décision, il avait l'intention de se référer à la recommandation de la SPR. Il en résulte que le droit d'être entendu de la recourante a ainsi été respecté (cons. II. 4.1–4.3).

Conformément à la jurisprudence du Conseil fédéral, chaque institution de soins qui exerce à la charge de la LAMal doit, pour procéder à un calcul correct et transparent des tarifs, prouver les coûts imputables selon la LAMal qu'il supporte par le biais de sa comptabilité (cons. II. 5.2).

L'introduction du système de la Surveillance des prix, qui prévoit des déductions qui augmentent en fonction de la part des patients en division privée et semi-privée, est prématurée et demande des analyses et vérifications complémentaires (cons. II. 5.3).

Si les données effectives relatives aux coûts des hôpitaux sont disponibles, il n'est pas admis de les ignorer et de fixer directement le tarif sur une base exclusivement comparative (cons. II. 5.4.1).

L'utilisation de tarifs ambulatoires comme base pour la rémunération des médecins agréés est justifiée pendant une période transitoire. Dans la mesure où les médecins agréés doivent être rémunérés pour leur travail uniquement, le Conseil fédéral procède à une déduction pour la part des prestations relatives à l'infrastructure, au personnel et au matériel qui est prise en considération dans le forfait ambulatoire. Au contraire des salaires, les honoraires des médecins ne sont pas soumis aux déductions pour surcapacité, dans la mesure où l'hôpital recourt normalement aux prestations des médecins agréés uniquement en cas de nécessité (cons. II. 5.4.2).

Les frais d'investissement des hôpitaux privés non subventionnés ne sont pas imputables dans la mesure où ils sont à la charge des collectivités sur la base des lois cantonales ou communales (cons. II. 5.6).

Notion de services d'urgences pour l'application de la valeur du degré d'occupation des lits minimum dans le cadre de la réduction des surcapacités (cons. II. 5.6.1).

I.

Riassunto – *Übersicht* – Condensé

Il 21 marzo 2001 il CdS, in seguito alla mancata conclusione di una convenzione tariffale tra la Federazione ticinese degli assicuratori malattia (oggi santésuisse Ticino) e la clinica X., ha emanato un decreto esecutivo fissando la tariffa forfettaria giornaliera valevole a partire dal 1° gennaio 2001 presso

la clinica X. a fr. 490.–. Quest'ultima, in data 7 maggio 2001, ha interposto ricorso contro il DE, concludendo al suo annullamento e alla fissazione di una tariffa forfettaria giornaliera di fr. 650.–, prestazioni mediche incluse. La ricorrente, oltre ad invocare una violazione del diritto di essere sentito da parte del CdS, contesta il grado di copertura dei costi fissato dal Sorvegliante dei prezzi (SP) a 86 % per mancanza di una contabilità analitica. La ricorrente ritiene che il CdS, a torto, non avrebbe, in particolare, preso in considerazione ammortamenti immobiliari da lei effettuati per il calcolo tariffale.

Am 21. März 2001 erliess der Staatsrat des Kantons Tessin nach gescheiterten Vertragsverhandlungen zwischen dem Tessiner Krankenkassenverband (heute Santésuisse Tessin) und der Klinik X. einen Beschluss, der die Tagespauschale in der Klinik X. ab 1. Januar 2001 auf Fr. 490.– festsetzte. Gegen diesen Beschluss legte die Klinik am 7. Mai 2001 Beschwerde beim Bundesrat ein und beantragte dessen Aufhebung und die Festsetzung einer Tagespauschale von Fr. 650.– einschliesslich medizinischer Leistungen. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Verfahren vor dem Staatsrat geltend und bestreitet den Kostendeckungsgrad, welchen die Preisüberwachung wegen Nichtvorliegens einer Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung auf 86% angesetzt hatte. Die Beschwerdeführerin hält fest, der Staatsrat habe zu Unrecht von ihr vorgenommene Amortisationen bei den Immobilien in der Tarifberechnung nicht mit berücksichtigt.

Par arrêté du 21 mars 2001 (ci-après: arrêté), le Conseil d'Etat a fixé à fr. 490.– le tarif forfaitaire journalier applicable à la clinique X. à compter du 1^{er} janvier 2001, cette dernière n'étant pas parvenue à la conclusion d'une convention portant sur ce tarif avec la Fédération tessinoise des assureurs-maladie (aujourd'hui santésuisse Tessin). Le 7 mai 2001, la clinique a interjeté recours contre l'arrêté précité, concluant à son annulation et à la fixation d'un tarif forfaitaire journalier à hauteur de fr. 650.–. A l'appui de son acte, la recourante invoque une violation de son droit d'être entendu et conteste le degré de couverture des coûts fixé à 86 % par la Surveillance des prix (ci-après: SPr), en raison de l'absence d'une comptabilité analytique. En outre, la clinique allègue que le Conseil d'Etat a omis à tort de prendre en considération ses amortissements immobiliers dans le calcul du tarif.

II.

Il Consiglio federale ha respinto il ricorso per i motivi seguenti:

...

4. Diritto di essere sentito

4.1 Il diritto delle parti di essere sentite nel quadro di procedimenti giudiziari o amministrativi costituisce una garanzia procedurale di rango costituzionale (art. 29 cpv. 2 della Costituzione federale della Confederazione

svizzera del 18 aprile 1999, Cost., RS 101, entrata in vigore il 1° gennaio 2000 e applicabile al presente litigio; questa garanzia si fondava precedentemente sull'art. 4 vCost.). Per quanto riguarda la fissazione di una tariffa nell'ambito dell'assicurazione malattie, il diritto di essere sentito deriva direttamente dall'articolo 47 capoverso 1 in fine LAMal, il quale prevede che «(...) il governo cantonale, sentite le parti interessate, stabilisce la tariffa». La violazione del diritto di essere sentito invocata dalla ricorrente concerne la procedura di prima istanza davanti al CdS, per cui eventuali disposizioni di procedura amministrativa cantonale in questo ambito devono rispettare certe condizioni minime derivanti dall'applicazione della Costituzione federale stabilite, in particolare, dalla giurisprudenza del Tribunale federale.

In maniera generale, il diritto di essere sentito permette a coloro che partecipano ad una procedura amministrativa o giudiziaria di esprimersi prima che una decisione sia presa a loro svantaggio, d'aver accesso all'incarto, di fornire le prove pertinenti, di partecipare all'amministrazione delle prove, di prenderne conoscenza e di determinarsi in proposito. Il diritto di essere sentito deve servire all'istruzione della causa, costituendo nel contempo una facoltà per la parte di partecipare all'emissione della decisione che riguarda la sua situazione giuridica (DTF 121 I 225 cons. 2a e 124 I 49 cons. 3a e la giurisprudenza e dottrina citate). In questo senso, il rispetto del diritto di essere sentito a livello di procedura di prima istanza gioca un ruolo preventivo per quanto riguarda eventuali ricorsi, permettendo alle parti di dibattere su differenti argomenti e mezzi probatori in anticipo, ciò che favorisce l'accettazione della decisione da parte delle parti. Il diritto ad ottenere una decisione motivata risulta pure dal diritto di essere sentito. Al principio secondo il quale la motivazione deve figurare nella decisione, il Tribunale federale ha apportato delle sfumature. Esso ha infatti affermato che la motivazione può risultare da una corrispondenza separata oppure dal rinvio ad una presa di posizione di un'altra autorità (DTF 113 II 204, 123 I 31 e 124 II 146).

4.2 Nel suo gravame, la ricorrente lamenta una violazione del diritto di essere sentita conseguente all'assenza di motivazione alla base del DE.

L'IAS ha contattato per la prima volta la clinica X. in data 16 ottobre 2000 per fornire e domandare informazioni concernenti la tariffa 2001. La situazione relativa alle trattative con la FTAM per la definizione della stessa, come già detto, è stata discussa dalla ricorrente con l'autorità cantonale in occasione di un incontro a Bellinzona. In data 9 e 17 gennaio 2001 l'IAS inviava alle parti, assieme alle raccomandazioni del 13 dicembre 2000 e 12 gennaio 2001 della SP, le sue proposte di tariffe per gli anni 2000 e 2001, conformemente alla procedura d'audizione prevista dalla LAMal. Attraverso questi scritti l'autorità cantonale informava in pratica di aver ripreso la metodologia di calcolo tariffale della SP e invitava le parti a volersi esprimere al riguardo. Con scritto dell'8 febbraio 2001 la clinica X. ha fatto per-

venire le sue osservazioni concernenti le raccomandazioni della SP, le quali sono state in sostanza riprese nel gravame. La ricorrente ha dunque avuto la possibilità di pronunciarsi sulle proposte tariffali dell'autorità cantonale concretizzatesi in seguito nel DE. Inoltre, che in quest'ultimo fosse stato ripreso l'approccio della SP è pure provato dal fatto che nello stesso il CdS non ha indicato essersene distanziato, come previsto dall'articolo 14 capoverso 2 LSPr.

In base a quanto precede, vi è quindi da concludere che la ricorrente non è stata vittima di una violazione del diritto di essere sentita.

Ricordiamo comunque che ad una violazione del diritto di essere sentito è possibile rimediare in occasione della procedura di ricorso se la parte lesa può far valere le sue ragioni davanti all'autorità di ricorso, purché quest'ultima disponga del medesimo potere d'esame dell'istanza inferiore (GAAC 61.30, cons. 3.1). In particolare, un'eventuale mancanza di motivazione può essere sanata davanti all'autorità superiore allorché l'autorità intimata giustifica e spiega la sua decisione nella sua risposta al ricorso (cfr. DTF 125 I 209; DTF 116 V 28; DTF 111 Ia 2); il ricorrente deve avere la possibilità di replicare. Queste condizioni sono state pure rispettate nella fattispecie. Da un lato, essendosi il CdS pronunciato come autorità cantonale di prima istanza, il Consiglio federale dispone di un potere d'esame completo in fatto e in diritto, anche dal punto di vista dell'adeguatezza della decisione (art. 49 PA). D'altro lato, la ricorrente ha avuto modo di esprimersi su tutti gli elementi alla base della fissazione della tariffa utilizzati dall'autorità intimata anche nel quadro della procedura di ricorso (v. scritti della ricorrente del 19.12.01 e del 15.01.02).

4.3 In virtù di quanto precede, la violazione del diritto di essere sentito deve pure essere negata per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU, il quale garantisce anch'esso il suddetto diritto, con il conseguente obbligo per i tribunali di rendere decisioni motivate.

Per quanto concerne l'affermazione della ricorrente secondo la quale le pretese pecuniarie in materia di assicurazioni sociali che risultano da precise disposizioni legali beneficerebbero delle garanzie previste dall'articolo 6 CEDU, vi è da ricordare che gli assicurati, esaurite le istanze cantonali, possono far valere le loro pretese pecuniarie mediante un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale (DTF 116 V 133 e 112 V 292). L'accesso a un tribunale indipendente e imparziale è dunque garantito.

Se la ricorrente intende invece contestare la procedura d'adozione tariffale prevista dall'articolo 47 LAMal, valgono le considerazioni seguenti. Il Consiglio federale, dopo l'entrata in vigore della LAMal, è stato più volte confrontato con la problematica legata all'articolo 6 CEDU e in seguito ad uno scambio di opinioni con il Tribunale federale delle assicurazioni (in seguito:

TFA) è arrivato alla conclusione che i ricorsi in materia di liste ospedaliere sono, in virtù dell'articolo 53 capoverso 1 LAMal, di sua competenza (RAMI 3/1999, pag. 252 seg., cons. 11¹; v. anche la risposta del Consiglio federale del 14 maggio 1997 all'interrogazione ordinaria *Suter*, n° 96.1134, *Menschenrechtsverstösse im Krankenversicherungsgesetz?*, BU CN 1997 I 1589). Il TFA ha già avuto modo di pronunciarsi su questa problematica (v. decisione del 1° maggio 2000 nella causa *Clinica X* contro Consiglio federale²). Egli ha giudicato il ricorso inoltrato da una clinica irricevibile secondo il diritto interno in vigore, affermando che una sua competenza non poteva fondarsi né su un'interpretazione conforme alla Costituzione federale né sulla possibilità di colmare una lacuna giuridica riguardante la garanzia della protezione giuridica, quest'ultima accettata dal popolo ed i Cantoni il 12 marzo 2000 nell'ambito della riforma giudiziaria. Il TFA ha precisato che la garanzia della protezione giuridica deve essere realizzata dal legislatore. L'Alta Corte ha inoltre dichiarato che l'articolo 6 paragrafo 1 CEDU non era applicabile al litigio in questione, in quanto né il diritto federale né il diritto cantonale fondavano un diritto ai sensi di questa disposizione.

Per quanto riguarda le tariffe, e senza voler entrare nel merito di una possibile violazione della CEDU, il Consiglio federale non può che ribadire in sostanza le sue considerazioni e quelle del TFA effettuate in passato. L'articolo 53 LAMal prevede chiaramente la competenza del Consiglio federale per decidere dei conflitti basati sull'articolo 47 LAMal, per cui altre soluzioni dovrebbero essere elaborate a livello legislativo. Un passo in questo senso è però oggi in atto attraverso la riforma dell'organizzazione giudiziaria federale (v. Messaggio del 28 febbraio 2001 concernente la revisione totale dell'organizzazione giudiziaria federale, FF 2001 V 3764), la quale prevede la creazione di un Tribunale amministrativo federale che si occuperà, tra le altre cose, del contenzioso LAMal attualmente trattato dal Consiglio federale. Nel frattempo però, consci dell'iter legislativo e dei tempi che esso comporta, è necessario risolvere il contenzioso legato alla pianificazione ospedaliera e alle tariffe, ragione per la quale il Consiglio federale, rispettando quanto deciso dal Parlamento, continuerà ad occuparsi di queste problematiche fino a quando il suddetto tribunale non sarà operativo.

5. Calcolo della tariffa per cure ospedaliere stazionarie

5.1 L'articolo 49 capoverso 1 LAMal prevede che per la remunerazione della cura ospedaliera, compresa la degenza ospedaliera (art. 39 cpv. 1), le parti alla convenzione stabiliscono importi forfettari. Questi coprono, per gli abitanti del Cantone, al massimo il 50 % dei costi fatturabili per paziente o gruppo d'assicurati nel reparto comune d'ospedali pubblici o sussidiati dall'ente pubblico. I costi fatturabili sono calcolati alla stipulazione della convenzione.

¹ vedi n° KV 72 (1999) di questa raccolta

² vedi n° KV 122 (2000) di questa raccolta

Non sono computate la quota delle spese di gestione derivanti dalla sovracapacità, le spese d'investimento, di formazione e di ricerca. In una decisione di principio, il Consiglio federale ha affermato che la regola del 50% si applica unicamente agli istituti di cura pubblici o sovvenzionati dall'ente pubblico, e non alle cliniche private non sovvenzionate (RAMI 4/1997, pag. 220 segg.³). Le tariffe forfettarie applicate in questi istituti possono, a determinate condizioni, coprire tutti i costi fatturabili. Queste disposizioni si applicano ugualmente allorquando il governo cantonale è chiamato a fissare una tariffa in assenza di una convenzione (art. 47 cpv. 1 LAMal).

Nella fattispecie, il CdS ha fissato la tariffa forfettaria ospedaliera riguardante la divisione comune della clinica X., istituto di cura privato non sovvenzionato, per cui, adempite tutte le condizioni in materia, è la regola della copertura totale dei costi computabili che si applica.

5.2 Secondo l'articolo 49 capoverso 6 LAMal, gli ospedali calcolano i propri costi e registrano le proprie prestazioni secondo un metodo uniforme; tengono in proposito una contabilità analitica e una statistica delle prestazioni.

In data 3 luglio 2002 il Consiglio federale ha emanato un'ordinanza che concretizza la disposizione summenzionata (Ordinanza sul calcolo dei costi e la registrazione delle prestazioni da parte degli ospedali e delle case di cura nell'assicurazione malattie [OCPre]). Siccome la medesima entrerà in vigore solamente a partire dal 1° gennaio 2003, fino a quel momento, come è il caso nella fattispecie, continueranno ad applicarsi i principi giurisprudenziali elaborati dal Consiglio federale. Secondo l'autorità federale, gli ospedali non sono tenuti al momento a calcolare i loro costi e registrare le loro prestazioni secondo un metodo uniforme. È dunque necessario trovare una soluzione transitoria che permetta di tenere in considerazione gli interessi in gioco fino al momento in cui gli ospedali presenteranno una contabilità analitica e una statistica delle prestazioni conformemente alla legge. Secondo il Consiglio federale, in questo ambito bisogna procedere ad un'analisi materialmente differenziata delle tariffe ospedaliere e fondarsi di conseguenza sul principio secondo il quale maggiore è la trasparenza dei costi esposta dagli ospedali, più la parte a carico delle casse malati si avvicina alla soglia del 100 % (cfr. RAMI 6/1997, pag. 355 seg. e 385 seg.⁴).

Questa soluzione tiene conto degli interessi degli ospedali e del potere pubblico che ne costituisce il supporto, in quanto permette di aumentare il tasso di copertura dei costi a carico delle tariffe forfettarie ospedaliere. Essa non neglige tuttavia gli interessi degli assicuratori e degli assicurati in quanto limita le tariffe in funzione del grado di trasparenza dei costi.

³ vedi n° KV 8 (1997) di questa raccolta

⁴ vedi n° KV 16 (1997) di questa raccolta

Non si tratta dunque di un modello contabile che permette di calcolare matematicamente la percentuale ammissibile che può raggiungere il tasso di copertura dei costi in un caso concreto. Questa soluzione costituisce piuttosto un metodo di valutazione della documentazione disponibile affinché sia possibile determinare dove vi è trasparenza sufficiente e dove vi sono lacune. Quest'ultime devono essere prese in considerazione nella determinazione del tasso di copertura dei costi a carico delle tariffe forfetarie ospedaliere.

Ne consegue che anche in assenza di disposizioni concernenti la contabilità analitica, gli ospedali devono dimostrare i loro costi nella misura in cui questi vengono presi in considerazione per la fissazione delle tariffe forfetarie, conformemente al principio generale concernente l'onere della prova (*Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Berna 1983, 2^a ed., pag. 280 segg.*).

Riassumendo, vi è da rilevare che nonostante la momentanea mancanza di disposizioni concernenti il metodo uniforme (contabilità analitica e statistica delle prestazioni) necessarie per l'analisi delle tariffe, gli ospedali devono già oggi presentare una contabilità il più trasparente possibile, in modo da rendere visibili i costi relativi alla divisione comune. Per il calcolo delle tariffe è dunque necessario avere a disposizione documenti che permettano una distinzione chiara tra i costi relativi alla divisione comune e gli altri costi. Più vi è trasparenza nei costi, più il grado di copertura degli stessi si avvicinerà al 100%.

L'interpretazione da parte della ricorrente della giurisprudenza del Consiglio federale in questo ambito non è corretta. In mancanza di una contabilità analitica, il Consiglio federale, nelle sue decisioni, ha sempre fissato un grado di copertura dei costi inferiore al 100%. Questa impostazione, condivisa dalla SP, è dunque conforme alla giurisprudenza attuale. Vi è comunque da precisare che questo margine di sicurezza stabilito dal Consiglio federale non permette ancora di escludere la presa in considerazione di costi non legati alla divisione comune. È dunque possibile che, nonostante la riduzione del grado di copertura dei costi dovuta all'insufficiente trasparenza, le tariffe calcolate dall'autorità siano ancora troppo elevate rispetto alle prestazioni che la LAMal dovrebbe pagare.

Il Consiglio federale, nella fattispecie, ritiene che la trasparenza dei documenti contabili presentati dalla ricorrente non permette certamente di raggiungere il grado di copertura dei costi del 100%. In questo ambito, il Consiglio federale, parallelamente all'analisi delle condizioni presenti nel Cantone Ticino, prende in considerazione anche le situazioni relative alla trasparenza e alla struttura dei costi in altri Cantoni. Il Consiglio federale confronta dunque la trasparenza relativa alle basi di calcolo concernente la clinica X. con quella di altri ricorsi sui quali la presente autorità si è chinata (decisione non pubblicata del Consiglio federale del 5 luglio 2000 concer-

nente la clinica L.; decisione non pubblicata del Consiglio federale del 31 ottobre 2001 concernente la clinica G.; decisione non pubblicata del Consiglio federale del 3 febbraio 1999 concernente gli ospedali F. e M.; decisione non pubblicata del Consiglio federale del 28 settembre 1998 concernente l'ospedale O.; decisione non pubblicata del Consiglio federale del 15 giugno 2001 concernente la clinica U.).

Dal confronto dei risultati scaturiti nelle varie procedure summenzionate è possibile affermare che la qualità della documentazione presentata dalla ricorrente per il calcolo della tariffa è sicuramente peggiore sia rispetto a quanto presentato dagli ospedali F. e M., dove il Consiglio federale aveva fissato un grado di copertura dei costi del 46% (invece del 50% che corrisponde alla massima trasparenza; cfr. art. 49 LAMal), sia rispetto al materiale presentato dalla clinica G. e dall'ospedale O., dove l'autorità federale ha ammesso un grado di copertura del 90%, rispettivamente del 45%. In particolare, vi è da sottolineare che la mancanza di una contabilità per unità finali d'imputazione non permette di evidenziare i costi della divisione comune. Inoltre, la clinica X. non dispone neppure di una contabilità per centri di costo. Nei casi citati in precedenza, il Consiglio federale si è potuto basare su contabilità finanziarie più dettagliate e su informazioni più precise, anche se una contabilità per unità finali d'imputazione non è ancora stata mai presentata da nessun istituto di cure. Il Consiglio federale ha invece fissato un grado di copertura dei costi dell'85% nella sua decisione concernente la clinica L., vista l'assenza di una contabilità finanziaria. La situazione della ricorrente, la quale ha presentato almeno un bilancio dettagliato, oltre ad essere sicuramente migliore rispetto a quest'ultima clinica, è paragonabile a quella della clinica U., decisione nella quale l'autorità federale ha stabilito un grado di copertura dell'88%, per cui la presente autorità non può condividere il valore di 86% a cui è giunta la SP. Il Consiglio federale, sulla base di quanto precede, ritiene più opportuno fissare il grado di copertura dei costi all'88%.

Questo valore non è dunque né fissato in maniera teorica né si basa su una valutazione pregiudiziale priva di qualsiasi motivazione o riferimento concreto. Si tratta piuttosto di un approccio pragmatico e ragionevole, vista la mancanza di una contabilità analitica, conforme alla LAMal. È evidente che allorquando gli istituti di cura riusciranno ad isolare e a provare tutti i costi legati alla divisione comune, il calcolo potrà essere più preciso.

Per quanto concerne la violazione del diritto di essere sentito in relazione alla deduzione operata invocata dalla clinica X., vi è da sottolineare, in primo luogo, che la giurisprudenza del Consiglio federale è chiara per quanto attiene alle finalità della contabilità analitica in ambito LAMal (copertura dei costi della divisione comune). In secondo luogo, la deduzione deve applicarsi ai costi d'esercizio standardizzati fatturabili, in quanto tutte le poste

della contabilità relative ai costi di un istituto concernono sia i costi della divisione comune sia quelli della divisione privata. Il contrario dovrebbe essere provato dalla clinica. In terzo luogo, si ribadisce che la contabilità presentata dalla ricorrente non è trasparente. Una deduzione del 5% come richiesto dalla clinica risulterebbe insufficiente e contraria alla giurisprudenza di questo Consiglio federale, pertanto non può essere accolta.

5.3 La ricorrente contesta la deduzione del 3% dai costi computabili basata sulle differenze a livello di costi tra la divisione comune e le altre divisioni. Dall'elenco dei costi presentato dalla ricorrente non è possibile comprendere quali costi sono legati alla divisione comune e quali alle divisioni privata e semiprivata. Partendo dal principio che un paziente assicurato in divisione privata o semiprivata genera, di regola, maggiori costi di un paziente ricoverato in divisione comune (spazi a disposizione più grandi e/o personale maggiormente a disposizione), ci si può rendere conto di quanto sia importante disporre di una contabilità analitica precisa e dettagliata che possa permettere di calcolare correttamente le tariffe a carico dell'assicurazione malattia, la quale, ricordiamo, è chiamata a coprire unicamente i costi derivanti dalla divisione comune. La SP, nella sua raccomandazione, propone una deduzione del 3% calcolata secondo un metodo che prevede deduzioni crescenti a carico degli istituti di cure secondo l'incidenza dei pazienti in divisione privata e semiprivata (parte di pazienti in divisione privata e semiprivata inferiore a 10%: nessuna deduzione; parte compresa tra 10% e 20%: 1% di deduzione, in seguito 1% di deduzione in più per ogni fetta supplementare di 10% di pazienti, ossia un massimo di 9% di deduzione). Il Consiglio federale ritiene importante precisare che il fatto che un paziente della divisione privata e semiprivata generi più costi di quello in divisione comune è e rimane una presunzione contro la quale, certo, fino ad oggi, non è mai stata apportata la prova del contrario. In quest'ottica, trovandosi di fronte a riduzioni forfettarie normative adottate in mancanza di soluzioni migliori, la presente autorità considera inappropriato rivedere completamente la sua giurisprudenza in assenza di nuovi dati fondati in materia provenienti dalla contabilità analitica. Il Consiglio federale ritiene quindi che l'introduzione del sistema di calcolo presentato dalla SP sia prematuro e abbisogni di ulteriori analisi e verifiche. Allo stato attuale delle conoscenze e tenuto conto del principio della parità di trattamento, il Consiglio federale intende confermare la prassi applicata sino ad oggi, secondo la quale un tasso di pazienti in divisione privata e semiprivata inferiore al 10% non implica nessuna deduzione, un tasso compreso tra il 10% e il 20% provoca una deduzione dell'1% e un tasso superiore ha come conseguenza una deduzione del 2%. In virtù di quanto precede e appurato che la documentazione contabile presentata dalla clinica X. non soddisfa le esigenze di trasparenza dei costi fissate in questo ambito, il Consiglio federale, conformemente alla sua giurisprudenza, decide di applicare alla clinica X. un tasso di riduzione

del 2%. Contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, questa deduzione non si sovrappone a quella di cui al considerando 5.2, la quale è determinata sulla base di una valutazione globale della contabilità dell'ospedale. Con l'applicazione del tasso di riduzione del 2%, il Consiglio federale fa un passo ulteriore, prendendo in considerazione dei dati statistici precisi che permettono di distinguere meglio gli istituti di cure tra di loro e i costi a carico della LAMal. È evidente che due ospedali che presentano una contabilità qualitativamente simile ma che hanno una struttura legata ai loro pazienti (divisione comune, privata e semiprivata) differente, devono essere pure differenziate a livello di costi computabili. Il contrario dovrebbe essere dimostrato dalla ricorrente mediante contabilità analitica, ciò che non è il caso nella fattispecie.

5.4 Per quanto riguarda la ricalcolazione degli stipendi medici, la SP afferma che il conto 30 del conto economico della clinica X. riguarderebbe unicamente gli stipendi dei medici impiegati direttamente dalla clinica, senza quindi comprendere i medici esterni, parte importante del corpo medico della clinica. Nella fattispecie, non sarebbe possibile calcolare una tariffa onnicomprensiva in quanto i costi, che non comprenderebbero gli stipendi di tutti i medici, risulterebbero incompleti. La SP ha quindi ricalcolato gli oneri medici sulla base dei dati contabili 1998 di diversi reparti degli ospedali pubblici del Canton Zurigo (vedi raccomandazione della SP del 13.12.2000, pag. 4 seg.).

5.4.1 Innanzitutto, è d'uopo constatare che il metodo di calcolo proposto dalla SP prende in considerazione esclusivamente i costi di altri ospedali, tralasciando completamente quanto la clinica ha contabilizzato per la remunerazione dei medici. Se è vero che il conto 30 comprende unicamente gli stipendi dei medici impiegati direttamente dalla clinica X., è anche vero che i conti 380 e 381 riguardano gli onorari dei medici esterni. Risulta quindi incomprensibile il fatto di non prendere in considerazione detti conti per il calcolo della tariffa onnicomprensiva nei quali figurano effettivamente gli importi contabilizzati dalla ricorrente e che rispecchiano la realtà economica della clinica, contrariamente ai dati riguardanti gli ospedali pubblici di Zurigo. Inoltre, vi è da tener presente che le tariffe devono essere stabilite secondo le regole dell'economia (art. 43 cpv. 4 LAMal). A partire dal momento in cui sono disponibili i dati effettivi riguardanti i costi dell'ospedale in questione, sarebbe contrario alla legge ignorarli, fissando direttamente la tariffa su una base esclusivamente comparativa. Dei paragoni con le tariffe di altri ospedali sono solamente possibili una volta stabilita la tariffa nel rispetto delle regole in vigore; in particolare, al fine di esaminare il carattere economico delle prestazioni di un ospedale in rapporto a quelle fornite da altri istituti di cure, con la possibilità, se bisogno ce ne fosse, di procedere ad una diminuzione della tariffa (art. 49 cpv. 7 LAMal). In conclusione, la so-

luzione presentata dalla SP avrebbe potuto essere applicata unicamente se non vi fossero stati a disposizione i dati contabili della clinica relativi agli onorari medici, ciò che non è il caso nella fattispecie.

5.4.2 Nella fattispecie, i medici esterni sono stati retribuiti sulla base di tariffari relativi alle prestazioni ambulatoriali. Il Consiglio federale è cosciente che la presa in considerazione del Catalogo delle prestazioni ospedaliere (in seguito: CPO) o del Prontuario delle tariffe mediche (in seguito: Prontuario) per la determinazione degli onorari medici non costituisce la soluzione ideale, dato che gli stessi non remunerano solo l'attività dei medici, ma tengono conto anche di altri costi dell'ospedale o dello studio medico (infrastrutture, personale e materiale). A tal proposito ricordiamo che la collaborazione tra il medico e l'ospedale può rivestire diverse forme, nel senso che il medico può mettere a disposizione dell'istituto la sua sola forza lavoro, utilizzando infrastrutture, personale e materiale forniti dall'ospedale oppure, al contrario, può apportare tutte o parte delle infrastrutture, dovendone quindi sopportare i costi. Cionondimeno, l'impiego dei tariffari ambulatoriali summenzionati per un periodo transitorio è da considerarsi giustificato vista l'assenza, attualmente, di una soluzione migliore.

Nella fattispecie, dall'incarto non emerge nessun elemento che possa indurre ad affermare che i medici esterni debbano essere remunerati per altre prestazioni al di là del loro lavoro (ad es. per l'utilizzo delle loro infrastrutture). Il Consiglio federale, per ovviare nella misura del possibile al problema summenzionato, ritiene necessario operare una deduzione sul totale dei costi stabiliti in applicazione del CPO o del Prontuario per la parte delle prestazioni relative alle infrastrutture, al personale e al materiale presa in considerazione nella tariffa forfettaria ambulatoriale. I costi delle prestazioni delle infrastrutture relative all'attività del medico stipendiato sono già rimborsati direttamente alla clinica attraverso la tariffa forfettaria giornaliera.

Il Consiglio federale ritiene che gli onorari dei medici, contrariamente ai salari, i quali devono figurare nei costi d'esercizio totali prima delle varie deduzioni (vedi cons. 6, costi computabili [netto 1]), nella fattispecie, non debbano essere sottoposti alla deduzione relativa alle sovracapacità in quanto ingiustificata. In effetti, la clinica ricorre normalmente alle prestazioni dei medici esterni unicamente allorquando vi è necessità. Se non vi è necessità non vi sono medici esterni da remunerare e la clinica non deve sopportare costi in questo senso. Per quanto attiene ai costi legati alla formazione e ricerca, vi è da rilevare che i medici stipendiati sono tutti medici assistenti, ragione per la quale responsabili della formazione sono i medici esterni. In questa situazione è dunque giustificato sottoporre gli onorari medici a una deduzione del 2% per ricerca e formazione. Inoltre, gli onorari non sottostanno alla deduzione del 2% per il trattamento di pazienti della divisione semiprivata e privata in quanto versati per il trattamento di pazienti del-

la divisione comune (conto 381 e parte del conto 380); la trasparenza in questo ambito è dunque data. Infine, agli onorari devono essere aggiunti gli interessi sul capitale circolante, ma non il rincaro visto che il valore del punto per le prestazioni ambulatoriali non ne è toccato. Secondo il Consiglio federale questo approccio è inerente al sistema della remunerazione dei medici esterni sulla base di un tariffario ambulatoriale. Nonostante ciò, e tenendo presente quanto detto precedentemente a proposito di tale sistema di remunerazione, la presente autorità è dell'opinione che questa problematica dovrà comunque essere riesaminata in futuro assieme allo studio di un metodo più corretto e idoneo per la retribuzione dei medici esterni.

In assenza di dati precisi concernenti la parte di costi d'infrastruttura, di personale e eventualmente di materiale compresa nella tariffa ambulatoriale, da eliminare dal calcolo della tariffa forfettaria litigiosa, e tenuto conto delle deduzioni e aggiunte di cui al paragrafo precedente, il Consiglio federale decide di effettuare una deduzione forfettaria globale del 12%. I costi computabili relativi agli onorari dei medici sono dunque ridotti in questa proporzione (...). Si tratta di una soluzione semplice giustificata dal suo carattere transitorio. Queste circostanze, combinate con l'assenza di dati chiari, farebbero apparire disproporzionata la ricerca di un risultato più preciso.

5.5 Giustificate risultano essere le deduzioni effettuate dalla SP concernenti i conti 3820–3831, 46, 650–658, 68, 64 e i ricavi da trattamenti ambulatoriali (...). Ricordiamo che la tariffa da calcolare nella fattispecie deve retribuire unicamente le prestazioni ospedaliere e non quelle ambulatoriali, per cui tutto ciò che riguarda il settore ambulatoriale deve essere dedotto dai costi della clinica. Nella fattispecie, la presa in considerazione dei ricavi del settore ambulatoriale è dovuta all'impossibilità di identificarne i costi. (...)

5.6 Il Consiglio federale ha già più volte affermato, riprendendo l'articolo 49 capoverso 1 in fine LAMal, che i costi di un ospedale privato non sovvenzionato dall'ente pubblico derivanti da sovracapacità o da spese di formazione e di ricerca non sono computabili per l'elaborazione della tariffa.

Le spese d'investimento degli ospedali privati non sovvenzionati non sono computabili nella misura in cui, in virtù di leggi cantonali o comunali, esse risultano a carico della collettività. Vi è dunque una differenza rispetto agli ospedali pubblici o sovvenzionati dall'ente pubblico, i quali, per il calcolo della tariffa, devono dedurre le spese d'investimento (v. decisione 5 luglio 2000, cons. 8.2 e la giurisprudenza citata).

5.6.1 Secondo l'articolo 49 capoverso 1 in fine LAMal, la quota delle spese di gestione derivanti dalla sovracapacità non sono dunque computate. Non vi è motivo per mettere tali spese a carico dell'assicurazione malattie. In situazione di concorrenza, un'offerta di letti ospedalieri superiore alla domanda farebbe diminuire le tariffe o le capacità dell'istituto di cura. Le so-

vracapacità possono avere come effetto dei prolungamenti temporali non giustificati dal punto di vista medico dei soggiorni ospedalieri. In presenza di sovracapacità è necessario quindi apportare ai costi computabili dei correttivi, i quali si concretizzano mediante un tasso d'occupazione minimo (RAMI 6/1997, pag. 388⁵).

La Sorveglianza dei prezzi è dell'avviso che per gli ospedali senza un reparto di pronto soccorso, come la clinica X., un grado d'occupazione dei letti minimo del 90% sia più che giustificato. La ricorrente contesta l'applicazione di questo valore e dichiara che la clinica eserciterebbe un servizio d'emergenza. A questo proposito, la SP ricorda che sarebbe necessario fare la distinzione tra servizio d'emergenza e pronto soccorso, essendo le due nozioni differenti. Il CdS afferma che la clinica X. non disporrebbe di un pronto soccorso per l'applicazione del tasso dell'85%, vista la mancanza di un reparto di cure intense riconosciute SSMI. L'UFAS, basandosi sulla statistica ospedaliera 1998, precisa che presso la clinica X. vi sarebbero medici di guardia ma non medici «in casa». Inoltre, il pronto soccorso della stessa sarebbe classificato quale pronto soccorso per urgenze minori, come in altre cliniche del Cantone. Un pronto soccorso per tutte le urgenze esisterebbe invece solamente presso gli ospedali regionali di Lugano, Bellinzona, Mendrisio, Locarno, e per gli ospedali di zona di Faido e Acquarossa.

Il Consiglio federale condivide le osservazioni effettuate dall'UFAS, confermando che un pronto soccorso per il trattamento di tutte le urgenze come inteso dalla giurisprudenza di questa autorità esiste solamente negli ospedali summenzionati. Da rilevare che l'esistenza di un servizio di cure intense, come affermato dal CdS, non ha nessuna incidenza in questo ambito. Dette cure, semmai ce ne fosse bisogno, costituirebbero uno stadio posteriore alle cure fornite dal servizio di pronto soccorso. Questa autorità conferma dunque la correttezza del valore utilizzato dalla SP. (...)

5.6.2 Le spese di formazione e ricerca non possono essere messe a carico dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie (art.49 cpv. 1 LAMal). Una deduzione per spese di formazione e di ricerca è sempre da operarsi quando in un ospedale vi è del personale parzialmente o totalmente attivo nella formazione o nella ricerca, attività che devono essere regolate nell'elenco degli obblighi. I costi in questione devono sistematicamente essere dimostrati. Solo i costi effettivi possono essere dedotti. Se questi non possono essere determinati, il Consiglio federale considera il tasso raccomandato dalla Sorveglianza dei prezzi come giustificato (v. RAMI 1997, pag. 360 e pag. 387⁶).

⁵ vedi n° KV 17 (1997) di questa raccolta

⁶ vedi n° KV 16 et 17 (1997) di questa raccolta

La ricorrente dichiara che all'interno della clinica non verrebbero svolte né attività di ricerca né d'insegnamento. Questa situazione sarebbe confermata dai contratti e mansionari di tutto il personale. D'altro avviso è la SP, la quale afferma che sarebbe stata la clinica X. stessa, nel suo calcolo della tariffa 2000 (v. allegato 5 alla lettera del 1.12.2000 della ricorrente all'IAS), ad aver dedotto (...) costi di formazione e ricerca. L'UFAS riprende quest'ultima affermazione e dichiara che, avendo la ricorrente in pratica riconosciuto le attività in questione, in assenza di trasparenza dei costi, sarebbe stata operata la deduzione normativa conformemente alla prassi del Consiglio federale. Egli aggiunge che da un'inchiesta effettuata nel 1995 (v. Risultati inchiesta LAMal: statistiche 1995, appendice 2 alla Pianificazione ospedaliera e elenco degli stabilimenti sanitari del 16. 12. 1997, pag. 19 segg.), si constatarebbe l'esistenza di una richiesta di riconoscimento per formazione FMH in medicina interna. Inoltre, sarebbe stato possibile seguire una formazione infermieristica in cure generali e igiene mentale, nonché una formazione per laborantine e tecnico di radiologia. A tutto ciò si aggiungerebbe pure l'organizzazione di corsi interni, la possibilità di partecipare a corsi esterni e la pubblicazione, nel 1995, da parte di tre medici attivi nella clinica.

La presente autorità ha avuto modo di visionare il contratto tipo d'impiego (stato al 5. 12. 2000) e le direttive (stato al 21. 7. 1999) per medici assistenti. Il primo, al punto 14 relativo alla formazione, prevede che «all'assistente viene garantita la formazione professionale pratico-teorico secondo un programma specifico dato dai medici responsabili per la formazione. Compatibilmente con le esigenze del servizio l'assistente può completare la sua formazione partecipando a corsi di formazione». Le seconde, al punto 8.2, prevedono che «se le esigenze di servizio lo permettono l'assistente, previa autorizzazione, può partecipare a corsi di formazione sia interni che esterni». Da quanto precede, vi è da concludere che la clinica X., anche se i documenti citati riguardano unicamente i medici assistenti, ha dei costi legati alla formazione, ragione per la quale una riduzione dei costi computabili è necessaria.

Siccome dai documenti contabili forniti dalla ricorrente non è possibile evincere l'importo dei costi legati alla formazione, il Consiglio federale decide, conformemente alla sua giurisprudenza riguardante gli ospedali con più di 75 letti, di applicare un tasso normativo del 2% dei costi del personale (...).

...

5.7 Gli interessi sul capitale circolante fanno parte dei costi computabili (v. decisione non pubblicata del Consiglio federale del 10 maggio 2000 concernente la tariffa della tomografia per risonanza magnetica nel Canton Sciafusa, pag. 28, cons. 7.2.2; RAMI 6/1997, pag. 343 segg., cons. 8.6⁷). Nella fat-

⁷ vedi n° KV 16 (1997) di questa raccolta

tispecie, il Consiglio federale prende in considerazione un tasso d'interesse medio del 3,31% (media dei tassi d'interesse applicati alle obbligazioni di emittenti pubblici per il 1999) e un termine di pagamento di 40 giorni, ottenendo un tasso d'interesse del 0,36%. Il valore applicato dalla SP e ripreso dall'autorità cantonale è quindi corretto. (...)

5.8 Secondo l'articolo 46 capoverso 4 seconda frase LAMal, l'autorità che approva una convenzione ne verifica la conformità alla legge e ai principi di equità e di economicità. Un mezzo utile per il controllo dell'economicità di un istituto di cure è costituito dallo studio comparativo delle gestioni ospedaliere, approccio che il legislatore ha previsto all'articolo 49 capoverso 7 LAMal. Quindi, per la definizione di una tariffa, oltre a prendere in considerazione i costi computabili di un ospedale, bisognerebbe ancora verificarne il grado d'efficienza. Fino ad oggi questa seconda tappa non è mai stata affrontata né dalle parti alle convenzioni né dalle autorità cantonali e federali. La ragione essenziale risiede nella mancanza di documentazione e informazioni necessarie, e quindi nella difficoltà di comparare gli ospedali. Infatti, solo potrebbero essere paragonati ospedali simili. La SP ha iniziato ad affrontare questa seconda tappa soprattutto con l'analisi delle tariffe 2001. Nella fattispecie, la SP è giunta alla conclusione che i costi d'esercizio standardizzati da lei calcolati sarebbero giustificati, per cui non ha operato nessuna correzione per ineconomicità.

Il Consiglio federale è cosciente delle esigenze della LAMal e dell'importanza di un'analisi dell'efficienza basata sul confronto tra istituti di cura. Si tiene però a precisare che, tenuto conto dello sviluppo recente della prassi in questione e dell'insufficienza perlomeno parziale e/o temporale dei dati di paragone, il Consiglio federale esaminerà in avvenire in maniera critica il metodo applicato dalla SP, soprattutto dal punto di vista della plausibilità dei risultati. L'esame dell'opportunità dell'introduzione di un controllo dell'economicità è pure riservato. Nella fattispecie, visto che in pratica nessuna correzione per ineconomicità è stata effettuata, la presente autorità non intende approfondire oltre la questione.

...

Nonostante il risultato qui ottenuto il Consiglio federale intende confermare la tariffa di fr. 490.– fissata dal CdS mediante il DE, e questo per i seguenti motivi. In primo luogo, vi è da rilevare che la correzione dell'importo tariffale verso il basso qui operata è dovuta, in pratica, alla modifica del calcolo degli oneri medici (stipendi e onorari) effettuato dalla SP e ripreso dal CdS. Né la ricorrente né le altre parti alla procedura hanno contestato detto calcolo. In secondo luogo, il fatto di dover stabilire la tariffa prendendo in considerazione importi (stipendi e onorari) calcolati su basi differenti (mensilità fisse e importi calcolati sulla base del CPO o del Prontuario) co-

stituisce una situazione particolare che non deve qui condurre, vista la differenza tra gli importi, ad una severità eccessiva. Infine, la stretta applicazione della tariffa di fr. 487.05 necessiterebbe la revisione di tutte le fatture pagate dagli assicuratori malattia ai fornitori di prestazioni, con delle complicazioni e degli oneri amministrativi importanti e sproporzionati.

Visto quanto precede, il ricorso è respinto. È confermato il decreto esecutivo del 21 marzo 2001 emanato dal Consiglio di Stato del cantone Ticino.

...

Fissazione della tariffa applicabile nell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie per degenze presso un istituto di cura privato

KV 247 Decisione del Consiglio federale del 18 dicembre 2002 nella causa Fondazione Cardiocentro Ticino (FCCT) e Federazione ticinese degli assicuratori malattia (FTAM) contro il Consiglio di Stato del Cantone Ticino

L'articolo 47 capoverso 1 LAMal prevede la competenza del CdS per fissare le tariffe in caso di disaccordo tra assicuratori malattia e fornitori di prestazioni. Il legislatore ha voluto questa situazione, per cui il problema dell'obbligo di ricusarsi del Consiglio di Stato o di singoli Consiglieri di Stato per principio non si pone (cons. II. 2).

La concessione ad un istituto di un sussidio ai costi di gestione quale contributo straordinario e una tantum non implica la creazione di una realtà giuridica irrevocabile e non permette di considerarlo in seguito come un ospedale privato sussidiato dall'ente pubblico (cons. II. 5.3.1).

Essendo previste delle controprestazioni, non si può dedurre alcun sussidio dalla concessione di un diritto di superficie da parte di un ente pubblico (cons. II. 5.3.2).

Il fatto che un istituto privato non può funzionare senza la reciproca fornitura di prestazioni con un istituto pubblico non significa che esso sia sussidiato (cons. II. 5.3.3).

Il trasferimento di posti letto da un istituto pubblico ad uno privato per ragioni economiche e di efficienza non corrisponde automaticamente ad una privatizzazione abusiva per meri scopi tariffali (cons. II. 5.4).

Per la determinazione della tariffa devono essere presi in considerazione, di regola, i costi o dati contabili effettivi più recenti disponibili (cons. II. 6.1)

Gli oneri d'investimento tendenti unicamente a ricostituire il capitale di donazione non possono essere messi a carico dell'assicurazione malattia obbligatoria (cons. II. 6.5.3).

La pianificazione in vigore deve essere rispettata. È quindi ragionevole ridurre i costi computabili per l'utilizzo di un numero di letti superiore a quanto previsto nella pianificazione (cons. II. 6.7).

In virtù del diritto federale, i governi cantonali non sono obbligati a fissare una scadenza di validità delle tariffe (cons. II. 6.8.2).

Artikel 47 Absatz 1 KVG sieht als Tariffestsetzungsbehörde die Kantonsregierung vor, wenn sich die Krankenversicherer und die Leistungserbringer nicht auf einen Tarif einigen. Diese Situation ist vom Gesetzgeber gewollt, womit sich die Frage der Ausstandspflicht des Staatsrates oder einzelner Staatsräte grundsätzlich nicht stellt (Erw. II. 2).

Die Zahlung von Subventionen an die Betriebskosten einer Einrichtung als einmaliger und ausserordentlicher Beitrag bedeutet nicht die Schaffung einer endgültigen juristischen Realität und erlaubt nicht, die Einrichtung im Anschluss als öffentlich subventioniertes Privatspital zu berücksichtigen (Erw. II. 5.3.1.).

Von der Konzession eines Baurechtes durch die öffentliche Hand darf keine Subvention entnommen werden, indem Gegenleistungen vorgesehen sind (Erw. II. 5.3.2).

Die Tatsache, dass eine Privateinrichtung ohne die gegenseitige Leistungserbringung mit einer öffentlichen Einrichtung nicht betrieben werden kann, hat nicht zur Folge, dass erstere als subventioniert gilt (Erw. II. 5.3.3).

Die Verlagerung von Bettenkapazitäten von einer öffentlichen zu einer privaten Einrichtung aus Effizienz- und Wirtschaftsgründen entspricht nicht automatisch einer unzulässigen Privatisierung aus reinen Tarifzwecken (Erw. II. 5.4).

Für die Tariffestsetzung sind grundsätzlich die aktuellsten verfügbaren effektiven Kosten oder buchhalterischen Angaben zu berücksichtigen (Erw. II. 6.1).

Investitionskosten, die ausschliesslich der Wiederherstellung des Schenkungskapitals dienen, dürfen der obligatorischen Krankenversicherung nicht in Rechnung gestellt werden (Erw. II. 6.5.3).

Die geltende Spitalplanung ist zu beachten. Es ist daher angemessen, die anrechenbaren Kosten infolge der Beanspruchung einer höheren Anzahl von Betten als derjenigen, die in der Spitalplanung vorgesehen ist, zu reduzieren (Erw. II. 6.7).

Das Bundesrecht verpflichtet die Kantonsregierungen nicht, eine Frist für die Gültigkeit der Tarife festzusetzen (Erw. II. 6.8.2).

L'art. 47, al. 1, LAMal prévoit la compétence du gouvernement cantonal pour fixer le tarif si les assureurs-maladie et les fournisseurs de prestations ne parviennent pas à un accord. Cette situation est voulue par le législateur, si bien que la question de l'obligation de se récuser pour le Conseil d'Etat ou des conseillers d'Etat pris individuellement ne se pose en principe pas (cons. II 2.).

Le versement à une institution de subventions pour les coûts d'exploitation sous la forme d'une contribution unique et extraordinaire n'implique pas la création d'une réalité juridique irrévocable et ne permet pas de considérer cette institution par la suite comme un hôpital privé subventionné par les pouvoirs publics (cons. II. 5.3.1).

Si des contre-prestations sont prévues, aucune subvention ne peut être déduite de la concession d'un droit de superficie par les pouvoirs publics (cons. II. 5.3.2).

Le fait qu'une institution privée ne puisse pas fonctionner sans la fourniture réciproque de prestations avec une institution publique ne signifie pas que celle-là soit subventionnée (cons. II. 5.3.3).

Le transfert de capacités en lits d'une institution publique à une institution privée pour des raisons économiques et d'efficacité ne correspond pas automatiquement à une privatisation abusive pour des raisons uniquement d'ordre tarifaire (cons. II. 5.4).

Pour la fixation du tarif doivent être pris en considération, en règle générale, les coûts ou les données comptables effectifs les plus récents disponibles (cons. II. 6.1).

Les charges d'investissement qui tendent uniquement à reconstituer le capital de la donation ne peuvent pas être mises à la charge de l'assurance-maladie obligatoire (cons. II. 6.5.3).

La planification en vigueur doit être respectée. Il est donc approprié de réduire les coûts imputables en raison de l'utilisation d'un nombre de lits supérieur à celui qui est prévu dans la planification (cons. II. 6.7).

Sur la base du droit fédéral, les gouvernements cantonaux ne sont pas tenus de fixer une échéance de validité des tarifs (cons. II. 6.8.2).

I.

Riassunto– *Übersicht* – Condensé

Il 19 giugno 2001 il CdS, in seguito alla mancata conclusione di una convenzione tariffale tra la FTAM e il Cardiocentro Ticino (CCT), ha emanato un decreto esecutivo (DE) fissando le tariffe valevoli a partire dal 1° luglio 2000 presso il CCT. Quest'ultimo, in data 24 luglio 2001, ha interposto ricorso contro il DE, concludendo al suo annullamento e alla fissazione di tariffe più elevate. La ricorrente pretende che nei costi computabili vengano presi in considerazione tutti gli oneri d'investimento. Essa contesta inoltre la riduzione del 5 % operata dal CdS a causa del sovrautilizzo di letti constatato presso la clinica. In data 6 agosto 2001 la FTAM ha pure interposto ricorso contro il DE, chiedendone l'annullamento. Essa chiede, innanzitutto, la

ricusazione del CdS in quanto parte interessata nella vicenda. Inoltre, le tariffe dovrebbero essere ridotte della metà, ritenuto che il CCT dovrebbe essere trattato come un istituto di cure privato sussidiato dal Cantone. Le tariffe dovrebbero pure essere ridotte del 10% visto l'alto tasso d'occupazione dei letti. Il CCT non rispetterebbe quindi la pianificazione ospedaliera, la quale attribuirebbe alla medesima 20 letti.

Nachdem zwischen der FTAM und dem Cardiocentro (CCT) kein Tarifvertrag zustande gekommen war, setzte der Staatsrat am 19. Juni 2001 die ab dem 1. Juli 2000 im CCT anwendbaren Tarife fest. Das CCT erhob am 24. Juli 2001 gegen den Beschluss des Staatsrates Beschwerde und beantragt dessen Aufhebung sowie die Festsetzung von höheren Tarifen. Das CCT verlangt, dass bei den anrechenbaren Kosten alle Investitionen berücksichtigt werden. Des Weiteren bestreitet es den vom Staatsrat vorgenommenen Abzug von 5% wegen der höheren Bettenauslastung der Klinik als in der Spitalplanung vorgesehen. Am 6. August 2001 hat auch die FTAM gegen den Beschluss Beschwerde eingelegt und dessen Aufhebung verlangt. Sie verlangt in erster Linie den Ausstand des Staatsrates, weil er in dieser Angelegenheit eigene Interessen habe. Im Übrigen seien die Tarife um die Hälfte zu reduzieren, weil das CCT als eine öffentlich subventionierte Einrichtung anzusehen sei. Die Tarife seien daher angesichts der hohen Bettenauslastung um 10% zu reduzieren. Das CCT halte sich nicht an die Spitalplanung, welche ihm im Durchschnitt 20 Betten zugestehe.

Aucune convention n'ayant pu être conclue entre la FTAM et le Cardiocentro (CCT), le Conseil d'Etat a fixé, par arrêté du 19 juin 2001, les tarifs applicables au CCT à compter du 1^{er} juillet 2000. Le CCT a recouru en date du 24 juillet 2000 contre l'arrêté précité du Conseil d'Etat, concluant à son annulation et à la fixation de tarifs plus élevés. Le CCT demande que tous les investissements soient pris en compte dans les coûts imputables. Par ailleurs, il conteste la réduction de 5% effectuée par le Conseil d'Etat au motif que le taux d'occupation des lits de la clinique est plus élevé que celui prévu dans la planification hospitalière. La FTAM a également recouru le 6 août 2001 contre l'arrêté et demandé son annulation. Elle exige en premier lieu la récusation du Conseil d'Etat, parce qu'il défend ses propres intérêts dans cette affaire. En outre, les tarifs devraient être réduits de moitié, car le CCT doit être considéré comme un établissement public subventionné par le canton. Une réduction des tarifs de 10% s'imposerait aussi au regard du taux élevé d'occupation des lits. Le CCT ne s'en tiendrait pas à la planification hospitalière, qui lui accorde une moyenne de 20 lits.

II.

Il Consiglio federale ha respinto il ricorso della FTAM e parzialmente accolto quello della FCCT per i motivi seguenti:

...

2. Ricusazione del CdS

2.1 La FTAM ritiene che il CdS sia parte interessata e prevenuta nella vicenda. L'articolo 10 PA stabilirebbe il dovere di ricusazione dell'organo decisionale prevenuto. Questa disposizione sarebbe inoltre da interpretare alla luce degli articoli 8, 29 e 30 Cost. e 6 par. 1 CEDU. Per costante giurisprudenza, a fondare il dubbio di parzialità basterebbero circostanze obiettivamente idonee a suscitare l'apparenza di una prevenzione e a far sorgere un rischio di parzialità. Il CdS avrebbe emanato una decisione in una causa propria, per cui non avrebbe la qualità di una giurisdizione indipendente e imparziale. (...) Il CdS afferma che l'obbligo d'astensione non si applicherebbe all'emanazione del DE in quanto frutto dell'attività legislativa del CdS. L'articolo 47 LAMal sarebbe comunque chiaro e inequivocabile. Si dovesse considerare l'emanazione del DE un atto amministrativo, allora il tutto dovrebbe essere regolato dall'articolo 32 capoverso 4 LPamm. Secondo la FCCT, accettare la tesi della FTAM vorrebbe dire bloccare l'attività del CdS, in questo caso chiaramente regolata dall'articolo 47 LAMal. Gli articoli 30 Cost. e 6 par. 1 CEDU non sarebbero applicabili in quanto il CdS, nella fattispecie, avrebbe agito quale autorità amministrativa e non giudiziaria. L'articolo 10 PA, inoltre, sarebbe applicabile unicamente agli amministratori pubblici personalmente e non agli organi amministrativi in sé.

2.2 Secondo l'articolo 47 capoverso 1 LAMal, in assenza di una convenzione tariffale tra fornitori di prestazioni e assicuratori, il governo cantonale stabilisce la tariffa. Questa competenza attribuita al governo cantonale può essere effettivamente fonte di potenziali conflitti d'interessi, soprattutto se si pensa al doppio ruolo del governo: quello di autorità che fissa le tariffe e quello di finanziatore degli ospedali. Più precisamente, la mano pubblica deve intervenire a coprire almeno il 50% dei costi fatturabili relativi alle cure stazionarie fornite negli ospedali pubblici o sussidiati dall'ente pubblico (art. 49 cpv. 1 LAMal). Visto tale obbligo, i Cantoni, come d'altronde gli assicuratori malattia per la loro parte, hanno certamente interesse a che i costi per le cure siano, nella misura del possibile, il più contenuti possibile, in modo da contenere ugualmente i costi computabili. Ma quando si tratta di stabilire la ripartizione dei costi computabili tra Cantone e assicuratori, il governo cantonale può avere un interesse di parte nel fissare le tariffe e cercare di preservare le finanze pubbliche. Il governo cantonale, in mancanza di una convenzione tariffale, si ritrova dunque, per volontà della legge, con una doppia funzione: da un lato, esso deve fissare le tariffe e, d'altro lato, deve decidere della ripartizione dei costi tra il Cantone e gli assicuratori ma-

lattia. Ebbene, questo Consiglio federale non può che costatare quanto previsto dall'articolo 47 LAMal. In virtù di questa disposizione, il problema dell'obbligo di ricusarsi del CdS o di singoli Consiglieri di Stato invocabile in relazione ad un possibile conflitto d'interessi per principio non si pone (cfr. decisione non pubblicata del Consiglio federale del 6 novembre 2002 concernente il Cantone Basilea Città). Sulla base di quanto precede si deve pure concludere che un membro del governo cantonale non deve astenersi dall'esercitare la sua funzione pubblica unicamente perché, in qualità di direttore del dipartimento rappresentante gli ospedali pubblici, implicato direttamente o indirettamente nelle trattative tariffali con gli assicuratori malattia. (...)

...

5. Statuto giuridico del CCT

Secondo la FTAM il CCT dovrebbe essere considerato un istituto di cura privato sovvenzionato dall'ente pubblico, per cui, in virtù dell'articolo 49 capoverso 1 LAMal, le tariffe dovrebbero coprire al massimo il 50% dei costi fatturabili, contrariamente a quanto stabilito dal CdS nel DE. La presente autorità analizzerà quindi la questione a sapere se il CCT, nei fatti, è un istituto di cure sovvenzionato dal Cantone oppure no.

5.1 Innanzitutto, è necessario ricordare brevemente la cronistoria legata alla creazione del CCT.

Nel settembre 1991, in occasione dell'aggiornamento della pianificazione ospedaliera ticinese, l'EOC propone al Gran Consiglio della Repubblica e Cantone Ticino (in seguito: GC) di creare un servizio cantonale di cardiocirurgia. Constatata l'eco positiva, il CdS, in data 7 giugno 1995, sottopone al GC un messaggio (in seguito: Messaggio 7 giugno 1995) con il quale viene proposta l'autorizzazione per procedere alla progettazione di un servizio di cardiocirurgia di circa 10 posti letto presso l'ORL, il quale disponeva già di un servizio di cardiologia invasiva. Il 20 dicembre 1995 il CdS, su richiesta dell'EOC, decide di ritirare il Messaggio 7 giugno 1995 e questo a causa delle rivendicazioni dell'Ospedale regionale di Bellinzona, della modifica del quadro finanziario del Cantone e delle offerte private. Fra queste spicca in particolare quella della FCCT, la quale dispone di un capitale iniziale di fr. 30 milioni donato dal Dottor Eduard Zwick, un anziano medico germanico, residente in Svizzera dal 1981 e da tempo paziente del servizio cardiologico cantonale. Interessata a questa offerta l'EOC, in data 15 dicembre 1995, si dichiara disposto a concedere alla FCCT un diritto di superficie sul terreno situato accanto all'ORL per la costruzione del futuro CCT. In base al contratto del 27 settembre 1996, l'EOC concede alla FCCT un diritto di superficie della durata di 25 anni. Alla scadenza del contratto, l'EOC può chiedere la devoluzione gratuita della costruzione con le relative attrezzature oppure la retrocessione del terreno libero da costruzioni. In virtù del con-

tratto, la FCCT limita la sua attività ai settori della cardiocirurgia e della cardiologia invasiva rinunciando all'istituzione di reparti o servizi concorrenti rispetto all'ORL. Essa deve avvalersi in particolare dei servizi logistici e tecnomedici dell'ORL secondo tariffe da concordare. Nel mese di settembre del 1997 inizia la costruzione del CCT. Il decreto esecutivo del 17 dicembre 1997 concernente la pianificazione ospedaliera ticinese riconosce al CCT 20 posti letto, 10 dei quali trasferiti dall'ORL. In data 19 gennaio 1998 la FTAM interpone ricorso contro il decreto summenzionato al Consiglio federale. L'apertura del CCT è previsto per il 1° luglio 1999. Il ricorso in questione non può essere evaso per tale data per cui il medesimo, e tenuto conto dell'articolo 101 capoverso 2 LAMal, impedisce al CCT di iniziare ad esercitare a carico della LAMal. Dichiaratasi la FTAM pronta a coprire unicamente una parte dei costi del CCT, la FCCT domanda al Cantone una partecipazione finanziaria durante un periodo di tempo limitato, ossia fino alla definitiva entrata in vigore della pianificazione ospedaliera del dicembre 1997. Con decreto legislativo del 29 novembre 1999 il Gran Consiglio ticinese concede al CCT, quale contributo straordinario e una tantum, un sussidio ai costi di gestione il cui importo massimo ammonta a fr. 6 600 000.– limitato al primo anno di esercizio (1.7.1999–30.6.2000). Non essendovi stato un accordo tariffale tra le parti per il periodo a partire dal 1° luglio 2000, il CdS, il 19 giugno 2001, emana il DE qui contestato da entrambe le parti.

5.2 L'articolo 49 capoverso 1 LAMal prevede che per la remunerazione della cura ospedaliera, compresa la degenza ospedaliera (art. 39 cpv. 1), le parti alla convenzione stabiliscono importi forfettari. Questi coprono, per gli abitanti del Cantone, al massimo il 50% dei costi fatturabili per paziente o gruppo d'assicurati nel reparto comune d'ospedali pubblici o sussidiati dall'ente pubblico. I costi fatturabili sono calcolati alla stipulazione della convenzione. Non sono computate la quota delle spese di gestione derivanti dalla sovracapacità, le spese d'investimento, di formazione e di ricerca. In una decisione di principio, il Consiglio federale ha affermato che la regola del 50% si applica unicamente agli istituti di cura pubblici o sovvenzionati dall'ente pubblico, e non alle cliniche private non sovvenzionate (RAMI 4/1997, pag. 220 segg.¹). Le tariffe forfettarie applicate in questi istituti possono, a determinate condizioni, coprire tutti i costi fatturabili. Queste disposizioni si applicano ugualmente allorquando il governo cantonale è chiamato a fissare una tariffa in assenza di una convenzione (art. 47 cpv. 1 LAMal).

Un ospedale privato è da considerarsi sussidiato dall'ente pubblico allorquando il Cantone di sede gli elargisce sussidi d'esercizio in virtù del diritto cantonale. Se i sussidi concernono unicamente le spese d'investimento, l'ospedale non è considerato sussidiato dall'ente pubblico ai sensi dell'articolo 49 capoverso 1 seconda frase LAMal (v. RAMI 4/1997, pag. 236, cons. 7.2²; deci-

¹ vedi n° KV 8 (1997) di questa raccolta

² vedi n° KV 8 (1997) di questa raccolta

sione non pubblicata del Consiglio federale dell'8 aprile 1998 concernente la clinica V., pag. 12, cons. 4.1). I sussidi d'esercizio possono essere previsti sia da una legge che da un contratto (v. decisione non pubblicata del Consiglio federale del 5 luglio 2000 concernente la clinica L., pag. 16, cons. 5.1).

Il Consiglio federale ha ugualmente avuto modo di affermare che i Cantoni non hanno nessun obbligo di subsidiare gli ospedali (v. RAMI 4/1997, pag. 233, cons. 6.2³; decisione non pubblicata del Consiglio federale del 5 luglio 2000 concernente la clinica L., pag. 19, cons. 5.3).

5.3.1 La FTAM ritiene che il sussidio elargito dal Cantone per il primo anno di attività avrebbe creato una realtà giuridica irrevocabile. Se non fosse scoppiato lo scandalo *Zwick*, il Cantone avrebbe continuato a sovvenzionare il CCT anche dopo il 30 giugno 2000.

La presente autorità ha avuto modo di visionare il Messaggio governativo, il rapporto della Commissione della gestione e delle finanze relativo al Messaggio governativo e il decreto legislativo del 29 novembre 1999 del Gran Consiglio ticinese concernente il sussidiamento straordinario del CCT (in seguito: DL). Orbene, da tali documenti risulta chiara e inequivocabile la volontà del Cantone di concedere all'istituto un sussidio ai costi di gestione quale contributo straordinario e una tantum al fine di permetterne la messa in esercizio tempestiva (cfr. in particolare gli art. 1 e 5 DL). Contrariamente a quanto affermato dalla FTAM, si è trattato dunque di una situazione temporanea di cui tutte le parti in causa erano o dovevano essere ben coscienti. Gli atti dell'incarto non permettono di giungere a conclusioni differenti. Da respingere fermamente l'argomentazione legata alla creazione di una realtà giuridica irrevocabile. Questo intervento straordinario del Cantone non permette in ogni caso di considerare il CCT, a partire dal 1° luglio 2000, come un ospedale privato sussidiato dall'ente pubblico.

5.3.2 La FTAM sostiene che il Cantone sussidierebbe il CCT in vari modi, facendo sostanzialmente riferimento al contratto di costituzione di diritto di superficie concluso tra l'EOC e la FCCT il 27 settembre 1996 (in seguito: contratto 27 settembre 1996).

Il contratto in questione prevede la concessione alla FCCT da parte dell'EOC di un diritto di superficie ai sensi degli articoli 675 e 779 segg. del Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (CC; RS 210) sul mappale 727 RFD di Lugano, terreno adiacente al fondo sul quale si trova l'ORL, per la costruzione del CCT (punto 1). Tale diritto ha una durata di 25 anni a partire dalla sua iscrizione a Registro fondiario (punto 2). Al punto 3 del contratto le parti prevedono in particolare che alla scadenza del diritto di superficie l'EOC potrà chiedere la devoluzione gratuita della costruzione con

³ vedi n° KV 8 (1997) di questa raccolta

le relative attrezzature oppure la retrocessione del terreno libero da costruzioni. A titolo di controprestazione, la FCCT, in sostanza, si impegna a mettere a disposizione dell'ORL tutta una serie di suoi locali e a costruire il CCT di modo che lo stesso, in un futuro, possa essere sopraelevato. Il CCT dovrà inoltre inserirsi in maniera funzionale e armoniosa rispetto all'ORL. Infine, al punto 6 del contratto è previsto che la FCCT «limita la sua attività ai settori della cardiocirurgia e della cardiologia, in particolare invasiva, rinunciando all'istituzione di reparti o servizi concorrenti rispetto all'Ospedale civico. Essa si avvarrà in particolare dei servizi logistici, tecnomedici e medici dell'Ospedale civico secondo tariffe da concordare. L'EOC, per quanto di sua pertinenza, si impegna a non istituire propri servizi di cardiocirurgia e di cardiologia invasiva per un periodo di 10 anni salvo che sia dimostrato un bisogno oggettivamente fondato (...)»

Il diritto di superficie è la servitù in virtù della quale una persona ha la facoltà di avere o fare delle costruzioni sopra o sotto la superficie del suolo (v. art. 779 segg. CC e DTF 111 II 236). Esso è generalmente accordato in cambio di una controprestazione, la quale può consistere in un versamento unico oppure, situazione più frequente, nel versamento di annualità o altri importi periodici (cfr. *Paul-Henri Steinauer*, *Les droits réels*, Tomo III, Berna 1992, n° 2545). Come previsto dall'articolo 779c CC, all'estinzione del diritto di superficie, le costruzioni sono devolute al proprietario del fondo, di cui diventano parti costitutive. Tutto ciò non avviene comunque gratuitamente, ma il proprietario deve versare al superficiario una equa indennità (v. art. 779d CC; cfr. *Steinauer*, op. cit., n° 2560). Nella fattispecie, la FTAM ritiene che il diritto di superficie sarebbe stato concesso alla FCCT gratuitamente. La presente autorità non può condividere questa affermazione in quanto il contratto in questione, come appurato precedentemente, prevede chiaramente delle controprestazioni da parte della FCCT. In particolare, la messa a disposizione di locali del CCT, l'utilizzo dei servizi logistici, tecnomedici e medici dell'ORL e la devoluzione della costruzione con le relative attrezzature dopo 25 anni costituiscono la controprestazione del diritto di superficie in questione. La FCCT quindi, invece di versare delle annualità, fornisce altre prestazioni all'EOC. In sostanza, senza voler comunque dimenticare gli altri punti del contratto, l'EOC non riceve le annualità normalmente legate a un diritto di superficie e la FCCT non riceverà l'equa indennità prevista dall'articolo 779d CC alla scadenza del diritto. Al di là delle possibili differenti valutazioni relative al valore oggettivo delle varie prestazioni previste in un contratto, non è possibile affermare nella fattispecie che il diritto di superficie sia stato dunque concesso gratuitamente. Dal contratto 27 settembre 1996 non è quindi possibile dedurre alcunché sussidio in favore del CCT.

5.3.3 In seguito alle osservazioni finali fornite dalle parti, la presente autorità ha ritenuto necessario approfondire la questione relativa ai legami strut-

turali, funzionali e contrattuali esistenti tra il CCT e l'ORL. Specifiche domande sono dunque state poste alle parti al fine di delineare il grado d'interdipendenza dei due istituti e la regolamentazione tariffale alla base dei loro rapporti. Dalle risposte ottenute, questa autorità è venuta a conoscenza dell'esistenza della convenzione 12 maggio 2000 (v. cons. I.15) la quale disciplina la reciproca fornitura di prestazioni tra i due nosocomi. L'UFG ha quindi posto ulteriori domande relative al contenuto della suddetta convenzione in relazione alla contabilità presentata dalla FCCT. Lo stesso, oltre che controllare gli importi tariffali legati alle varie prestazioni, ha voluto di fatto verificarne la corretta applicazione. Pur non ottenendo tutte le informazioni richieste, l'UFG ha sottoposto quanto ricevuto alla SP, la quale ha dichiarato in pratica non vedere anomalie nell'applicazione della convenzione in questione. La medesima non ha formulato obiezioni o critiche per quanto riguarda gli importi tariffali convenuti dalle parti. Sulla base degli accertamenti di natura contabile eseguiti, la presente autorità è giunta alla conclusione che dai rapporti esistenti tra l'ORL e il CCT non è possibile determinare nessun tipo di sussidiamento da parte dell'ente pubblico a favore del CCT. La stretta collaborazione convenuta tra i due nosocomi si giustifica con l'intenzione degli stessi di sfruttare le diverse sinergie possibili. Insensato e contrario al principio del contenimento dei costi sarebbe stato prevedere l'acquisto di certe strutture e apparecchiature mediche da parte del CCT già presenti all'ORL. Questa collaborazione ha sicuramente permesso all'ORL di sfruttare meglio dette infrastrutture e apparecchiature mediche, ciò che ha probabilmente consentito alle parti di stabilire delle tariffe interessanti per il CCT. In questo ambito, affermare che il CCT non potrebbe funzionare senza l'ORL non vuol dunque dire che il CCT sia sussidiato. L'acquisto di prestazioni dall'ente pubblico non può permettere di arrivare a tale conclusione.

Per quanto concerne il punto 6 del contratto 27 settembre 1996, vi è da rilevare che quanto previsto dalle parti non costituisce una violazione della LAMal. Ribadiamo che tale privativa concessa dall'EOC fa parte di tutta una serie di prestazioni e controprestazioni che le parti si forniscono su base contrattuale, quindi nemmeno in questo caso si può parlare di sussidiamento del CCT. Si sottolinea comunque che in caso di bisogno oggettivamente fondato tale privativa verrebbe a cadere. Inoltre, tale disposizione del contratto, in teoria, non impedirebbe ad un altro istituto di cure privato di fornire le medesime prestazioni fornite dal CCT se bisogno ce ne fosse dal punto di vista pianificatorio.

Come rilevato giustamente dal CdS, l'esenzione della FCCT dall'imposta di donazione, di successione e dalle imposte ordinarie costituisce una realtà prevista dalla legislazione fiscale ticinese valevole per tutti gli organismi d'utilità pubblica e non solo per gli istituti sanitari. Non si può quindi parlare di sussidiamento ai sensi della LAMal.

In conclusione, il Consiglio federale, sulla base di tutto quanto precede, costata che il CCT non riceve sussidi né diretti né indiretti alle proprie spese di gestione, per cui non può essere considerato quale ospedale privato sussidiato dall'ente pubblico ai sensi dell'articolo 49 capoverso 1 LAMal.

5.4 La FTAM, basandosi sulla giurisprudenza del Consiglio federale (v. decisione non pubblicata del Consiglio federale dell'8 aprile 1998 concernente la clinica V., cons. 4.1, pag. 13), afferma che il governo cantonale con il trasferimento di 10 letti di cardiologia invasiva dall'ORL al CCT e l'attribuzione a quest'ultimo di 10 letti di cardiocirurgia avrebbe privatizzato tali servizi per meri scopi tariffali, ciò che sarebbe contrario alla LAMal.

Vi è innanzitutto da rilevare che i 10 letti relativi alla cardiocirurgia non esistevano precedentemente, per cui non sarebbe in ogni caso possibile parlare di privatizzazione di un servizio pubblico. Per quanto concerne i 10 letti di cardiologia invasiva, il loro trasferimento al CCT risponde ad una logica economica e di efficienza. Il fatto che certi costi siano stati messi a carico degli assicuratori malattia non implica automaticamente una privatizzazione abusiva. Nemmeno l'ammontare da solo di questi costi può condurre ad una tale conclusione. In ogni caso, sulla base dei fatti qui appurati non è possibile concludere ad un abuso da parte del Cantone, in quanto mancano indicazioni concrete e inequivocabili in questo senso. Il Consiglio federale condivide comunque l'affermazione della FTAM secondo la quale la situazione del CCT costituisce un caso unico in Svizzera. In particolare, le modalità legate alla creazione del CCT con il ritiro del Messaggio governativo e i rapporti istauratisi tra il CCT e l'EOC – si pensi qui soprattutto al contenuto del contratto 27 settembre 1996 – possono essere fonte di interrogativi legittimi, i quali però, ribadiamo, non permettono di parlare di privatizzazione di servizi per meri scopi tariffali.

...

6. Calcolo delle tariffe per cure ospedaliere stazionarie

Nella fattispecie, il CdS ha fissato le tariffe forfettarie ospedaliere riguardanti la divisione comune del CCT, istituto di cura privato non sovvenzionato, per cui, adempiute tutte le condizioni in materia, è la regola della copertura totale dei costi computabili che si applica.

6.1 Innanzitutto è necessario determinare quali dati contabili devono essere presi in considerazione per l'elaborazione delle tariffe valevoli a partire dal 1° luglio 2000. La FCCT è dell'opinione che il CdS avrebbe dovuto basarsi esclusivamente sulla contabilità 2000 visto che la medesima, al momento dell'emanazione del DE, era a disposizione dell'autorità cantonale. Per il CdS invece il fatto di prendere in considerazione la contabilità 1999 per fissare le tariffe relative al secondo semestre 2000 costituirebbe una soluzione

di continuità visto che le tariffe relative al 1° semestre 2000 sarebbero state calcolate su quella base. La FTAM, dal canto suo, ritiene inutilizzabili i dati contabili 2000 in quanto incompleti.

Il Consiglio federale ha già avuto modo di affermare che per la determinazione della tariffa devono essere presi in considerazione, di regola, i costi o dati contabili effettivi più recenti disponibili (v. decisione non pubblicata del Consiglio federale del 5 luglio 2000 concernente la Clinica L., pag. 20 seg., cons. 6). Nella fattispecie, oltre al fatto che il CdS, al momento del calcolo delle tariffe contestate, aveva effettivamente a disposizione i dati contabili 2000, bisogna rilevare che il CCT ha iniziato la sua attività soltanto il 1° luglio 1999. I costi legati a questa fase iniziale non sono rappresentativi dei costi che il CCT ha affrontato in seguito, quando ha cominciato a operare a pieno regime. La contabilità 2000 come base di calcolo delle tariffe applicabili dal 1° luglio 2000 riflette molto meglio i costi d'esercizio ordinari e normali del CCT. Quindi, contrariamente a quanto fatto nel DE, il CdS avrebbe dovuto calcolare le tariffe contestate sulla base della contabilità 2000, senza operare distinzioni temporali, giungendo quindi ad un unico tariffario valevole a partire dal 1° luglio 2000.

6.2

...

Il Consiglio federale, nella fattispecie, ritiene che la trasparenza dei documenti contabili presentati dalla FCCT non permette certamente di raggiungere il grado di copertura dei costi del 100%. In questo ambito, il Consiglio federale, parallelamente all'analisi delle condizioni presenti nel Cantone Ticino, prende in considerazione anche le situazioni relative alla trasparenza e alla struttura dei costi in altri Cantoni. Il Consiglio federale confronta dunque la trasparenza relativa alle basi di calcolo concernente il CCT con quella di altri ricorsi sui quali esso si si è chinato. Sulla base dei confronti effettuati, la presente autorità condivide e conferma il grado di copertura dei costi dell'86% utilizzato dalla SP.

6.3 Dall'elenco dei costi presentato dalla FCCT non è possibile comprendere quali costi sono legati alla divisione comune e quali alle divisioni privata e semiprivata (...). In virtù di quanto precede e appurato che la documentazione contabile presentata dalla FCCT non soddisfa le esigenze di trasparenza dei costi fissate in questo ambito, il Consiglio federale, conformemente alla sua giurisprudenza, decide di applicare alla FCCT un tasso di riduzione del 2%.

6.5.2

...

Siccome dai documenti contabili forniti dalla FCCT non è possibile evincere l'importo dei costi legati alla ricerca e formazione, il Consiglio federale decide, conformemente alla sua giurisprudenza riguardante gli ospedali con meno di 75 letti, di applicare un tasso normativo dell'1% dei costi del personale (...).

6.5.3 La FCCT ritiene che, per il calcolo delle tariffe contestate, il CdS avrebbe dovuto prendere in considerazione tutti gli oneri d'investimento. L'autorità cantonale, dal canto suo, dichiara che la donazione ricevuta dalla FCCT imporrebbe la soluzione contraria, almeno fino ad esaurimento del capitale ricevuto. Del medesimo parere è la FTAM, la quale afferma che la situazione del CCT sarebbe eccezionale ed unica in Svizzera.

La presente autorità ritiene che la situazione particolare del CCT e le modalità del suo trasferimento, in futuro, al Cantone non permettono di prendere in considerazione gli oneri d'investimento per la determinazione delle tariffe. La FCCT, infatti, ha beneficiato di una donazione per la costruzione del CCT, la quale ha permesso alla medesima di non ricorrere a prestiti bancari e di non dover sopportare quindi i costi ad essi legati. Gli oneri d'investimento tendenti unicamente a ricostituire il capitale di donazione non devono e non possono essere messi a carico dell'assicurazione malattia obbligatoria e quindi a carico degli assicurati attraverso i premi. Gli eventuali ammortamenti relativi alla manutenzione o alla sostituzione delle infrastrutture mobiliari ed immobiliari potranno però essere presi in considerazione per la determinazione delle tariffe a carico della LAMal allorquando il capitale di fondazione sarà esaurito. La richiesta della FCCT in questo ambito è dunque respinta.

6.6 Gli interessi sul capitale circolante fanno parte dei costi computabili (v. decisione non pubblicata del Consiglio federale del 10 maggio 2000 concernente la tariffa della tomografia per risonanza magnetica nel Canton Sciafusa, pag. 28, cons. 7.2.2; RAMI 6/1997, pag. 343 segg., cons. 8.6⁴). Nella fattispecie, il Consiglio federale prende in considerazione un tasso d'interesse medio del 4,2% (media dei tassi d'interesse applicati alle obbligazioni emesse dalle collettività pubbliche per il 2000) e un termine di pagamento di 40 giorni, ottenendo un tasso d'interesse del 0,46% (...).

6.7 Nel calcolo delle tariffe il CdS ha operato una deduzione del 5% dei costi fatturabili a causa dell'elevato tasso d'occupazione dei letti. Per il periodo dal 1° luglio 1999 al 30 giugno 2000 questo raggiungerebbe infatti il 148,3% e per l'anno 2000 il 156,4%. La FCCT contesta questa deduzione asserendo in sostanza che i 20 letti assegnati al CCT sarebbero insufficienti. Inoltre, i primi risultati di un'indagine da lei esperita dimostrerebbero, con le dovute riserve scientifiche, che gli interventi eseguiti al CCT rientrerebbero largamente nei parametri scientifici svizzeri sull'adeguatezza degli interventi di cardiologia invasiva e di cardiocirurgia. La FTAM, dal canto suo, menzionando in parti-

⁴ vedi n° KV 16 (1997) di questa raccolta

colare la perizia *Gutzwiller*, afferma che l'insufficienza di letti del Cardiocentro non sarebbe correlata allo stato di salute della popolazione ticinese, ma a un'intensità di interventi che non troverebbe giustificazione. Essa chiede in definitiva una riduzione di almeno il 10% delle tariffe fissate a partire dal 1° luglio 2000 come inizialmente previsto dal CdS. La SP ha pure avuto modo di esprimersi a più riprese su questo aspetto affermando in sostanza che anche ammettendo un turn over elevato di pazienti nel reparto di cardiologia invasiva – in questo reparto infatti sarebbero frequenti le degenze inferiori alle 24 ore – il dato relativo al numero di letti sarebbe poco credibile.

Il Consiglio federale, come d'altronde hanno fatto tutte le parti a questa procedura, non può che constatare effettivamente l'alto tasso d'occupazione dei letti presso il CCT. La perizia *Gutzwiller*, atto non contestato dalle parti, giunge pure lei alla conclusione che, in base ai dati di confronto a disposizione, gli interventi di cardiologia invasiva e di cardiocirurgia praticati presso il CCT sono chiaramente superiori alla media svizzera o al numero d'interventi effettuati in altre regioni con infrastrutture simili. A questa conclusione giunge ugualmente il rapporto finale EOC. Per quanto riguarda lo studio presentato dalla FCCT sull'adeguatezza delle indagini invasive al CCT, gli stessi autori dichiarano che «a prescindere dal problema del panel (gruppo di medici che hanno giudicato gli interventi effettuati presso il CCT), non vi sono dubbi che il nostro studio presenta non pochi problemi strutturali (immissione delle informazioni limitata dal programma stesso e dall'interfaccia informatica) ed in parte anche procedurali (mancanza di una persona neutra incaricata dell'immissione dei dati informatizzati); sono dei limiti di cui siamo fin dall'inizio coscienti e che ci impongono una valutazione molto prudente e critica dei risultati ottenuti (...). A prescindere dai risultati dell'analisi e dalle loro implicazioni con questo studio preliminare siamo perlomeno riusciti a dimostrare la fattibilità teorica di un'analisi di questo genere per il tramite di un sistema informatico collegato ad una banca dati» (v. pag. 562). Inoltre, secondo il Dr. med. *Julian Schilling*, dell'Istituto di medicina sociale e preventiva dell'Università di Zurigo, dallo studio in questione non potrebbero essere tratte delle conclusioni concernente l'adeguatezza e la necessità degli interventi (v. lettera del 22 gennaio 2002 indirizzata alla FTAM).

I dati relativi al numero d'interventi presso il CCT sono chiari. Ciò che risulta meno chiaro, per contro, è la motivazione legata a questi dati. A questo punto è fondamentale ricordare il tenore dell'articolo 39 LAMal, in particolare le lettere d e e del capoverso 1, secondo il quale gli stabilimenti e i rispettivi reparti adibiti alla cura ospedaliera di malattie acute sono autorizzati ad esercitare dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie se corrispondono alla pianificazione intesa a coprire il fabbisogno ospedaliero e se figurano nel rispettivo elenco stilato dal Cantone classificante le diverse categorie di stabilimenti secondo i rispettivi mandati. Ebbene, sia il

decreto esecutivo del 17 dicembre 1997 che quello del 20 giugno 2001 concernente la pianificazione ospedaliera ticinese hanno riconosciuto al CCT 20 letti. La FCCT non ha mai contestato questo dato, per cui mal si comprende l'attitudine assunta dalla FCCT in questo ambito. La pianificazione attualmente in vigore deve essere rispettata ed un'eventuale richiesta di modifica del numero di letti assegnati deve essere presentata e presa in considerazione dalle autorità pianificatorie in occasione del prossimo aggiornamento della pianificazione ospedaliera ticinese. I dati di cui sopra dimostrano invece che la FCCT ha utilizzato più letti del previsto. A questa conclusione si giunge anche ammettendo l'esistenza di degenze inferiori alle 24 ore nel reparto di cardiologia invasiva. Il Consiglio federale ritiene la riduzione del 5% dei costi computabili operata dal CdS per sovrautilizzo di letti scelta ragionevole e giudiziosa. Nella fattispecie, essa deve pertanto essere confermata. Ciò non toglie, evidentemente, che il CCT dovrà in futuro attenersi alla pianificazione ospedaliera. Eventuali modifiche della stessa dovranno unicamente essere l'opera delle autorità preposte. Dovesse questa situazione ripresentarsi nuovamente in futuro, questa autorità si riserva la possibilità di considerare il sovrautilizzo di letti in maniera più severa. In questo ambito, il Consiglio federale precisa che se le tariffe, una volta ridotto il volume delle prestazioni al fine di rispettare la pianificazione, non dovessero più coprire i costi computabili futuri della clinica, la medesima avrà la possibilità di rinegoziare nuove tariffe con gli assicuratori malattia. In definitiva, in avvenire dovrà essere possibile sia eliminare i costi legati al troppo elevato tasso d'occupazione dei letti, sia tener conto dei possibili effetti della diminuzione degli interventi sui costi, e quindi sulle tariffe, del CCT.

...

6.8.2 Il CdS ha fissato un tariffario senza una scadenza precisa. La FCCT, inizialmente contraria, ha dichiarato accettare questa decisione nelle sue osservazioni conclusive. Per contro, la FTAM ha affermato che le tariffe dovrebbero avere una validità limitata e scadere il 31 dicembre 2002 per permettere un miglior controllo. Il Consiglio federale non condivide questa opinione e, come ha già avuto modo di affermare in passato, ribadisce che, in virtù del diritto federale, i governi cantonali non sono obbligati a fissare una scadenza di validità delle tariffe (v. decisione non pubblicata del Consiglio federale del 27 giugno 2001 concernente la clinica M.). Come rilevato dal CdS, si ritiene opportuno lasciare la libertà alle parti di rivedere le tariffe quando queste lo riterranno necessario secondo il principio della libertà contrattuale. È quindi confermata la decisione del CdS a tal proposito.

...

6.9 La FTAM ritiene che l'articolo 1 capoverso 2 DE dovrebbe essere modificato (v. cons. I. 2.2, pag. 7 della presente decisione). La formulazione della clausola da lei richiesta, la quale era già contenuta nella convenzione del 14 marzo 2000, avrebbe come scopo di evitare la prassi invalsa da parte del CCT di limitare il più possibile la degenza dei pazienti che vengono rimandati il più presto possibile agli ospedali di provenienza, con il risultato economico di una doppia fatturazione di degenza: quella del CCT e quella degli altri ospedali. Secondo il CdS, la richiesta della ricorrente di prevedere clausole in caso di trasferimenti di pazienti in altri istituti, di principio, esulerebbe dal contesto dell'articolo 47 LAMal, in quanto verrebbe implicato anche un fornitore di prestazioni terzo (l'istituto in cui viene trasferito il paziente). Dei problemi di interpretazione e di applicazione pratica della norma potrebbero sorgere. La disposizione del DE summenzionata sarebbe sufficiente a evitare i rischi evocati dalla FTAM. Anche la FCCT è contraria alla clausola invocata dagli assicuratori malattia, in quanto la medesima, in passato, sarebbe stata applicata dagli stessi in maniera arbitraria, ossia nel senso che se un paziente era dimesso dal CCT e trasferito in un altro istituto tutti i costi di trasferimento, di degenza e di cura presso tale istituto venivano dedotti direttamente dall'importo forfettario dovuto alla FCCT sulla base delle semplici indicazioni fornite dall'istituto ospedaliero ricevente, senza possibilità di controllo per la FCCT. Tutto ciò, oltre che favorire i casi di cure o degenze in altri istituti ospedalieri discutibili dal profilo dell'appropriatezza, sarebbe contrario inoltre al principio della copertura dei costi sancito dalla LAMal. Infine, una simile clausola non sarebbe prevista in nessuna convenzione tariffale a livello svizzero.

Il Consiglio federale ritiene che il CdS, nel DE contestato, ha tenuto sufficientemente conto della problematica evocata dalla FTAM (v. art. 1 cpv. 2). Quanto previsto dall'autorità cantonale in questo ambito, infatti, deve servire ad impedire che i possibili abusi paventati dalla FTAM si verifichino. Di conseguenza, la richiesta di quest'ultima di riprendere testualmente la clausola prevista nella convenzione del 14 marzo 2000 valevole precedentemente (art. 1 cpv. 7 dell'Allegato 2) non si giustifica e deve pertanto essere respinta.

...

**Recevabilité d'un recours interjeté auprès
du Département fédéral de l'intérieur contre
les décisions de l'Office fédéral des assurances
sociales en matière de Liste des spécialités
(Médicaments; LS; art. 52, 1^{er} al. let. b LAMal)
KV 248 Décision du Conseil fédéral du 16 avril 2003
dans le cadre d'un recours interjeté
par une société cantonale de pharmacie contre
le Département fédéral de l'intérieur**

***Procédure – Nature du recours interjeté contre
une décision d'irrecevabilité rendue par le DFI***

Le présent recours constitue un recours hiérarchique, dont la recevabilité dépend de l'article 72 lettre a PA, selon lequel le recours au Conseil fédéral est recevable contre les décisions de ses départements et de la Chancellerie fédérale. Il ne saurait être fondé sur la base de l'article 53, 1^{er} alinéa LAMal (cons. II/2).

Nature de l'acte attaqué et recevabilité d'un recours contre la LS

Contrairement à la liste des analyses avec tarif (LAna; art. 52, 1^{er} alinéa lettre a chiffre 1 LAMal) et à la liste avec tarif des produits et substances actives et auxiliaires (Liste des médicaments avec tarifs; LMT; art. 52, 1^{er} alinéa lettre a chiffre 2 LAMal), aucune disposition ne fait formellement mention de l'éventuelle intégration de la liste des spécialités (LS) dans l'Ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS) par le biais d'une annexe à cette ordonnance (pour la LAna et la LMT, cf. art. 28, 1^{er} al. et 29, 1^{er} al. OPAS). Quand bien même cette intégration ne peut être matériellement exclue, le recours ne saurait être rejeté en raison de l'interdiction d'un examen de la validité d'une ordonnance fédérale pour elle-même par l'intermédiaire d'une procédure de recours (cons. II/5).

En l'espèce, l'analyse de l'acte opéré par l'OFAS portant modification de la LS doit être effectuée par le biais de l'examen de la constitution d'un éventuel caractère obligatoire relatif à la décision selon l'article 5 PA. Le système d'admission dans la LS repose sur une première décision formelle de base rendue par l'OFAS munie du caractère contraignant non seulement pour le fabricant, mais également pour les autres acteurs du domaine de la santé, notamment les assureurs. A partir du moment où elle a été rendue et sous réserve de l'effet suspensif d'un éventuel recours déposé auprès de la Commission fédérale de recours en matière de LS, cette décision s'impose aux administrés concernés, peu importe que la LS ait été formelle-

ment modifiée ou non. Ainsi, la modification, par l'OFAS, de la LS dans son ensemble ne constitue pas une décision au sens de l'article 5 PA et doit être considérée comme purement déclaratoire. Elle ne peut pas faire l'objet d'une procédure de recours supplémentaire auprès du Conseil fédéral (cons. II/6.1 et 6.2).

Verfahren – Natur der Beschwerde, die gegen einen Nichteintretensentscheid des EDI erhoben wird

Bei der vorliegenden Beschwerde handelt es sich um eine verwaltungsinterne Beschwerde, deren Eintretensvoraussetzungen in Artikel 72 Buchstabe a VwVG geregelt sind. Laut dieser Bestimmung ist die Beschwerde an den Bundesrat zulässig gegen Verfügungen seiner Departemente und der Bundeskanzlei. Die vorliegende Beschwerde kann demnach nicht auf Artikel 53 Absatz 1 KVG abgestützt werden (Erw. II/2).

Natur des angefochtenen Entscheides und Zulässigkeit einer Beschwerde gegen die SL

Im Gegensatz zur Liste der Analysen mit Tarif (AL; Art. 52 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 KVG) und zur Liste der in der Rezeptur verwendeten Präparate, Wirk- und Hilfsstoffe mit Tarif (Arzneimittelliste; ALT; Art. 52 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 KVG) wird eine allfällige Integrierung der Spezialitätenliste (SL) in die Verordnung über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (KLV), etwa durch die Schaffung eines besonderen Anhangs zu dieser Verordnung, in keiner Bestimmung explizit erwähnt (für die AL und die ALT vgl. Art. 28 Abs. 1 sowie 29 Abs. 1 KLV). Auch wenn eine solche Integrierung nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, darf doch die Beschwerde nicht allein deshalb abgewiesen werden, weil die Gültigkeit einer Verordnung per se nicht über ein Beschwerdeverfahren geprüft werden kann (Erw. II/5).

Im vorliegenden Fall ist der Entscheid des BSV (Änderung der SL) dahingehend zu prüfen, ob dadurch eine Pflicht im Sinne von Artikel 5 VwVG begründet wurde. Die Aufnahme in die SL beruht auf einem ersten, formellen Grundentscheid des BSV, welcher nicht nur für den Hersteller, sondern auch für die anderen Akteure des Gesundheitswesens, namentlich für die Versicherer, verbindlich ist. Sobald dieser Entscheid gefällt wurde, ist er für alle Betroffenen anwendbar, und zwar ungeachtet dessen, ob die SL formell revidiert wurde oder nicht. Vorbehalten bleibt die aufschiebende Wirkung, die einer allfälligen Beschwerde an die für den Bereich der SL zuständige eidgenössische Rekurskommission zugestanden wird. Die Änderung der SL durch das BSV stellt demnach keine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG dar und ist rein deklaratorischer Natur. Sie kann nicht Gegenstand einer zusätzlichen Beschwerde an den Bundesrat bilden (Erw. II/6.1 und 6.2).

**Procedura – Natura del ricorso presentato
contro una decisione di non entrata in merito del DFI**

Il presente ricorso costituisce un ricorso gerarchico, la cui ammissibilità è disciplinata dall'articolo 72 lettera a PA, secondo il quale il ricorso davanti al Consiglio federale è ammissibile contro le decisioni dei suoi Dipartimenti e della Cancelleria federale. Non può fondarsi invece sull'articolo 53, capoverso 1 LAMal (cons. II/2).

Natura dell'atto contestato e ammissibilità di un ricorso contro l'ES

Contrariamente all'elenco delle analisi con tariffa (EAT; art. 52, cpv. 1 lettera a cifra 1 LAMal) ed all'elenco con tariffa dei preparati e delle sostanze attive e ausiliarie (Elenco dei medicinali con tariffa; EMT; art. 52, cpv. 1 lettera a cifra 2 LAMal), nessuna disposizione menziona formalmente l'eventuale integrazione dell'elenco delle specialità (ES) nell'ordinanza sulle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico sanitarie (OPre) per mezzo di un annesso a questa ordinanza (per l'EAT e l'EMT, cfr. art. 28, cpv. 1 e 29, cpv. 1 OPre). Nonostante questa integrazione non possa essere di fatto esclusa, il ricorso non potrebbe essere respinto in virtù di un divieto d'esame della validità di un'ordinanza federale in quanto tale tramite una procedura di ricorso (cons. II/5).

Nella fattispecie, l'analisi dell'atto operato dall'UFAS che modifica l'ES deve essere effettuata per mezzo dell'esame dell'insorgere giusta l'articolo 5 PA di un eventuale obbligo in relazione alla decisione. Il sistema d'ammissione nell'ES è basato su di una prima decisione formale di base dell'UFAS, a carattere vincolante non solo per i produttori, ma anche per le altre parti del settore della sanità, in particolare per gli assicuratori. A partire dal momento in cui è stata pronunciata (con riserva dell'effetto sospensivo di un eventuale ricorso presentato alla Commissione federale di ricorso in materia di ES), questa decisione si applica agli interessati, indipendentemente dal fatto che l'ES sia stato formalmente modificato o meno. La modifica dell'ES da parte dell'UFAS non costituisce quindi una decisione ai sensi dell'articolo 5 PA e deve essere considerata pertanto di carattere meramente declaratorio. Non può quindi essere oggetto di un'ulteriore procedura di ricorso davanti al Consiglio federale (cons. II/6.1 e 6.2).

I.

Condensé – Übersicht

Suite à l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2001, de la 1^{ère} révision partielle de la LAMal instaurant un système nouveau de rémunération des pharmaciens (cf. art. 25, 2^{ème} al. let. h LAMal, nouveau), l'OFAS a procédé à l'adaptation de la Liste des spécialités (ci-après: LS), en ce sens que le prix public des médicaments a été déterminé sur la base d'un prix de fabrication, d'une prime

couvrant la gestion des stocks et d'une prime dite «par emballage». La nouvelle LS est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2001.

Par acte du 25 juillet 2001, une société cantonale de pharmacie a déposé un recours contre l'ensemble de la LS auprès du Département fédéral de l'Intérieur (ci-après: DFI) en faisant principalement valoir que les nouveaux prix fixés dans la liste ne permettaient plus de couvrir les charges des pharmaciens. Le DFI a constaté l'irrecevabilité de ce recours par décision du 4 mars 2002.

Le 15 mars 2002, la société cantonale de pharmacie a interjeté recours de droit administratif contre cette décision auprès du Conseil fédéral. Elle conclut principalement à son annulation et à son renvoi à l'autorité de 1^{ère} instance. Subsidiairement, la recourante conclut à ce que le Conseil fédéral reconnaisse sa compétence à connaître du litige dans le cadre d'un recours juridictionnel fondé sur l'article 53, 1^{er} alinéa LAMal et qu'il se prononce sur les arguments de fond déposés à l'appui du recours.

Nach dem Inkrafttreten der ersten Teilrevision des KVG am 1. Januar 2001, welche ein neues Entschädigungssystem für die Apothekerinnen und Apotheker vorsieht (vgl. Art. 25 Abs. 2 Bst. h KVG), am 1. Januar 2001 hat das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) die Anpassung der Spezialitätenliste (im Folgenden SL) vorgenommen und den Publikumspreis der Medikamente gestützt auf ihren Fabrikationspreis, eine Marge für die Verwaltung des Lagers und eine Marge pro Packung festgesetzt. Die neue SL ist am 1. Juli 2001 in Kraft getreten.

Mit Beschwerdeschrift vom 25. Juli 2001 erhob die kantonale Apothekervereinigung Beschwerde gegen die ganze SL an das EDI und machte in der Hauptsache geltend, dass die neuen Medikamentenpreise die Auslagen der Apotheker nicht mehr zu decken vermöchten. Mit Entscheid vom 4. März 2002 trat das EDI auf die Beschwerde nicht ein.

Am 15. März 2002 legte die kantonale Apothekervereinigung gegen diesen Entscheid beim Bundesrat Beschwerde ein. Sie beantragt in der Hauptsache die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und dessen Rückweisung an die erstinstanzliche Behörde. Eventualiter beantragt sie, der Bundesrat habe sich für die Behandlung der Angelegenheit im Rahmen einer Verwaltungsbeschwerde für zuständig zu erklären und über die materiellen Vorbringen der Beschwerde zu entscheiden.

II.

Par les considérants suivants, le Conseil fédéral a rejeté le recours administratif:

1. Conformément à l'article 25, 1^{er} alinéa LAMal, l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations qui servent à diagnos-

tiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles. Ces prestations comprennent notamment les analyses, médicaments, moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques prescrits par un médecin ou, dans les limites fixées par le Conseil fédéral, par un chiropraticien (art. 25, 2^{ème} al. let. b LAMal). Selon l'article 52, 1^{er} alinéa lettre b LAMal, l'OFAS établit une liste, avec prix, des préparations pharmaceutiques et des médicaments confectionnés (liste des spécialités). Celle-ci doit également comprendre les génériques meilleur marché qui sont interchangeables avec les préparations originales. Les décisions concernant l'admission sur la liste des spécialités peuvent faire l'objet d'un recours devant la Commission fédérale de recours en matière de liste des spécialités (art. 90 LAMal).

2. Aux termes de l'article 53, 1^{er} alinéa LAMal, sont susceptibles de faire l'objet d'un recours au Conseil fédéral les décisions des gouvernements cantonaux au sens des articles 39, 45, 46, 4^{ème} alinéa, 47, 48, alinéas 1 à 3, 49, 7^{ème} alinéa, 51, 54 et 55 LAMal. Selon la thèse de la recourante, l'institution de cette voie de recours se justifie par le fait que, contrairement à ce que prévoit la PA pour les décisions des départements (cf. art. 72 let. a PA), le dépôt d'un recours hiérarchique au Conseil fédéral n'est pas envisageable contre les tarifs conventionnels et les tarifs cantonaux selon la procédure ordinaire. Dès lors que le législateur a décidé qu'un contrôle de ces conventions et tarifs s'imposait par la voie d'un recours au Conseil fédéral, il a donc été amené à compléter les dispositions de la PA par l'introduction d'un article spécifique dans la LAMal. Ainsi, le fait que l'article 53, 1^{er} alinéa LAMal ne prévoit pas formellement le recours contre la LS établie conformément à l'article 52, 1^{er} alinéa lettre b LAMal pourrait relever d'une lacune de la loi, en ce sens que le législateur n'avait pas à s'en préoccuper vu l'existence de la voie de droit instaurée par l'article 72 lettre a PA. On doit déduire de ce qui précède que, selon la recourante, une voie de recours juridictionnelle au Conseil fédéral est ouverte contre la LS par le biais d'une interprétation extensive de l'article 53, 1^{er} alinéa LAMal, puisque celle-ci constitue un tarif au sens de la LAMal.

L'interprétation historique révèle que la disposition concernée trouve son origine dans l'ancien article 22^{quater} LAMA introduit dans le cadre de la Loi modifiant le 1^{er} titre de la Loi sur l'assurance en cas de maladie et accident entrée en vigueur en 1964 (FF 1964 I 540). Répondant à un vœu des fédérations de caisses, le législateur a introduit la voie du recours au Conseil fédéral contre les décisions des autorités cantonales en matière de conventions et de tarifs, puisque à cette époque, aucune loi de procédure ne prévoyait le dépôt d'un tel recours (cf. FF 1961 I 1505 et 1962 II 1273). La PA est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1969 et a introduit le recours au Conseil fédéral contre les décisions prises en dernières instances cantonales (art. 72 avec renvoi à l'art. 73; cf. RO 1969, 775). Selon le nouvel article 73, 1^{er} alinéa

lettre c PA, ce recours était recevable pour violation d'autres dispositions du droit fédéral n'appartenant ni au droit privé, ni au droit pénal. L'article précité a été simplifié et est devenu l'actuel article 72 lettre d PA à l'occasion des adaptations des lois de procédure à la nouvelle Constitution fédérale, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2000 (chiffre I 1 de la Loi du 9 octobre 1999 sur les adaptations de lois de procédure à la nouvelle Constitution fédérale; RO 2000 416).

Depuis que la PA prévoit le recours au Conseil fédéral contre les décisions cantonales rendues en dernière instance, les articles successifs de la loi sur l'assurance-maladie prévoyant la même procédure font par conséquent double emploi avec les dispositions de procédure. En effet, les exclusions instituées par les articles 99, 1^{er} alinéa lettre b et 129, 1^{er} alinéa lettres a et b OJ dictant que le recours auprès du Tribunal fédéral ou du Tribunal fédéral des assurances n'est pas recevable en matière de tarifs cantonaux pris en application des dispositions de la LAMal, la voie du recours juridictionnel au Conseil fédéral contre de telles décisions résulte donc non seulement de l'article 53, 1^{er} alinéa LAMal, mais également de l'article 72 lettre d PA. Il faut donc voir dans le maintien de l'article 53, 1^{er} alinéa une précision cet état de fait, en ce sens que cette disposition sert avant tout à lever toute ambiguïté sur la voie de recours applicable dans le cadre de décisions prises dans des domaines dont l'exclusion du recours au Tribunal fédéral est douteuse (par ex. les décisions cantonales en matière de planification hospitalière), ce qui n'est pas le cas des tarifs.

Lorsque la recourante affirme que l'article 53, 1^{er} alinéa LAMal a institué une voie de recours spécifique aux décisions des gouvernements cantonaux en matière de tarifs en raison de l'absence de moyens prévus par la PA, elle se réfère donc à un état législatif révolu. On ne saurait par conséquent la suivre lorsqu'elle soutient qu'une lacune affectant la LAMal doit être comblée, en ce sens que le législateur a omis d'intégrer le renvoi à l'article 52, 1^{er} alinéa lettre b LAMal dans l'article 53, 1^{er} alinéa LAMal. Une interprétation historique de la disposition démontre clairement qu'à l'origine, ce dernier avait exclusivement pour but d'ouvrir à certains justiciables une voie de recours contre les décisions cantonales. Or il est manifeste que la LS, en tant qu'elle émane d'un office fédéral, ne constitue pas une décision de ce genre.

Il résulte donc de ce qui précède que le présent recours constitue bel et bien un recours hiérarchique, dont la recevabilité dépend de l'article 72 lettre a PA, selon lequel le recours au Conseil fédéral est recevable contre les décisions de ses départements et de la Chancellerie fédérale. Cela a pour conséquence que l'autorité de céans peut se passer d'examiner plus avant la recevabilité d'un éventuel recours juridictionnel fondé sur les dispositions topiques de la LAMal, soit principalement se prononcer sur la question de savoir si la LS peut constituer un tarif soumis à son contrôle au sens de cette loi.

3. Selon une jurisprudence constante, une association peut être admise à agir par la voie du recours administratif sans être elle-même touchée par la décision entreprise, pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel (JAAC 48.46, 48.45, 45.64, 44.22, 43.46, 42.96, 41.28; *F. Gygi*, op. cit., p. 159 ss.; *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3^e éd., Zurich 1993, marg. 1383; *P. Saladin*, op. cit., p. 178, n° 20.333).

La société cantonale de pharmacie concernée a notamment pour tâche de défendre l'intérêt de ses membres, lesquels sont touchés par la décision attaquée et ont un intérêt actuel et digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 48, lettre a PA). Il convient en conséquence de lui reconnaître la qualité pour recourir.

4. Les dispositions des articles 50 et 52 PA concernant le délai de recours, ainsi que la forme et le contenu du mémoire de recours sont observées. La recourante s'est également acquitté en temps utile de l'avance de frais qui lui était réclamée.

Le recours est donc formellement recevable.

5. Nature de l'acte attaqué et recevabilité d'un recours contre la LS

5.1 Selon l'article 117 de la constitution fédérale (Cst; RS 101), la Confédération légifère sur l'assurance-maladie et l'assurance-accident (art. 34^{bis} aCst). L'Assemblée fédérale a rempli ce mandat constitutionnel en adoptant la LAMal, loi dans laquelle elle a entre autre confié au Département fédéral de l'intérieur le soin d'établir une liste des analyses avec tarif (LANa; art. 52, 1^{er} alinéa lettre a chiffre 1 LAMal), une liste avec tarif des produits et substances actives et auxiliaires (Liste des médicaments avec tarifs; LMT; art. 52, 1^{er} alinéa lettre a chiffre 2 LAMal) ainsi que, par l'intermédiaire de l'OFAS, une liste, avec prix, des préparations pharmaceutiques et des médicaments confectionnés (Liste des spécialités; LS; art. 52, 1^{er} al. let. b LAMal).

Sur la base de la clause générale d'exécution de la LAMal (art. 96 LAMal), le Conseil fédéral a défini le principe de fonctionnement de ces listes (art. 60 à 75 de l'Ordonnance sur l'assurance-maladie; OAMal; RS 832.102). Ces modalités générales ont ensuite été concrétisées par le Département fédéral de l'intérieur, dans le cadre de la délégation de compétence initiale du législateur, par l'adoption des articles 28 à 38 de l'Ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS; RS 832.102).

5.2 Selon les articles 28, 1^{er} alinéa et 29, 1^{er} alinéa OPAS, la LANa et la LMT font parties intégrantes de cette dernière ordonnance et en constituent les

annexes 3 et 4. Il en résulte que ces deux listes, prises dans leur ensemble, font partie intégrante d'une ordonnance législative de substitution reposant sur une délégation du législateur en faveur de l'exécutif. En sa qualité d'ordonnance fédérale, l'OPAS a par conséquent la qualité de droit public fédéral, y compris ses annexes. Conformément à la systématique légale, le département se voit ainsi confier la mission de compléter une ordonnance d'application de la LAMal chaque fois que les circonstances le commandent.

S'agissant de la LS par contre, aucune disposition ne fait formellement mention de son éventuelle intégration dans l'OPAS par le biais d'une annexe à cette ordonnance. Cette différence peut s'expliquer d'une part par les modes de publication particuliers ordonnés par l'article 64 OAMal (publication électronique et sous forme d'imprimé), mais encore par le fait que, contrairement aux autres listes concernées, l'établissement et les modifications de la liste entrent dans le domaine de compétence de l'OFAS et non pas du DFI lui-même, les décisions y relatives étant en outre susceptibles d'être attaquées auprès de la Commission fédérale de recours en matière de LS (art. 90 LAMal).

5.3 Il résulte de ce qui précède que l'absence de disposition relative à l'intégration formelle de la LS dans l'OPAS semble principalement s'expliquer par le caractère dynamique de cette liste, laquelle doit pouvoir être facilement et rapidement modifiée au gré de l'admission ou de l'exclusion des éléments qui la composent. Dans le même sens, il importe que sa publication puisse être effectuée selon un mode simplifié, afin que les intervenants, issus notamment du domaine de la diffusion des médicaments, puissent s'y référer dans des délais restreints.

Ces considérations n'excluent toutefois pas que la LS, de par ses similitudes avec la LANA et la LMT, puisse également être considérée comme faisant partie intégrante de l'OPAS. En effet, il apparaît que les différentes listes résultent d'une systématique juridique similaire, certaines dispositions étant au demeurant applicables par analogie à plusieurs d'entre elles (cf. art. 63, 2^{me} al., 72 à 75 OAMal). Ainsi, si l'on admettait que la LS constitue l'une des composantes de l'ordonnance telle que définie ci-dessus, il se justifierait d'examiner si, et le cas échéant dans quelle mesure, un recours pourrait s'en prendre à une modification de la liste opérée par l'OFAS.

5.4 Selon la doctrine, la clause de délégation émise par le législateur (en l'occurrence, l'art. 52, 1^{er} al. let. b LAMal), permettant à l'exécutif de légiférer par une ordonnance de substitution fédérale, ne peut pas être soumise au contrôle du Tribunal fédéral, puisque celui-ci est lié par les lois fédérales (art. 191 Cst). Dès lors qu'aucune autre autorité fédérale ne peut exercer de contrôle plus large, il ne revient pas non plus au Conseil fédéral ou à l'un des départements fédéraux de connaître d'un éventuel recours

contre la clause susmentionnée, qui au demeurant, n'est à juste titre pas remise en cause par la recourante (cf. *Blaise Knapp*, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd., Bâle et Francfort-sur-le Main, n° 320).

5.5 Pour des raisons tenant à l'objet du recours tel que défini dans la PA, la validité d'une ordonnance fédérale ne peut en principe pas non plus être revue pour elle-même (cf. *Blaise Knapp*, op. cit. n° 326; «voie de contrôle directe» selon *Pierre Moor*, Droit administratif, Vol. I, Berne, p. 259 § 3.3.4.3 et les cas cités). En effet, les voies de recours étant ouvertes uniquement à l'encontre de décisions en procédure administrative (art. 44 PA, art. 97 et 128 OJ), une ordonnance ne pourra être contrôlée qu'à l'occasion de l'adoption d'une décision impliquant l'application de celle-ci ou lors d'un recours dirigé contre une telle décision.

En l'espèce et en tant que le recours, dirigé contre la LS dans son ensemble, pourrait porter sur le contenu d'une ordonnance législative de substitution, celui-ci devrait être par conséquent déclaré irrecevable. Toutefois, l'autorité de céans reconnaît que, compte tenu de l'absence d'une disposition intégrant formellement cette liste dans l'OPAS et étant donnée la procédure particulière permettant sa modification simplifiée par l'OFAS, les principes communément applicables aux éventuels recours contre les ordonnances fédérales ne sauraient être suivis sans une analyse plus approfondie. En effet, l'admission ou non d'un médicament sur la LS pourrait certes constituer une modification de l'OPAS qui s'intégrerait de facto dans l'ordonnance. Toutefois, la procédure amenant à une telle modification, ainsi que les conséquences que celle-ci entraîne pour certains groupes d'administrés, semblent s'apparenter au processus habituel de prise de décision au sens du droit administratif. En effet, alors que, selon la pratique, seules sont attachables les décisions prises en application d'une ordonnance considérée, on peut se demander si – et dans l'éventualité où la LS s'intègre effectivement dans l'OPAS – la modification de l'ordonnance par l'OFAS ne constituerait pas elle-même une prise de décision formelle telle que décrite ci-dessus.

Ainsi, comme l'a partiellement reconnu l'autorité intimée en se prononçant sur la nature de la modification de la liste, le litige porte également sur la question de savoir si l'établissement de la LS par l'OFAS a valeur de décision au sens de la PA, ce qui aurait pour conséquence que celle-ci pourrait être effectivement attaquée par la voie du recours administratif.

6. Sont considérées comme décisions, les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (art. 5, 1^{er} al. let. a PA), ou de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (art. 5, 1^{er} al. let. b PA), ou enfin de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des

droits ou obligations (art. 5, 1^{er} al. let. c PA). Une décision est donc un acte étatique individuel concernant un particulier, par lequel un rapport juridique concret, relevant du droit administratif, est réglé de manière contraignante; cet acte peut avoir des effets constitutifs ou constatatoires. Pour être qualifié de décision au sens de la PA, un acte administratif doit donc avoir un caractère obligatoire.

En l'espèce, l'analyse de l'acte opéré par l'OFAS portant modification de la LS doit être effectuée par le biais de l'examen de la constitution d'un éventuel caractère obligatoire de ce dernier. [...] La procédure d'admission d'un médicament sur la LS est divisée en plusieurs phases. A la suite de la procédure d'examen du médicament, celui-ci fait l'objet d'une décision formelle d'admission ou de non-admission, avec ouverture de la voie du recours auprès de la Commission fédérale de recours en matière de LS selon l'article 90 LAMal. Il faut donc considérer que la décision formelle précitée est constitutive du droit de figurer dans la LS, en ce sens que celle-ci fonde la qualité de prestation d'un médicament donné au sens de la LAMal, avec pour conséquence que son remboursement est mis à charge de l'assurance sociale.

Le système d'admission dans la LS repose ainsi sur une décision formelle de base munie du caractère contraignant non seulement pour le fabricant, mais également pour les autres acteurs du domaine de la santé, notamment les assureurs. A partir du moment où elle a été rendue par l'OFAS et sous réserve de l'effet suspensif d'un éventuel recours déposé auprès de l'autorité compétente, cette décision s'impose aux administrés concernés, peu importe que la LS ait été formellement modifiée ou non. Il en résulte qu'un médicament admis dans la LS pourrait être remboursé à charge de l'assurance-maladie quand bien même la liste elle-même n'aurait pas encore été concrètement complétée. Ce qui précède se justifie non seulement d'un point de vue pratique, mais également par la logique inhérente au système d'admission sur la LS. En effet, on ne saurait imposer au fabricant d'un médicament admis qu'il sursoie à la distribution ou à la diffusion de ce dernier, voire qu'il renonce à sa facturation à charge de l'assurance, entre le moment où une décision d'admission est entrée en force et la publication de la LS réactualisée est effectivement réalisée selon l'article 64 OAMal.

6.1 Il résulte donc des considérations qui précèdent que l'établissement en tant que tel de la LS ne peut constituer une décision formelle avec force obligatoire au sens de la PA. La modification, par l'OFAS, de la LS tient donc uniquement de la formalité à caractère déclaratoire qui permet à cette autorité d'adapter son catalogue des médicaments admis au gré des décisions formelles d'admission ou d'exclusion prises après la précédente modification. La logique du système d'admission des médicaments démontre également que toute autre interprétation de la nature d'une modification de la LS n'est pas soutenable. En effet, en admettant que la modification de la liste constitue

pour elle-même une décision sujette à recours, une situation d'insécurité juridique inadmissible serait ainsi générée, en ce sens qu'un seul et même cas d'espèce pourrait être soumis à deux décisions distinctes attaquables par des voies de droit différentes. On pourrait dès lors imaginer qu'une partie disposant de la légitimation à recourir auprès de la Commission fédérale de recours en matière de liste des spécialités ouvre non seulement une procédure auprès de cette autorité contre une éventuelle décision d'exclusion ou d'admission dans la LS rendue par l'OFAS, mais également contre l'adaptation de la liste, prise dans son ensemble, par la voie du recours hiérarchique au Conseil fédéral. Des contradictions sur les différentes décisions rendues dans le cadre de ces procédures distinctes pourraient ainsi découler d'une telle situation. Dès lors que la décision sur recours rendue par Commission fédérale de recours en matière de liste des spécialités est attaquable par-devant le Tribunal fédéral, la diversité des voies de droit pourrait avoir comme conséquence que cette autorité de recours rende elle-même une décision qui s'oppose à celle rendue par le Conseil fédéral dans sa propre sphère de compétence.

Au vu des circonstances décrites et constatant que la modification, par l'OFAS, de la LS est purement déclaratoire, l'autorité de céans ne peut que confirmer la décision de l'autorité intimée concluant à l'irrecevabilité du recours interjeté en 1^{re} instance et rejeter le présent recours. Dans le même sens, le Conseil fédéral n'a pas à se prononcer plus avant sur une possible intégration de la LS dans l'OPAS, cette question n'ayant pas d'incidence particulière sur le sort de la présente procédure, le recours devant être également rejeté dans l'affirmative.

6.2 Par conséquent, seule la voie du recours auprès de la Commission fédérale de recours en matière de liste des spécialités est envisageable contre les décisions en matière de LS, cette autorité ne pouvant connaître que des décisions d'admission ou d'exclusion de la liste. Conformément aux articles 47, 1^{er} alinéa et 71a et suivants PA, la commission de recours précitée est soumise aux dispositions de procédure de la loi susmentionnée, notamment son article 48 qui règle les questions de qualité pour recourir auprès de cette autorité. Dès lors qu'aucune norme fédérale n'octroie expressément la qualité pour recourir contre les décisions de l'OFAS dans le domaine de l'admission sur la liste des spécialités (cf. art. 48 let. b PA), seule la lettre a de la disposition précitée entre en considération dans le cadre de l'examen de cette question. A ce titre, il sied de signaler que dans un arrêt du 3 mai 2001, le TFA a nié l'existence de cette qualité fondée sur l'article 48 lettre a PA aux assureurs-maladie (ATF 127 V 80). Il en résulte que la qualité pour recourir se limite aux fabricants de médicaments, seuls habilités à recourir auprès de la commission.

Puisque, conformément à ce qui a été exposé ci-avant, la modification de la LS ne constitue pas une décision sujette au recours hiérarchique au Conseil

fédéral, l'autorité de céans constate que les moyens de droit en matière de LS sont fortement restreints. Cette restriction s'explique, d'une part, par les buts constitutionnels poursuivis en matière d'assurance sociale et, d'autre part, par la procédure elle-même aboutissant à la couverture des prestations médicamenteuses à charge de la LAMal. En effet, la mission de politique sociale conférée par la Constitution à la Confédération, qui consiste notamment à assurer la fourniture de prestations d'assurance performantes et peu coûteuses à l'ensemble de la population, pourrait être entravée par la multiplication des voies de droit (et par conséquent des procédures) contre les décisions relatives à l'admission ou à l'exclusion de prestations à charge de l'assurance-maladie. Il existe donc un intérêt public à restreindre les droits des administrés dans ce domaine. De plus, il s'avère qu'en matière de LS en particulier, les différents acteurs de la santé participent de plein droit à la procédure de prise de décision. A ce titre, il faut relever que parmi les 24 membres constituant la Commission fédérale des médicaments chargée de conseiller l'OFAS en matière de LS, les pharmaciens disposent de 3 représentants, auxquels s'ajoutent 4 représentants des facultés de médecine et de pharmacie, ainsi que 2 représentants de l'industrie pharmaceutique. La restriction des voies de droit contre la LS se justifie également en ce sens qu'il serait illogique de permettre à des entités de s'attaquer à des décisions auxquelles ils ont pleinement participé. Le Conseil fédéral a d'ailleurs rappelé les principes qui précèdent dans le cadre d'une motion parlementaire déposée le 4 octobre 2002 (Motion n° 02.3602, *Sommaruga*) tendant à l'extension de la qualité pour recourir auprès de la Commission fédérale de recours en matière de liste des spécialités. Dans sa prise de position du 9 décembre 2002 sur la motion précitée, le Conseil fédéral a ainsi rappelé que la procédure d'admission des médicaments sur la LS a pour objectif de garantir que les assurés puissent disposer de médicaments de qualité, l'OFAS assurant la défense des intérêts des acteurs de la santé devant en assumer les coûts.

7. Une appréciation par l'autorité de céans des autres arguments – notamment sur le fond –, ainsi que des objections des parties et de l'autorité inférieure, pour partie ou dans leur totalité, s'avère dès lors superflue, car ils ne sauraient s'opposer au rejet du recours.

Mutationen bei den Krankenversicherern
Mutations dans l'état des assureurs-maladie
Mutazioni concernenti gli assicuratori-malattie

Sitzverlegung – Transfert du siège – Trasferimento della sede:

994 La Chaux-de-Fonds Progrès, Caisse-maladie 6.6.2003

Entzug der Bewilligung – Retrait de l'autorisation – Ritiro dell'autorizzazione

1534 Oberuzwil Betriebskrankenkasse 1.1.2003
HC Färberei Oberuzwil AG
(Entzug der Bewilligung zur
Durchführung der sozialen
Krankenversicherung)

Aufhebung der aufschiebenden Wirkung einer Verfügung; Beschwerde gegen Zwischenverfügungen

U 479 Urteil des EVG vom 11. Dezember 2002 i. Sa. H. B. (U 21/02)

Aufhebung der aufschiebenden Wirkung einer Verfügung (Art. 55 und 56 VwVG i.V.m. Art. 96 UVG):

Offen gelassen werden die Fragen, ob die Rechtsprechung gemäss BGE 109 V 232, wonach die SUVA allfälligen Beschwerden gegen ihre Verfügungen, die den Empfänger nicht zu einer Geldleistung verpflichten, die aufschiebende Wirkung ausdrücklich zu entziehen hat, wenn sich diese nicht entfalten soll, auch für Einsprachen gilt (E. 3) und ob die Einstellung von Taggeldleistungen der Unfallversicherung eine positive oder eine negative Verfügung darstellt (E. 5–8).

Beschwerde gegen Zwischenverfügungen (Art. 45 Abs. 1 VwVG):

Voraussetzungen, unter denen der SUVA durch einen kantonalen Zwischenentscheid, mit welchem der Einsprache gegen die Einstellung von Taggeldleistungen der Suspensiveffekt für die Dauer von dreieinhalb Monaten gewährt wurde, ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entstehen kann (E. 7.1, vgl. auch E. 8.1).

Retrait de l'effet suspensif d'une décision (art. 55 et 56 PA en relation avec art. 96 LAA):

Sont laissées ouvertes les questions de savoir si la jurisprudence publiée aux ATF 109 V 232 selon laquelle la CNA doit expressément retirer l'effet suspensif aux recours éventuels contre des décisions qui ne condamnent pas le destinataire au paiement d'une somme d'argent, lorsqu'elle entend empêcher qu'un tel effet se produise, s'applique également aux oppositions (cons. 3) et si la suspension du paiement d'indemnités journalières de l'assurance-accidents constitue une décision positive ou négative (cons. 5–8).

Recours contre les décisions incidentes (art. 45 al. 1 PA):

Conditions auxquelles un préjudice irréparable peut découler, pour la CNA, d'une décision cantonale incidente accordant un effet suspensif à l'opposition présentée contre la suspension du paiement d'indemnités journalières pour la durée de trois mois et demi (cons. 7.1, voir aussi cons. 8.1).

Revoca dell'effetto sospensivo di una decisione
(art. 55 e 56 PA in relazione con l'art. 96 LAINF):

Restano irrisolte le domande se la giurisprudenza giusta DTF 109 V 232 – secondo la quale l'INSAI deve esplicitamente togliere, a eventuali ricorsi contro sue decisioni che non obbligano il destinatario al pagamento di denaro, l'effetto sospensivo se esso non deve prodursi – valga anche per le opposizioni (cons. 3) e se la sospensione delle indennità giornaliere dell'assicurazione contro gli infortuni costituisca una decisione positiva o negativa (cons. 5–8)

Ricorso contro le decisioni incidentali (art. 45 cpv. 1 PA):

Condizioni alle quali all'INSAI può essere cagionato un pregiudizio irreparabile per mezzo di una decisione incidentale cantonale, con la quale è stato concesso l'effetto sospensivo per un periodo di tre mesi e mezzo all'opposizione contro la sospensione di indennità giornaliere (cons. 7.1, cfr. cons. 8.1).

I.

A.

B. erlitt am 15. Juni 1999 einen Unfall. Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA), bei welcher er obligatorisch gegen Unfälle versichert war, kam für die Heilbehandlung auf und erbrachte Taggelder. Mit Verfügung vom 19. Juni 2001 stellte sie die Leistungen mit sofortiger Wirkung ein. Der Versicherte erhob Einsprache mit den Anträgen, die Verfügung sei aufzuheben und der Einsprache sei aufschiebende Wirkung zu gewähren. Mit Zwischenentscheid vom 8. Oktober 2001 entzog die SUVA der Einsprache rückwirkend die aufschiebende Wirkung und lehnte das Begehren um Wiederherstellung des Suspensiveffekts ab.

B.

Beschwerdeweise beantragte B., es sei der Zwischenentscheid der SUVA aufzuheben und der Einsprache die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hiess die Beschwerde in dem Sinne gut, dass die aufschiebende Wirkung bis am 8. Oktober 2001 (Zwischenentscheid der SUVA) besteht; im Übrigen wies es die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war; für das Verfahren wurde dem Versicherten eine Parteientschädigung von Fr. 1000.– zugesprochen (Entscheid vom 17. Dezember 2001).

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde stellt die SUVA den Antrag, der kantonale Entscheid sei insoweit aufzuheben, als damit der Einsprache vom 20. Juli bis 8. Oktober 2001 aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Versicherten eine Parteientschädigung zugesprochen wurde.

B. lässt Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragen, soweit darauf einzutreten sei. Das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) verzichtet auf eine Vernehmlassung.

II.

Aus den folgenden Erwägungen hat das Eidg. Versicherungsgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutgeheissen:

1.

Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Verwaltungsgerichtsbeschwerde der SUVA nur noch streitig, ob die Vorinstanz der vom Versicherten erhobenen Einsprache zu Recht für die Zeit vom 19. Juni (Erlass der Verfügung) bis 8. Oktober 2001 (Fällung des Zwischenentscheides der SUVA) die aufschiebende Wirkung erteilt hat. Der Versicherte hat den Entscheid der Vorinstanz, gemäss welchem für die übrige Dauer des Einspracheverfahrens kein Suspensiveffekt gilt, nicht angefochten.

2.

2.1 Im Beschwerdeverfahren um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen ist die Überprüfungsbefugnis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nicht auf die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens beschränkt, sondern sie erstreckt sich auch auf die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung; das Gericht ist dabei nicht an die vorinstanzliche Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gebunden und kann über die Begehren der Parteien zu deren Gunsten oder Ungunsten hinausgehen (Art. 132 OG).

2.2 Ob ein Verfahren Versicherungsleistungen zum Gegenstand hat, beurteilt sich nach dem Anfechtungsgegenstand. Im vorliegenden Fall dreht sich der Streit zwar nur um die aufschiebende Wirkung. Da indessen vom Entzug oder der Gewährung des Suspensiveffektes abhängt, ob der Beschwerdegegner während eines Teils des Einspracheverfahrens weiterhin Taggelder beziehen kann, geht es um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen. Dementsprechend ist das Verfahren kostenlos, wenn sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen eine kantonale Zwischenverfügung betreffend die aufschiebende Wirkung der Beschwerde oder (andere) vorsorgliche Massnahmen in einem Leistungsprozess richtet (BGE 121 V 180 Erw. 4a¹; AHI 2000 S. 182 Erw. 2b; Erw. 11.1 hernach).

¹ siehe Nr. U219 (1995) dieser Sammlung

3.

Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG, welche Bestimmung auf das Verfahren der SUVA anwendbar ist (Art. 96 UVG; BGE 109 V 232), hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung. Dies gilt auch für die Einsprache (*Rumo-Jungo*, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 323). Hat die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand, so kann die Vorinstanz darin einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen; dieselbe Befugnis steht der Beschwerdeinstanz oder, wenn es sich um eine Kollegialbehörde handelt, ihrem Vorsitzenden nach Einreichung der Beschwerde zu (Abs. 2). Die Beschwerdeinstanz oder ihr Vorsitzender kann die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung wiederherstellen; über ein Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist ohne Verzug zu entscheiden (Abs. 3).

Nach der Rechtsprechung hat die SUVA allfälligen Beschwerden gegen ihre Verfügungen, die den Empfänger nicht zu einer Geldleistung verpflichten, die aufschiebende Wirkung ausdrücklich zu entziehen, wenn sich diese nicht entfalten soll (BGE 109 V 232; ob dies auch für Einsprachen gilt, welche Frage die Vorinstanz bejaht und die SUVA verneint [vgl. Erw. 4], kann mit Blick auf das Ergebnis [vgl. Erw. 5–8] offen gelassen werden).

4.

Die SUVA entzog einer allfälligen Einsprache nicht bereits in der Verfügung vom 19. Juni 2001 die aufschiebende Wirkung, sondern lehnte ein entsprechendes vom Versicherten gestelltes Gesuch um Gewährung des Suspensiveffektes im Zwischenentscheid vom 8. Oktober 2001 rückwirkend und pro futuro ab. Nach Auffassung der Vorinstanz ist dieses Vorgehen mit der Rechtsprechung nicht vereinbar und entfaltet die Einsprache die aufschiebende Wirkung bis zum Erlass des Zwischenentscheides, weshalb die SUVA bis 8. Oktober 2001 weiterhin Taggeldleistungen auszurichten habe.

In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde macht die SUVA geltend, die Rechtsprechung BGE 109 V 232 aus dem Jahre 1983 könne nicht ohne weiteres auf das erst später mit dem UVG 1984 eingeführte Einspracheverfahren angewendet werden. Die Auffassung der Vorinstanz, die SUVA habe einer allfälligen Einsprache bereits in der Verfügung (wobei es sich ohnehin um eine sog. positive Verfügung handeln müsste) die aufschiebende Wirkung zu entziehen, verstosse gegen Art. 55 VwVG. Aus dessen Abs. 2 ergebe sich, dass die aufschiebende Wirkung auch nach Erlass der Verfügung durch die Einspracheabteilung entzogen werden könne, und zwar rückwirkend ab Verfügungserlass. Im Übrigen handle es sich bei der Verfügung vom 19. Juni 2001, mit welcher die Taggeldleistungen ab sofort eingestellt wurden, um eine negative Verfügung, weshalb gar kein Suspensiveffekt habe gewährt werden können. Eine Leistungspflicht entstehe erst wieder,

wenn eine Einsprache oder eine Beschwerde gutgeheissen werde. Für die Gewährung eines wirksamen Rechtsschutzes hätte es deshalb einer vorsorglichen Massnahme bedurft. Das vom Versicherten in der Einsprache gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung wäre deshalb als Antrag auf Erlass einer solchen Massnahme zu behandeln gewesen.

5.

5.1 Aufschiebende Wirkung bedeutet, dass die im Verfügungsdispositiv angeordnete Rechtsfolge vorläufig nicht eintritt, sondern gehemmt wird. Der Suspensiveffekt verhindert, dass Verfügungen, die Rechte oder Pflichten feststellen, begründen, ändern oder aufheben, Geltung erhalten. Gegenstand der aufschiebenden Wirkung können nur positive Verfügungen sein, d. h. solche, die eine Pflicht auferlegen oder einem Gesuch stattgeben (BGE 126 V 409 Erw. 3b, 124 V 84 Erw. 1a; SVR 1997 AIV Nr. 106 S. 327; *Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983 S. 241 ff.). Negative Verfügungen, mit denen ein Begehren um Feststellung, Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten abgelehnt wird, wie namentlich leistungsverweigernde Anordnungen, sind der aufschiebenden Wirkung nicht zugänglich (BGE 126 V 409 Erw. 3b, 123 V 41 Erw. 3, 117 V 188 Erw. 1b mit Hinweisen; *Gygi*, a.a.O., S. 243; *Christian Zünd*, Bemerkungen zum Urteil V. vom 22. September 2000, C 112/00 [BGE 126 V 407], in: *AJP* 2001 S. 705 ff.). Denn mit solchen Verfügungen wird nichts angeordnet, was der Vollstreckung bedürfte und deren Aufschub überhaupt zugänglich wäre. Um den Vollstreckungsaufschub zu erwirken, bedarf es deshalb der Anordnung einer positiven vorsorglichen Massnahme. Diese ist nach Art. 56 VwVG dazu bestimmt, einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten.

5.2 Die im vorliegenden Fall zwischen den Parteien streitige Frage, ob Verfügungen, womit Taggeldleistungen der Unfallversicherung eingestellt werden, als positive oder negative Verfügungen zu qualifizieren sind, braucht indessen nicht abschliessend entschieden zu werden (vgl. dazu auch BGE 126 V 409 Erw. 3b, 124 V 84 Erw. 1a, 123 V 41 Erw. 3 mit Hinweisen; RSKV 1982 Nr. 472 S. 18 Erw. 2). Denn wie sich aus dem Folgenden ergibt, ist in beiden Fällen auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzutreten (vgl. dazu Erw. 6, 7.1 und 8.1) und diese gutzuheissen (vgl. dazu Erw. 7.2–7.4 und 8.2–8.4).

6.

6.1 Gemäss Art. 128 OG beurteilt das Eidgenössische Versicherungsgericht letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 97, 98 lit. b–h und 98a OG auf dem Gebiet der Sozialversicherung. Hinsichtlich des Begriffs der mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbaren Verfügungen verweist Art. 97 OG auf Art. 5 VwVG. Nach Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten als Verfügungen Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen (und im Übri-

gen noch weitere, nach dem Verfügungsgegenstand näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen). Verfügungen im Sinne dieser Umschreibung können nach dem Wortlaut des zweiten Absatzes von Art. 5 VwVG auch Zwischenverfügungen sein, insoweit sie den Anforderungen des vorangehenden ersten Absatzes entsprechen. Zudem verweist Art. 5 Abs. 2 VwVG bezüglich der Zwischenverfügungen auf Art. 45 des gleichen Gesetzes, laut dem nur solche Zwischenverfügungen anfechtbar sind, die einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 45 Abs. 1 VwVG). Dieser grundsätzliche Vorbehalt gilt als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines selbstständigen, der Endverfügung vorangehenden Beschwerdeverfahrens, insbesondere für alle in Art. 45 Abs. 2 VwVG – nicht abschliessend – aufgezählten Zwischenverfügungen. Für das letztinstanzliche Beschwerdeverfahren ist ferner zu beachten, dass gemäss Art. 129 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 101 lit. a OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Zwischenverfügungen nur zulässig ist, wenn sie auch gegen die Endverfügung offen steht (BGE 124 V 85 Erw. 2 mit Hinweisen).

6.2 Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich – unabhängig davon, ob es darin um die aufschiebende Wirkung oder eine (andere) vorsorgliche Massnahme geht (zur bundesrechtlichen Grundlage des angefochtenen Entscheides [Art. 128 in Verbindung mit Art. 98 lit. g und Art. 97 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 5 VwVG] in letzterem Fall: BGE 126 V 143; vgl. auch die frühere Rechtsprechung, wonach mit Art. 56 VwVG für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen eine bundesrechtliche Grundlage besteht: BGE 119 V 297 Erw. 4, 117 V 189 Erw. 1c mit Hinweisen) – um eine Zwischenverfügung im Sinne von Art. 45 VwVG. Da Endverfügungen letzter kantonalen Instanzen im Bereich der Unfallversicherung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht unterliegen (Art. 110 UVG), ist die vorinstanzliche Zwischenverfügung gemäss Art. 45 Abs. 1 VwVG nur unter der Voraussetzung selbstständig anfechtbar, dass sie für die beschwerdeführende SUVA einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann.

6.3 Nach der Rechtsprechung beurteilt sich das Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht nur anhand eines einzigen Kriteriums. Vielmehr prüft das Gericht jenes Merkmal, das dem angefochtenen Entscheid am besten entspricht. Namentlich beschränkt sich das Gericht nicht darauf, allein den Nachteil als nicht wieder gutzumachend zu betrachten, den auch ein für die Beschwerdeführerin günstiges Endurteil nicht vollständig zu beseitigen vermöchte (BGE 126 V 247 Erw. 2c, 124 V 87 Erw. 4, 121 V 116 mit Hinweisen²). Für die Begründung eines irreparablen Nachteils genügt bereits ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse (BGE 126 V 246 Erw. 2a, 125 II 620 Erw. 2a).

² siehe Nr. K 967 (1995) dieser Sammlung

7.

7.1 Rechtsprechungsgemäss kann die Zwischenverfügung über den Suspensiveffekt einen irreparablen Nachteil bewirken, wenn – bei Ausrichtung der streitigen Taggelder – die Wiedereinbringlichkeit der vom Versicherten allenfalls zu Unrecht bezogenen und deswegen rückzuerstattenden Befehle gefährdet ist (BGE 124 V 87 Erw. 4 mit Hinweisen; RKUV 1997 Nr. K 985 S. 156 Erw. 1b). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt: Zwar erweisen sich die Auswirkungen des von der Vorinstanz nur für einen beschränkten Zeitraum (vom 19. Juni bis 8. Oktober 2001) angeordneten Suspensiveffekts – die Verwaltung hätte gestützt darauf Taggelder für weitere dreieinhalb Monate auszurichten, was bei einer vollen Arbeitsunfähigkeit Leistungen im Umfang von insgesamt rund Fr. 17 000.– (Fr. 157.55 pro Tag) ergibt – für die SUVA nicht bedeutend einschneidender als für den Beschwerdegegner im entgegengesetzten Fall. Dennoch hat die Verwaltung ein erhebliches Interesse daran, Rückerstattungsforderungen zu vermeiden. Aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Versicherten muss angenommen werden, dass die Einbringlichkeit allfällig zu Unrecht bezahlter Taggelder gefährdet wäre. Der heute knapp 59-jährige, verheiratete Versicherte hat seit dem – unverschuldeten – Unfall vom 15. Juni 1999 die Tätigkeit als Vorarbeiter auf dem Bau nicht wieder aufgenommen und lebt von Taggeldern der SUVA. Da die von der Vorinstanz angeordnete Gewährung der aufschiebenden Wirkung für dreieinhalb Monate während des Einspracheverfahrens für die SUVA somit einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann, ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzutreten.

7.2 Ob der Suspensiveffekt zu erteilen ist, beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung. Es ist zu prüfen, ob die Gründe, welche für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht der urteilenden Instanz ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Im Allgemeinen wird sie ihren Entscheid auf den Sachverhalt stützen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne zeitraubende weitere Erhebungen anzustellen. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen; diese müssen allerdings eindeutig sein (vgl. BGE 124 V 88 Erw. 6a, 117 V 191 Erw. 2b, 98 V 222 Erw. 4 sowie SVR 2001 KV Nr. 12 S. 31, RKUV 1994 Nr. K 952 S. 300 Erw. 3a; ferner BGE 115 Ib 158 Erw. 2, 107 Ib 399 Erw. 2c).

7.3 Bei der Abwägung der Gründe für und gegen eine sofortige Vollstreckung der Verfügung, welche von der Vorinstanz aus prozessualen Überlegungen für den hier streitigen Zeitraum nicht vorgenommen wurde (Erw. 4 hievor), steht dem Interesse der SUVA, eine Rückforderung wegen der damit verbundenen administrativen Erschwernisse und der Gefahr der Un-

einbringlichkeit nach Möglichkeit zu vermeiden, das Interesse des Beschwerdegegners an der Sicherstellung des Lebensunterhaltes für sich und seine Ehefrau während des von der Vorinstanz angeordneten Suspensiv-effektes der Einsprache für die Dauer von rund dreieinhalb Monaten gegenüber. Dem Beschwerdegegner kommt diesbezüglich entgegen, dass die Visana, bei welcher er krankenversichert ist, die von ihr erhobene Einsprache gegen die Einstellung der Taggeldleistungen zurückgezogen und zugesichert hat, ihre Leistungen im Rahmen der allgemeinen Versicherungsbedingungen zu erbringen. Unter diesen Umständen überwiegen die für die sofortige Vollstreckbarkeit sprechenden Gründe und fällt die Interessenabwägung zu lasten des Beschwerdegegners aus – wie dies im Übrigen die Vorinstanz bereits für die übrige Zeit des Einspracheverfahrens entschieden hat.

7.4 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der SUVA ist somit – unter der Annahme der Qualifizierung der Verfügung über die Einstellung der Weiterausrichtung der Taggeldleistungen als einer positiven Verfügung – begründet.

8.

8.1 Wird die Verfügung, mit welcher die Taggeldleistungen eingestellt wurden, demgegenüber als negative Verfügung qualifiziert, wäre der vom Versicherten im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren gestellte Antrag um Erteilung des Suspensiv-effektes für das Einspracheverfahren als Gesuch um Anordnung einer positiven vorsorglichen Massnahme im Hinblick auf die Weiterausrichtung von Taggeldern zu behandeln gewesen (so auch in BGE 126 V 407 nicht publ. Erw. 4a des Urteils V. vom 22. September 2000, C 112/00). Auch in diesem Fall ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der SUVA einzutreten. Denn aus den in Erw. 7.1 genannten Gründen ist auch hier die Voraussetzung erfüllt, dass der als vorsorgliche Massnahme zu qualifizierende kantonale Zwischenentscheid für die SUVA einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann.

8.2 Nach der Rechtsprechung hat die über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nach Art. 56 VwVG befindende Behörde zu prüfen, ob die Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können. Dabei steht ihr ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Im Allgemeinen wird sie ihren Entscheid auf den Sachverhalt stützen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne zeitraubende weitere Erhebungen anzustellen. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen; sie müssen allerdings eindeutig sein (BGE 117 V 191 Erw. 2b mit Hinweisen, wo diese zur aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 55 VwVG ergangenen Grundsätze ausdrücklich im Bereich des Art. 56 VwVG für sinngemäss anwendbar erklärt wurden; vgl. auch BGE 124 V 88 Erw. 6a mit Hinweis).

8.3 Bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen kann im vorliegenden Fall den Aussichten auf den Ausgang dieses Verfahrens nicht bereits im Rahmen der Anordnung vorsorglicher Massnahmen Rechnung getragen werden, da die Verhältnisse aufgrund der gesamten Aktenlage nicht eindeutig liegen. Indessen ergibt sich aus den bereits in Erw. 7.3 dargestellten Umständen, dass das Interesse der SUVA an der Vermeidung von Umtrieben und Verlustrisiken im Zusammenhang mit Rückforderungen, die entstehen können, wenn der Versicherte im Prozess unterliegt, im Vordergrund steht.

8.4 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der SUVA ist somit auch unter der Annahme der Qualifizierung der Verfügung über die Einstellung der Taggeldleistungen als einer negativen Verfügung begründet.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist dem Antrag der SUVA um Aufhebung der Zusprechung der Parteientschädigung für das kantonale Verfahren zu entsprechen.

10.

Die SUVA hat – wie von der Vorinstanz zutreffend entschieden – nun über die Einsprache des Versicherten zu befinden.

11.

...

Leistungsansprüche bei Suizid und Suizidversuchen

U 480 Urteil des EVG vom 24. Dezember 2002

i. Sa. P. H. (U147/02)

Leistungsansprüche bei Suizid und Suizidversuchen

(Art. 6 Abs. 1, Art. 37 Abs. 1 UVG; Art. 48 UVV):

Soweit Art. 48 UVV die Leistungsansprüche bei Suizid oder Suizidversuch an die Voraussetzung der vollständig aufgehobenen Urteilsfähigkeit des Suizidenten im Zeitpunkt der Tat knüpft, erweist sich diese Bestimmung bei einer an der Entstehungsgeschichte von Art. 37 Abs. 1 UVG orientierten Auslegung als gesetzeskonform.

Droit aux prestations en cas de suicide ou de tentative de suicide

(art. 6 al. 1, art. 37 al. 1 LAA; art. 48 OLAA):

Dans la mesure où l'art. 48 OLAA conditionne le droit aux prestations en cas de suicide ou de tentative de suicide à l'incapacité totale de se comporter raisonnablement au moment des faits, cette disposition se révèle, au regard de la genèse de l'art. 37 al. 1 LAA, conforme à la loi.

Diritto a prestazioni in caso di suicidio e di tentato suicidio

(art. 6 cpv. 1, art. 37 cpv. 1 LAINF; art. 48 OAINF):

Nella misura in cui l'art. 48 OAINF condiziona il diritto alle prestazioni in caso di suicidio o di tentato suicidio alla totale incapacità di agire ragionevolmente al momento dell'azione, essa norma, alla luce della genesi dell'art. 37 cpv. 1 LAINF, si rivela conforme alla legge.

Auszug aus den Erwägungen:

1.

1.1 Gemäss Art. 37 Abs. 1 UVG besteht – mit Ausnahme der Bestattungskosten – kein Anspruch auf Versicherungsleistungen, wenn der Versicherte den Gesundheitsschaden oder den Tod absichtlich herbeigeführt hat. Wollte sich der Versicherte nachweislich das Leben nehmen (oder sich selbst verstümmeln), so findet Art. 37 Abs. 1 UVG keine Anwendung, wenn der Versicherte zur Zeit der Tat ohne Verschulden gänzlich unfähig war, vernunftgemäss zu handeln (Art. 48 UVV).

1.2 Die Beschwerdeführer bringen im Wesentlichen vor, die Bestimmung von Art. 48 UVV sei insoweit gesetzwidrig, als sie den Anspruch auf Versicherungsleistungen von der Voraussetzung der vollständigen Urteilsfähigkeit des Suizidenten zum Zeitpunkt der Tat abhängig mache. Die Urteilsfähigkeit sei die subjektive Seite des Verschuldens. Bei verminderter Urteilsfähigkeit sei daher auch das Verschulden vermindert und eine rechts-

erhebliche Absicht könne in diesem Zustand gar nicht zustande kommen. Das Gesetz sehe sowohl mit Bezug auf den Versicherten selbst (Art. 37 Abs. 2 UVG) als auch die Hinterlassenen (Art. 38 UVG) bei grobfahrlässiger Herbeiführung des Unfalles bzw. des Todes lediglich eine Leistungskürzung vor. Mit dieser gesetzlichen Ordnung stehe die Bestimmung von Art. 48 UVV in einem unlösbaren «Wertungswiderspruch», weil damit selbst bei – zufolge verminderter Urteilsfähigkeit – leichtestem Verschulden des Suizidenten jeder Anspruch auf Versicherungsleistungen ausgeschlossen werde.

2.

2.1 Der Bundesrat hat Art. 48 UVV nicht gestützt auf eine gesetzliche Delegation, sondern auf Grund seiner allgemeinen, verfassungsrechtlichen Kompetenz zum Gesetzesvollzug erlassen (Art. 182 Abs. 2 BV; Art. 102 Ziff. 5 aBV). Es handelt sich um eine selbstständige Vollziehungsverordnungsbestimmung. Dem Vollziehungsverordnungsrecht des Bundesrates sind durch das Legalitäts- und Gewaltenteilungsprinzip in vierfacher Hinsicht Schranken gesetzt. Eine Vollziehungsverordnung muss sich auf eine Materie beziehen, die Gegenstand des zu vollziehenden Gesetzes bildet (1.), darf dieses weder aufheben noch abändern (2.), muss der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen, also ergänzen und spezifizieren (3.), und darf dem Bürger keine neuen, nicht schon aus dem Gesetz folgenden Pflichten auferlegen (4.), und zwar selbst dann nicht, wenn diese Ergänzungen mit dem Zweck des Gesetzes in Einklang stehen (BGE 126 V 232 Erw. 5a, 117 IV 354 Erw. 3c, 112 V 58 Erw. 2a, 103 IV 194 Erw. 2a, 98 Ia 287 Erw. 6b/bb; *Imboden/Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1976, Nr. 8 II. lit. a–c S. 50/51; *Haefelin/Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz 1860). Die Auslegung, die der Ordnungsgeber dem Gesetz in seiner Vollziehungsverordnung gibt, bindet den Richter bei der akzessorischen Prüfung ihrer Gesetzmässigkeit zwar nicht. Er wird sich ihr aber anschliessen, wenn sie überzeugend ist (BGE 101 Ib 182 Erw. 3a).

2.2 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, d. h. nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde liegenden Wertungen ausgelegt werden. Eine historisch orientierte Auslegung ist für sich allein nicht entscheidend. Andererseits vermag aber nur sie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers aufzuzeigen, welche wiederum zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Richters und der Richterin bleibt, auch wenn sie das Gesetz mittels teleologischer Auslegung oder Rechtsfortbildung veränderten Umständen anpassen oder es ergänzen (BGE 125 V 356 Erw. 1b, 123 V 301 Erw. 6a mit Hinweisen).

3.

3.1 Das Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung (KUVG) vom 13. Juni 1911 enthielt gleich wie das UVG keine Legaldefinition des Unfallbegriffs und schloss in Art. 98 Abs. 1 KUVG Versicherungsleistungen mit Ausnahme der Bestattungsentschädigung aus, wenn «der Versicherte den Unfall absichtlich herbeigeführt» hat. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat in seiner Rechtsprechung zu Art. 98 Abs. 1 KUVG erkannt, dass es bei einer im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit begangenen Selbsttötung an einer Absicht im Sinne dieser Bestimmung fehle und ein versichertes Unfallereignis vorliege (EVGE 1934 S. 81 ff.). In der Folge hat es den Selbstmord gelegentlich auch bei bloss namhafter Beeinträchtigung der Zurechnungsfähigkeit als Unfall anerkannt und eine rechtserhebliche Absicht verneint (*Maurer*, Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, 2. Aufl., Bern 1963, S. 122). Die Rechtslage zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Suizid und Suizidversuch ein versichertes Unfallereignis darstellen, war somit unter der Herrschaft des KUVG nicht eindeutig.

In seiner Botschaft zum UVG vom 18. August 1976 führte der Bundesrat im Zusammenhang mit Art. 37 Abs. 1 des Entwurfs, dessen Wortlaut genau dem geltenden Art. 37 Abs. 1 UVG entsprach, aus, «eine absichtlich herbeigeführte Selbstschädigung stelle keinen Unfall im Rechtssinne dar», weil gerade das Erfordernis der unbeabsichtigten schädigenden Einwirkung auf den menschlichen Körper nicht erfüllt sei. Eine Gleichstellung des «in bewusstem Zustand» begangenen Selbstmordes mit einem Unfall lasse sich begrifflich kaum vertreten. Es sei jedoch darauf hinzuweisen, dass die Leistungen der AHV bei Selbstmord voll erbracht werden (BB1 1976 III 198).

In der parlamentarischen Beratung wurde sowohl im National- als auch Ständerat von einer Kommissionsminderheit beantragt, Art. 37 Abs. 1 UVG sei wie folgt zu fassen: «Sind der Tod oder der Gesundheitsschaden die Folge von Selbstmord oder Selbstmordversuch, so besteht Anspruch auf die Pflegeleistungen und Kostenvergütungen sowie auf die Hälfte der Geldleistungen. Handelte der Versicherte im Zustand der gänzlichen Unzurechnungsfähigkeit, so besteht Anspruch auf die vollen Leistungen dieses Gesetzes.»

Dieser Vorschlag wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) bei Selbsttötung im Zustand gänzlicher Unzurechnungsfähigkeit bereits nach bisherigem Recht leistungspflichtig gewesen sei, und der Verlust eines Familienmitgliedes durch Selbstmord ganz allgemein für die (schuldlosen) Hinterbliebenen ein schwer zu tragendes Schicksal darstelle, das nicht mit einer Rentenverweigerung bestraft werden dürfe (StenBull NR 1979 251; Voten Lang und Gautier). Der Bundesrat stellte sich gegen diesen Vorschlag, da sich die bisherige Praxis bewährt habe und die Gesetzgebung daran nichts ändern sollte.

Aus «grundsätzlich ethischen Gründen» dürfe der Selbstmord nicht dem Unfall gleichgestellt und durch Leistungen der Unfallversicherung begünstigt werden (StenBull NR 1979 252 und StenBull SR 1980 482; Voten Bundesrat Hürlimann). Der Minderheitsvorschlag wurde vom Nationalrat knapp (68 zu 64 Stimmen) und vom Ständerat deutlich abgelehnt.

Diese Entstehungsgeschichte von Art. 37 Abs. 1 UVG zeigt, dass der Gesetzgeber nur den im Zustand der vollständigen Unzurechnungsfähigkeit begangenen Suizid oder Suizidversuch begrifflich einem Unfallereignis gleichstellen wollte und es ablehnte, aus sozialpolitischen Gründen für im «bewussten Zustand», d.h. in nicht vollständig unzurechnungsfähigem Zustand begangene Selbsttötungen oder Selbsttötungsversuche Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung zu statuieren. Dieser gesetzgeberischen Wertentscheidung hat der Ordnungsgeber Rechnung getragen, indem er in Art. 48 UVV den Leistungsausschluss für absichtliche Selbsttötung oder Gesundheitsschädigung nur für jene Fälle aufhob, in denen «der Versicherte zur Zeit der Tat ohne sein Verschulden gänzlich unfähig war, vernunftgemäss zu handeln». Der Ordnungsgeber hat damit zwar den strafrechtlichen Begriff der Unzurechnungsfähigkeit durch den zivilrechtlichen Begriff der Urteilsunfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB ersetzt (BGE 113 V 63 Erw. 2c¹), damit aber die der Bestimmung von Art. 37 Abs. 1 UVG zu Grunde liegenden Intentionen des Gesetzgebers lediglich begrifflich präzisiert. Der Umstand, dass weder der Gesetz- noch der Ordnungsgeber für die im Zustand verminderter oder vollständig intakter Urteilsfähigkeit begangenen Selbstmorde und Selbstmordversuche eine Regelung getroffen hat, stellt auf dem Hintergrund des in der parlamentarischen Beratung gescheiterten Vorschlages der Kommissionminderheit, in diesen Fällen die vollen Sachleistungen und die halben Geldleistungen auszurichten, ein qualifiziertes Schweigen dar. Es entsprach gerade der gesetzgeberischen Zielsetzung, dass alle nicht im Zustand vollständiger Urteilsunfähigkeit ausgeführten Selbsttötungen und Selbsttötungsversuche unter den Ausschlussstatbestand der absichtlichen Selbstschädigung im Sinne von Art. 37 Abs. 1 UVG fallen sollten.

3.2 Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass für Vorsatz oder Absicht erforderliche Wollen setze Urteilsfähigkeit voraus. Da bei verminderter Urteilsfähigkeit auch die Verstandes- und/oder Willensfähigkeit vermindert sei, könne diesfalls ein mangelfreier Wille in Form der Absicht oder von Vorsatz gar nicht entstehen. Verminderte Urteilsfähigkeit habe zur Folge, dass die Schwelle vom Vorsatz zur Fahrlässigkeit überschritten werde. Art. 48 UVV sei daher insoweit nicht gesetzeskonform, als er die gänzliche Unfähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, verlangt und damit die Anwendung von Art. 37 Abs. 1 UVG im Falle verminderter Urteilsfähigkeit zulässt

¹ siehe Nr. U 22 (1987) dieser Sammlung

(*Schaer/Duc/Keller*, Das Verschulden im Wandel des Privatversicherungs-, Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts, Basel und Frankfurt a.M. 1992, S. 25/26; im gleichen Sinne *Schaer*, Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung des EVG in den Jahren 1990 und 1991, ZBJV 1992 S. 679/680). *Rumo-Jungo* (Die Leistungskürzung oder -verweigerung gemäss Art. 37–39 UVG, Diss. Freiburg 1993, S. 120 ff.) vertritt mit analogen Argumenten eine Auslegung von Art. 37 Abs. 1 UVG (und Art. 9 Abs. 1 UVV), welche bei verminderter Urteilsfähigkeit des Suizidenten die Annahme eines Unfalles und die Ausrichtung sämtlicher Leistungen zulassen würde. Sie räumt aber ein, dass das geltende Recht für den im Zustand verminderter Urteilsfähigkeit begangenen Suizid oder Suizidversuch keine angepassten Rechtsfolgen vorsieht (a. a. O., S. 124).

Diese Lehrmeinungen lassen die für die Auslegung von Art. 37 Abs. 1 UVG wegleitenden, entstehungsgeschichtlichen Gesichtspunkte ausser Acht. Wie dargelegt (vgl. Erw. 3.1 hiervor) liegt hinsichtlich der im Zustand verminderter aber nicht gänzlich aufgehobener Urteilsfähigkeit begangenen Selbsttötungen und Selbsttötungsversuche ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor. Im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren wurde die sozialpolitische Tragweite dieser Art von Selbstmorden und Selbstmordversuchen zwar erkannt, aber die von einer Kommissionsminderheit hierfür vorgeschlagene Leistungsordnung abgelehnt. Würde der Richter diesen historischen Willen des Gesetzgebers missachten und auf dem Wege der richterlichen Rechtsfortbildung über den Wortlaut von Art. 48 UVV hinaus Leistungsansprüche gewähren, würde dies der gesetzgeberischen Zielsetzung stracks zuwiderlaufen.

3.3 Es gibt verschiedene Möglichkeiten, die unfallversicherungsrechtlichen Sach- und/oder Geldleistungen bei Suizid und Suizidversuch, der im Zustand nicht oder nicht vollständig beeinträchtigter Urteilsfähigkeit begangen wird, je nach Leistungsart, Leistungsumfang und Mass der Beeinträchtigung der Urteilsfähigkeit differenziert auszugestalten. Schon die Bestimmung von Art und Höhe der auszurichtenden Geldleistungen setzt aber grundlegende sozialpolitische Wertentscheidungen voraus, die, wie die parlamentarische Beratung von Art. 37 Abs. 1 UVG zeigt, eng mit der (unterschiedlichen) ethischen Einstufung des Selbstmordes durch die Gesellschaft zusammenhängen. Der Richter ist weder funktionell geeignet, im Rahmen der ihm übertragenen Entscheidung von Einzelfällen eine sachgerechte unfallversicherungsrechtliche Leistungsordnung für Selbsttötungen und Selbsttötungsversuche zu schaffen, noch ist er dazu berufen, über grundlegende sozialpolitische Fragen und die damit verbundenen finanziellen Konsequenzen zu befinden. Es bestehen hier dieselben Schranken richterlicher Rechtsfortbildung wie bei der Aus- oder Umgestaltung einer grundrechtsverletzenden Leistungsordnung (vgl. BGE 117 V 325 ff. Erw. 6). Eine

Änderung oder Ergänzung der in Art. 37 Abs. 1 UVG i.V.m. Art. 48 UVV für Suizidfälle statuierten Leistungsansprüche fällt mithin in den Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers und nicht des Richters.

3.4 Zusammenfassend erweist sich die Bestimmung von Art. 48 UVV, soweit sie die Leistungsansprüche für Suizid oder Suizidversuch an die Voraussetzung der vollständig aufgehobenen Urteilsfähigkeit des Suizidenten im Zeitpunkt der Tat knüpft, bei einer an der Entstehungsgeschichte von Art. 37 Abs. 1 UVG orientierten Auslegung als gesetzeskonform. Würde Art. 37 Abs. 1 UVG – wie in einem Teil des Schrifttums – anders ausgelegt, müsste die Regelung der durch den Unfallversicherer bei Selbsttötungen und Selbsttötungsversuchen auszurichtenden Leistungen vom Gesetzgeber getroffen und könnte nicht auf dem Weg der richterlichen Rechtsfortbildung geschaffen werden.

...

Adäquate Kausalität; Schutz der Privatsphäre; Beweismittelverwertung

U 481 Urteil des EVG vom 25. Februar 2003 i. Sa. V. T.
(U 161/01)

Adäquate Kausalität (Art. 6 Abs. 1 UVG):

Es liegt ein eher schwerer Unfall im mittleren Bereich vor, wenn sich ein Auto wegen eines Reifenplatzens bei einer Geschwindigkeit von ca. 95 km/h auf der Autobahn überschlägt und auf dem Dach liegen bleibt (Zusammenfassung der Rechtsprechung). Obwohl dem Unfall eine gewisse Eindrücklichkeit nicht abzusprechen ist, ist in casu die Eindrücklichkeit objektiv nicht besonders ausgeprägt (Erw. 3.3.2)

Schutz der Privatsphäre; Beweismittelverwertung (Art. 13 Abs. 1, Art. 36 BV; Art. 47 UVG):

Hatte eine private Haftpflichtversicherung eine Person rechtmässig (Art. 28 Abs. 2 ZGB) durch einen Privatdetektiv überwachen lassen, kann die SUVA die entsprechenden Beweismittel (Überwachungsberichte und Videoband) verwerten, wenn die Voraussetzungen des Art. 36 BV erfüllt sind; Frage offen gelassen, ob die SUVA selber eine solche Überwachung veranlassen kann (Erw. 3.3.3).

Causalité adéquate (art. 6 al. 1 LAA):

Il y a accident plutôt grave dans la catégorie des accidents de gravité moyenne, lorsqu'un véhicule automobile fait un tonneau à une vitesse d'environ 95 km/h sur l'autoroute en raison d'une crevaison et s'immobilise sur le toit (résumé de la jurisprudence). Bien qu'il ne faille pas nier un certain caractère impressionnant à l'accident, ce caractère n'est cependant objectivement pas particulièrement marqué en l'espèce (cons. 3.3.2).

Protection de la sphère privée; utilisation des moyens de preuve (art. 13 al. 1, art. 36 Cst.; art. 47 LAA):

Lorsqu'une assurance responsabilité civile privée a fait surveiller une personne par un détective privé de manière licite (art. 28 al. 2 CC), la CNA est en droit d'utiliser les moyens de preuve (rapports de surveillance et vidéocassettes) en résultant, pour autant que les conditions de l'art. 36 Cst. soient remplies. La question de savoir si la CNA peut également faire appel à ce type de surveillance est laissée ouverte (cons. 3.3.3).

Nesso causale adeguato (art. 6 cpv. 1 LAINF):

Un infortunio piuttosto grave è considerato di media entità nel caso in cui un'automobile a causa dell'esplosione di un pneumatico ad una velocità di circa 95 km/h, si capovolge in autostrada e rimane a giacere sul tetto (riassunto della giurisprudenza). Nonostante non si possa negare che l'infortunio sia da un certo punto di vista impressionante, in casu non è da considerarsi particolarmente impressionante da un punto di vista oggettivo (cons. 3.3.2).

Protezione della sfera privata; utilizzazione di mezzi di prova (art. 13 cpv. 1, art. 36 Cost. art. 47 LAINF):

Se un assicuratore privato di responsabilità civile ha fatto lecitamente (art. 28 cpv. 2 CC) sorvegliare una persona da un investigatore privato e se per il resto sono rispettate le condizioni di cui all'art. 36 Cost., l può utilizzare i mezzi di prova così raccolti (rapporti di sorveglianza e cassette video); lasciata per contro aperta la questione di sapere se l'INSAI stesso possa ordinare una simile sorveglianza (cons. 3.3.2).

Auszug aus den Erwägungen:

...

3.3.2 Die Unfallversicherung hat für den psychischen Gesundheitsschaden der Versicherten nur bei Vorliegen eines adäquaten Kausalzusammenhangs zum Unfall vom Sommer 1990 einzustehen. Diesbezüglich ist Folgendes festzuhalten: In Anbetracht der Umstände (Reifenplatzer auf der Autobahn bei ca. 95 km/h mit anschliessendem Überschlagen des Fahrzeugs auf das Dach; vollständige Arbeitsaufnahme per Mitte Januar 1991) ist der Vorinstanz zuzustimmen, wenn sie den Unfall den mittelschweren Ereignissen zuordnet. Der erlittene Unfall dürfte dabei eher zu den schwereren im mittleren Bereich zu zählen sein (nicht veröffentlichtes Urteil G. vom 23. August 1994, U 57/94: Überschlagen des Fahrzeuges infolge Reifenplatzers mit Kontusionen an Thorax, Schultern und Halswirbelsäule der Versicherten wurde als schwerer Unfall im mittleren Bereich angesehen; nicht veröffentlichtes Urteil G. vom 10. November 1992, U 68/91: Ein mittlerer Unfall, der keine massgebende Bedeutung für die Auslösung der psychischen Störungen hatte, lag vor, als das Fahrzeug ins Schleudern geriet, von der Strasse abkam und sich über eine Grasböschung hinab überschlug, was beim Versicherten mehrere Rippenfrakturen rechts und eine Rissquetschwunde im Bereich der rechten Beckenschaufel sowie einen Schlüsselbeinbruch rechts zur Folge hatte; nicht veröffentlichtes Urteil A. vom 29. Oktober 1991, U 62/90: Schwerer Unfall im mittleren Bereich, als ein Versicherter nach einem Frontalzusammenstoss durch das Fenster aus dem Auto ge-

schleudert wurde, während er mit dem Bein bis zur Hüfte im umgestürzten Wagen eingeklemmt blieb und sich eine Gehirnerschütterung, eine Kopfverletzung, einen Mittelhandbruch und Verletzungen in der Leistengegend zuzog; nicht veröffentlichtes Urteil B. vom 8. April 1991, U 47/90: Mittlerer Unfall, als ein von einem Lernfahrer gesteuerter Lastwagen von der Strasse abkam, seitlich eine Böschung hinunterfuhr und nach anderthalbmalem Überschlagen auf dem Dach liegen blieb, wobei sich der Versicherte als Beifahrer, der vor dem Überschlagen des Wagens abspringen konnte oder hinausgeschleudert wurde, Prellungen an der Halswirbelsäule und am Knie, eine Schockwirkung sowie möglicherweise eine Hirnerschütterung zuzog.)

Bei psychischen Beeinträchtigungen nach einem mittleren Unfall sind gemäss Rechtsprechung weitere Kriterien notwendig, um den adäquaten Kausalzusammenhang bejahen zu können (BGE 115 V 140 Erw. 6c):

Der Unfall vom 26. August 1990 weist zwar eine gewisse Eindrücklichkeit auf, indem sich ein Fahrzeug mit relativ hoher Geschwindigkeit auf der Autobahn überschlägt. Jedoch kann nicht davon gesprochen werden, dass die Eindrücklichkeit objektiv besonders ausgeprägt ist (vgl. BGE 115 V 141 oben sowie das bereits erwähnte nicht veröffentlichte Urteil B. vom 8. April 1991, U 47/90, in dem eine besonders ausgeprägte Eindrücklichkeit trotz anderthalbmalem Überschlagen eines Lastwagens verneint worden ist); zudem wurden weder die Beschwerdeführerin noch der Wagenlenker besonders schwer oder gar lebensgefährlich verletzt und es waren auch keine weiteren Personen in den Unfall involviert. Die Vorinstanz hat im Weiteren zu Recht erkannt, es sei nicht anzunehmen, dass die Versicherte längere Zeit im Auto eingeklemmt gewesen war und herausgeschweisst werden musste; so konnten denn auch keine entsprechenden Protokolle der italienischen Polizei und Sanität beigebracht werden.

Die erlittenen Verletzungen (Kontusionen an der rechten Seite und ein Glassplitter im rechten Ellenbogen, keine Frakturen) waren weder besonders schwer, noch erfahrungsgemäss geeignet, eine psychische Fehlentwicklung auszulösen; in dieser Hinsicht unterscheidet sich der vorliegende Fall vom (bereits erwähnten) nicht veröffentlichten Urteil G. vom 23. August 1994, U 57/94, wo sich die Versicherte Kontusionen an Thorax, Schultern und Halswirbelsäule zuzog. Ab Ende Oktober 1990 war die Beschwerdeführerin zu 50 % arbeitsfähig geschrieben und ab Januar 1991 fast vollständig geheilt. Nach den Angaben des SUVA-Kreisarztes Dr. med. R. bezeichnete sie sich im September 1991 als zu ungefähr 90 % geheilt; auch wenn die Versicherte diese Aussage heute bestreitet, ist davon auszugehen, dass die Verletzungen im fraglichen Zeitpunkt zum grössten Teil geheilt waren, denn einerseits arbeitete die Beschwerdeführerin wieder vollständig und andererseits konnte Dr. med. R. auf eine Untersuchung verzichten, was auf einen guten Gesundheitszustand schliessen lässt. Die Beschwerdeführerin hat in

der Folge – allerdings mit Unterbrechungen – ab Mitte Januar 1991 bis Ende März 1995 wieder gearbeitet, womit Grad und Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit nicht allzu stark ins Gewicht fallen. Vielmehr fand nach Dr. med. I. spätestens im April 1995 – zur gleichen Zeit, als die Versicherte ihre letzte Arbeitsstelle bei der X. aufgeben musste und eine Operation durch Dr. med. A. stattgefunden hatte – eine psychische Überlagerung der Beschwerden statt, auch wenn dies zuerst nicht erkannt worden ist und weiterhin eine Grundlage der geklagten Beschwerden im somatischen Bereich gesucht wurde (was in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu Unrecht dahingehend gewertet wird, dass keine [oder zumindest keine ausschlaggebenden] psychischen Gesundheitsschäden vorliegen). Die ärztliche Behandlung ist zwar langdauernd und die Versicherte klagt über körperliche Dauerschmerzen, jedoch hindern sie diese nicht daran, anstrengende Reinigungstätigkeiten auszuführen (wie dem Bericht des Privatdetektivs und seinem Video zu entnehmen ist; vgl. dazu Erw. 3.3.3 hienach). Die langwierigen ärztlichen Behandlungen sind zudem primär mit der psychischen Fehlverarbeitung zu erklären, was auch für den schwierigen Heilungsverlauf gilt. Eine ärztliche Fehlbehandlung ist nicht ersichtlich; auch die Operation am 4. April 1995 durch Dr. med. A. fällt nicht darunter, sondern war gemäss damaligem Kenntnisstand indiziert und ist ordnungsgemäss durchgeführt worden.

Da die gemäss Rechtsprechung bei einem mittleren Unfall notwendigen objektiven Kriterien nicht gehäuft vorliegen und auch keines davon in besonders ausgeprägter Weise gegeben ist (BGE 115 V 140 Erw. 6c), ist der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Unfall und einem allfälligen psychischen Gesundheitsschaden, der die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt, zu verneinen. Dies hat zur Folge, dass der Unfall zwar unter Umständen eine natürlich kausale Teilursache der psychischen Beschwerden darstellt, ihm aber rechtlich nicht zugerechnet werden kann. Damit läuft die Rüge der Versicherten ins Leere, dass die SUVA die unfallfremde Ursache der psychischen Komponente zu beweisen habe. Es kann deshalb auch offen bleiben, ob der schleppende Heilungsverlauf auf die vorbestehende psychische Struktur der Beschwerdeführerin zurückgeführt werden kann (was gemäss Dr. med. I. nicht sicher ist), da die SUVA mangels adäquaten Kausalzusammenhangs für den psychischen Gesundheitsschaden, der die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt, nicht einzustehen hat. Die möglicherweise bestehende Teilursache des psychischen Vorzustandes hat somit keinen Einfluss auf die Leistungspflicht der SUVA.

3.3.3 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie seit dem Unfall – und seit 1995 verstärkt – erhebliche Schmerzen habe, die ihre Arbeitsfähigkeit einschränkten. Zudem müsse sie – ausser in kurzen Ausnahmefällen – an Krücken gehen. Wie bereits festgestellt worden ist (vgl. Erw. 3.3.1 hievore),

sind die Beschwerden der Versicherten (zum grössten Teil; vgl. Erw.3.4 hienach) somatisch nicht objektivierbar, sondern beruhen auf einer psychischen Überlagerung. Wie die Überwachung durch einen Privatdetektiv gezeigt hat, kann die Beschwerdeführerin – entgegen den Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde – auch anstrengende Putzarbeiten durchführen. So ist auf Video festgehalten, dass sie am 24. März 1999 von 18.06 Uhr bis 20.14 Uhr einer solchen Tätigkeit nachgegangen ist – und das ohne ihre Krücken (und sei es auch nur zur Sicherheit) bei sich zu haben. Im Weiteren hat sich gezeigt, dass die Versicherte ein Auto lenken kann, was ohne Beugung des rechten Kniegelenkes nicht möglich ist, da das Auto – auch wenn es über ein Automatikgetriebe verfügen sollte – nicht in der Weise ausgerüstet worden ist, dass eine Bedienung ohne Beineinsatz möglich wäre. Die Überwachung (inkl. den entsprechenden Videoaufnahmen) – vorgenommen im Verhältnis zwischen privater Haftpflichtversicherung und einer Privatperson – sind nicht widerrechtlich, sondern durch ein überwiegendes privates und öffentliches Interesse gerechtfertigt (Art.28 Abs.2 ZGB): Weder die Versicherung noch die dahinter stehende Versicherten-gemeinschaft sollen zu Unrecht Leistungen erbringen müssen (JdT 1998 I S.763 Erw.2b = SJ 1998 S.303 f. Erw.2b, bestätigt durch Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 28. Juni 2001, VPB 65 [2001] Nr. 134 S.1381). Zudem ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass die Versicherte gegenüber der Haftpflichtversicherung (wie auch gegenüber der SUVA) einen Anspruch erhebt, der sich auf den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit abstützt, so dass diesbezüglich Eingriffe in die Persönlichkeit zu erdulden sind, was das Interesse der Beschwerdeführerin geringer erscheinen lässt. Damit sind die im Verhältnis Privatversicherung – Beschwerdeführerin erhobenen Beweismittel rechtmässig erlangt worden.

Dies bedeutet aber noch nicht, dass solche Beweise auch von der SUVA erhoben oder verwertet werden dürfen, da es sich bei der SUVA um eine öffentlich-rechtliche Anstalt handelt (Art.61 Abs. 1 UVG), welche vom öffentlichen Recht beherrscht wird und damit – als Teil des Staates – die Grundrechte der Versicherten (hier Schutz der Privatsphäre; Art. 13 Abs. 1 BV) zu berücksichtigen hat. Dieser Schutz gilt jedoch nicht absolut; vielmehr können die Grundrechte gemäss Art.36 BV eingeschränkt werden, wenn eine gesetzliche Grundlage vorliegt (Abs.1), ein öffentliches Interesse an der Einschränkung besteht (Abs.2), die Einschränkung verhältnismässig ist (Abs.3) und der Kerngehalt der Grundrechte nicht angegriffen wird (Abs.4). In vorliegender Sache besteht die gesetzliche Grundlage für die Verwertung der fraglichen Beweismittel in Art.47 UVG, welcher dem Versicherer eine Pflicht zur Sachverhaltsabklärung auferlegt, ohne dabei eine Beschränkung der Beweismittel vorzusehen (mit Ausnahme der Autopsie eines tödlich Verunfallten; Art.47 Abs.4 UVG). Das öffentliche Interes-

se an der Einschränkung des Schutzes der Privatsphäre liegt darin, keine nicht geschuldeten Leistungen zu erbringen (vgl. JdT 1998 I S. 763 Erw. 2b = SJ 1998, S. 303 f. Erw. 2b, bestätigt durch Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 28. Juni 2001, VPB 65 [2001] Nr. 134 S. 1381) und damit die Gemeinschaft der Versicherten zu schädigen. Nach der Rechtsprechung verlangt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass der Grundrechtseingriff zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet und erforderlich ist und dass das verfolgte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, den zu seiner Verwirklichung notwendigen Freiheitsbeschränkungen, steht (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne; Urteil K. des Schweizerischen Bundesgerichts vom 24. Oktober 2001, 2P.52/2001). Die Verwertung der durch den Privatdetektiv erbrachten Beweise ist zur Erreichung des angestrebten Zieles (keine Leistungszusprechung an Unberechtigte und entsprechender Schutz der Versichertengemeinschaft) geeignet und auch erforderlich, da nur diese Beweismittel – bei offensichtlich bestehenden Anhaltspunkten einer effektiv bestehenden Arbeitsfähigkeit – eine unmittelbare Wahrnehmung wiedergeben können (vgl. JdT 1998 I S. 764 Erw. 2c = SJ 1998 S. 304 Erw. 2c). Zudem sind sie auch im engeren Sinne verhältnismässig, da nur die für die Anspruchsbeurteilung notwendigen Aspekte berücksichtigt worden sind (faktische Arbeitsfähigkeit als Putzfrau). Die Verwertung der aus der beschränkten Überwachung durch einen Privatdetektiv erlangten Beweismittel greift zudem den Kerngehalt des Schutzes auf Privatsphäre gemäss Art. 13 Abs. 1 BV nicht an, womit die Verwertung der durch den Privatdetektiv erstellten Beweismittel in casu zulässig ist. Ob dies auch bei einer Beweisaufnahme durch die SUVA so wäre, kann offen gelassen werden.

...

Extinction du droit à la rente transitoire et décision de l'AI concernant la réadaptation professionnelle

U 482 Arrêt du TFA du 17 mars 2003

dans la cause B. S. (U 230/01 und 232/01)

Extinction du droit à la rente transitoire et décision de l'AI concernant la réadaptation professionnelle
(Art. 19 al. 3 LAA; art. 30 al. 1, let. b, OLAA):

Par décision négative de l'AI concernant la réadaptation professionnelle, il faut comprendre une décision exécutoire.

In casu, le droit à la rente transitoire s'est éteint lors de l'entrée en force du jugement statuant sur la question des dites mesures de réadaptation (cons. 4).

Ende des Anspruchs auf eine Übergangsrente und Entscheidung der IV über die berufliche Eingliederung
(Art. 19 Abs. 3 UVG; Art. 30 Abs. 1 lit. b UVV):

Unter negativem Entscheid der IV über die berufliche Eingliederung ist ein vollziehbarer Entscheid zu verstehen.

Im konkreten Fall ist der Anspruch auf die Übergangsrente mit dem Eintritt der Rechtskraft des die Frage nach Eingliederungsmassnahmen betreffend Beschwerdeentscheids erloschen.

Estinzione del diritto alla rendita transitoria e decisione dell'AI concernente l'integrazione professionale
(art. 19 cpv. 3 LAINF; art. 30 cpv. 1 lett. b OAINF):

Per decisione negativa dell'AI concernente l'integrazione professionale deve intendersi una decisione esecutiva.

Nel caso di specie, il diritto alla rendita transitoria si è estinto con la crescita in giudicato della pronuncia statuente sulla questione dei provvedimenti d'integrazione.

Extrait des considérants:

...

4.

Dans son recours, la Winterthur soutient aussi que la rente transitoire ne doit être versée que jusqu'au moment où l'AI rend sa décision sur les mesures de réadaptation d'ordre professionnel, et non pas jusqu'à la date à laquelle la décision de l'AI entre effectivement en force. A défaut, l'assuré pourrait prolonger son droit à la rente transitoire de l'assureur-accidents, notamment en usant abusivement de son droit de recours contre la décision de l'AI.

4.1 Aux termes de l'art. 30 al. 1 OLAA (dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1998), édicté par le Conseil fédéral en application de l'art. 19 al. 3 LAA, lorsqu'on ne peut plus attendre de la continuation du traitement médical une sensible amélioration de l'état de santé de l'assuré, mais que la décision de l'AI concernant la réadaptation professionnelle n'interviendra que plus tard, une rente sera provisoirement allouée dès la fin du traitement médical; cette rente est calculée sur la base de l'incapacité de gain existant à ce moment. Le droit s'éteint avec la décision négative de l'AI concernant la réadaptation professionnelle (let. b) ou avec la fixation de la rente définitive (let. c).

Selon le commentaire de l'art. 30 al. 1 OLAA – nouvelle teneur – donné par l'OFAS, la rente transitoire pouvant faire naître de faux espoirs quant au montant de la rente «définitive», il s'est avéré nécessaire de mieux faire ressortir, aussi bien dans le titre que dans le texte, qu'il ne s'agit en fait que d'une prestation temporaire, qui est fixée provisoirement. L'ancienne réglementation ne déterminait pas le moment à partir duquel la rente transitoire est remplacée par la rente définitive, lorsque, par exemple, l'AI considère, après examen du cas, que des mesures de réadaptation sont inutiles. C'est la raison pour laquelle on précise expressément quand s'éteint la rente transitoire (RAMA 1998 p. 130; cf. aussi au sujet du caractère temporaire *Maurer*, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, p. 371).

En réalité et comme le montre le présent litige, la précision souhaitée fait défaut dès lors que le texte de l'ordonnance (qui reprend celui de l'art. 19 al. 3 LAA) ne permet pas de dire – dans aucune des trois versions linguistiques – ce qu'il en est lorsque les mesures de reclassement ont été refusées par l'AI mais que sa décision est portée par la voie du recours devant les instances judiciaires.

4.2 La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Selon la jurisprudence, il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (ATF 128 II 347 consid. 3.5, 128 V 105 consid. 5, 207 consid. 5b et les références).

Dans son message à l'appui d'un projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents du 18 août 1976, le Conseil fédéral n'avait prévu l'allocation de rentes

qu'à partir du moment où les mesures de réadaptation auraient été menées à chef (FF 1976 III 193–194, ad art. 19). Lors de la lecture de l'art. 19 al. 3 du projet de loi, le rapporteur de la commission du Conseil national a relevé qu'il fallait souvent attendre plusieurs mois avant que les organes de l'assurance-invalidité fixent le montant des rentes ou statuent sur les mesures de réadaptation. Aussi a-t-il paru nécessaire à la commission de donner mandat au Conseil fédéral d'édicter des prescriptions afin que l'assureur puisse verser les rentes entre le moment où l'on constate qu'on ne peut plus attendre de la poursuite du traitement médical une sensible amélioration de l'état de santé de l'assuré et le moment où la décision est prise par l'assurance-invalidité (BO CN 1979 pp. 180–181).

Si le législateur n'a pas réglé *expressis verbis* la question du droit à une rente transitoire de l'assureur-accidents durant une éventuelle procédure de recours concernant les mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité, il a néanmoins manifesté clairement son intention de garantir le versement de telles rentes aussi bien pendant le déroulement desdites mesures de réadaptation que pendant la période qui va de la fin du traitement médical jusqu'au moment où décision est prise quant à d'éventuelles mesures de réadaptation, cas échéant à la mise en œuvre de celles-ci. Par ailleurs, on sait que l'obligation de l'assureur-accidents d'allouer ses prestations dépend indubitablement de la décision de l'AI portant sur le droit de l'assuré aux mesures de réadaptation d'ordre professionnel (art. 19 al. 1 LAA; *Omlin*, *Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung*, p. 199).

Dans ces conditions, le point de vue que défend la Winterthur n'apparaît pas conciliable avec l'intention du législateur et va à l'encontre de la systématique de la loi. En effet, on ne voit pas que la rente transitoire allouée pendant la durée de la procédure menant à la décision de l'AI ne puisse pas concerner la durée totale de cette procédure, y compris lorsqu'il y a recours, faute de quoi l'intention du législateur d'assurer le versement de prestations pendant cette période temporaire et transitoire ne serait pas respectée. On peut relever aussi qu'une telle interprétation peut se fonder en partie sur le texte de la loi dès lors que par décision de l'AI il y a lieu de comprendre décision de l'assurance-invalidité en général et non exclusivement décision de l'office AI, organe particulier de cette assurance.

Au demeurant, et si l'on suivait le raisonnement de la Winterthur, l'octroi d'une rente de l'assureur-accidents sitôt que l'office AI a statué négativement sur la question de la réadaptation professionnelle pourrait dans certains cas aboutir à des résultats guère soutenables au regard de la loi, en particulier lorsque la juridiction de recours ordonne des mesures de réadaptation. D'une part, l'assureur-accidents se trouverait alors avoir statué et fixé la rente, contrairement aux exigences de l'art. 19 al. 1 LAA, soit avant que les mesures de réadaptation n'aient été menées à terme; d'autre part, la sup-

pression d'une rente octroyée prématurément serait pour le moins délicate dès lors que les conditions d'une reconsidération ne seraient que difficilement réunies (cf. ATF 127 V 469 consid. 2c et les arrêts cités). Aboutir à un tel résultat s'avérerait contraire à la volonté du législateur.

4.3 A l'appui de son recours, la Winterthur invoque encore le risque d'abus résultant de l'utilisation des voies de recours aux fins de bénéficier d'une rente transitoire de l'assureur-accidents pendant une période relativement longue.

Selon l'art. 30 al. 1 OLAA, cette prestation est fixée pratiquement sur les mêmes bases que la rente d'invalidité, soit en fonction de l'incapacité de gain qui est déterminée à la suite d'une comparaison de revenus. La différence réside dans le fait qu'est prise en considération l'activité qui peut raisonnablement être exigée de la part d'un assuré non encore réadapté, compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail (ATF 116 V 246). Dans ces conditions, le risque d'abus qui apparaît comme faible voire inexistant, ne saurait au demeurant justifier une interprétation différente de la loi.

4.4 Il s'ensuit que par décision négative de l'AI concernant la réadaptation professionnelle, au sens de l'art. 30 al. 1 let. b OLAA, il faut comprendre une décision exécutoire. Le droit de l'assuré à la rente transitoire s'est donc éteint lorsque le jugement de la Commission fédérale de recours en matière d'AVS/AI pour les personnes résidant à l'étranger du 6 décembre 1999 est entré en force, soit à l'échéance d'un délai de trente jours après notification (*Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, p. 233; *Kölz/Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2^e éd. n° 714; *Kölz/Bosshart/Röhl*, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2^e éd., p. 750).

En l'occurrence, ce jugement a été notifié le 23 décembre 1999 au mandataire de l'assuré, de sorte qu'il est devenu exécutoire le 2 février 2000 (ATF 122 V 60). En conséquence, la rente transitoire sera versée jusqu'à fin février 2000 (art. 19 al. 2 LAA). Le jugement attaqué sera, sur ce point, réformé à l'avantage de A. (art. 132 let. c OJ).

...