

# Existe-t-il un fondement légal suffisant pour le concept de valeur intrinsèque?

Demande de la FMH adressée à la Commission de la concurrence et au Préposé fédéral à la protection des données

Olivier Kappeler, membre du Comité central  
Hanspeter Kuhn, Secrétaire général adjoint

Le concept de valeur intrinsèque sous la forme décidée par les divers partenaires contractuels laisse plusieurs questions en suspens. Celles qui concernent son application sont techniquement solubles et les efforts communs des partenaires de la Commission paritaire sur la valeur intrinsèque (CPVI) permettront d'instaurer, en 2005 encore, la banque de données idoine.

Des questions de fond sur le concept de valeur intrinsèque demeurent ouvertes. Le Comité central de la FMH a décidé de les clarifier auprès du Préposé fédéral à la protection des données (PFPD) et de la Commission de la concurrence (COMCO). La FMH a préalablement informé de ces questions les partenaires contractuels H+, santésuisse et la CTM. Dans la foulée, santésuisse s'est associée à l'annonce faite à la COMCO [1].

## Notre annonce à la Commission de la concurrence

### Situation initiale

La loi fédérale sur les cartels (LCart) a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique et social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence (art. 1 LCart).

La loi sur les cartels s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public (art. 2 LCart).

Sont néanmoins exclues du champ d'application de la loi les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique ou celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 LCart).

### Nos réflexions

La structure tarifaire TARMED est en elle-même exigée par la LAMal, elle a fait l'objet d'un accord entre partenaires tarifaires et a été adoptée par le Conseil fédéral. Elle répond dès lors à un «régime de marché ou de prix de caractère étatique». Pour ce domaine, le droit des cartels n'est pas applicable.

Le concept de valeur intrinsèque formule un grand nombre d'obligations par rapport à la formation postgraduée et à l'application de positions (sur les 4500 positions du TARMED, seules environ 400 sont applicables sans restrictions par tous les médecins). Le concept de valeur intrinsèque limite ainsi la concurrence. L'art. 43 de la Loi sur l'assurance-maladie (LAMal) prévoit que la rémunération de certaines prestations peut être soumise à des conditions, mais seulement «à titre exceptionnel» [2]. Le texte d'adoption par le Conseil fédéral n'est pas clair sur la question de la valeur intrinsèque [3].

## Nos questions à la Commission de la concurrence

- La LCart est-elle applicable dans le domaine de la valeur intrinsèque, ou existe-t-il un fondement légal suffisant pour exclure le droit des cartels de ce sujet-là?
- L'autorisation du Conseil fédéral remplace-t-elle, le cas échéant, le fondement légal inexistant?

### Commentaire

Nous voulons contribuer à la mise en œuvre du concept de valeur intrinsèque convenu. Le manque de réponses à nos questions, qui demeurent à notre avis ouvertes, et les amendes élevées qui nous menacent si la COMCO constate une infraction, ont conduit le CC à formuler cette demande. Nous sommes confortés dans cette opinion par le fait que santésuisse s'est également décidée à prendre cette voie.

### Suite à donner

Par lettre du 8 juillet 2005, la COMCO nous a fait savoir qu'en la matière, elle n'allait pas ouvrir de procédure. Quant à la question du fondement légal concernant le règlement de la valeur intrinsèque, elle n'a pas pris position. Le courrier reçu signifie donc que la FMH, à l'égard de ce problème et jusqu'à nouvel avis, ne risque pas de sanctions sur le plan du droit de la concurrence. «Jusqu'à nouvel avis» veut dire que la COMCO

1 Selon les dispositions transitoires, la loi sur les cartels révisée permettait, jusqu'au 31 mars 2005, l'annonce de «restrictions à la concurrence potentiellement illicites». La FMH et santésuisse ont respecté ce délai.

2 Teneur de l'art. 43, 2<sup>e</sup> al., lit. d.: «soumettre, à titre exceptionnel, en vue de garantir leur qualité, la rémunération de certaines prestations à des conditions supérieures à celles prévues par les art. 36 à 40, notamment à celles qui prévoient que les fournisseurs disposent de l'infrastructure, de la formation de base, de la formation postgraduée ou de la formation continue nécessaires (exclusion tarifaire).»

3 Le Conseil fédéral, par décision du 30 septembre 2002, a donné son aval à la structure tarifaire TARMED. Il a «relevé à cette occasion [...] que le concept de valeur intrinsèque devait aussi s'étendre aux médecins bénéficiant d'une formation postgraduée d'au moins deux ans» (trad. FMH).

Correspondance:  
Service juridique de la FMH  
Elfenstrasse 18  
Case postale 170  
CH-3000 Berne 15  
Tél. 031 359 11 11  
Fax 031 359 11 12

E-mail: lex@fmh.ch

peut revenir à la charge – sa lettre n'est pas un arrêt de tribunal qui conclurait définitivement la question [4].

### **Notre demande au Préposé fédéral à la protection des données (PFPD)**

#### **Situation initiale**

La banque de données sur la valeur intrinsèque comprend pour chaque médecin les informations sur les titres de spécialistes, les formations approfondies et les positions facturables dans le cadre de la *garantie des droits acquis*. Le TARMED exigeant des qualifications particulières pour nombre de prestations, cette banque de données est très vaste. Elle donne une description détaillée de toute la gamme de prestations d'un médecin, mais aussi de l'ensemble du corps médical. Dans le cadre de la facturation, l'assureur est en droit, de par les conventions, de recourir à ces données.

Au cours du travail, il s'est avéré que les partenaires répondent différemment à la question de savoir si cette banque de données contient des données «dignes d'être protégées».

Notre intervention auprès du PFPD a pour but de lui faire connaître la teneur de la banque de données, de l'informer sur les possibilités d'utilisation et d'interrogation de celle-ci et de l'inviter à accompagner les négociations contractuelles.

### **Nos questions au Préposé fédéral à la protection des données**

- Les données sur la valeur intrinsèque de chaque médecin représentent-elles un «profil de la personnalité» tombant sous le coup de la protection des données?
- Dans l'affirmative, y a-t-il une base légale suffisante pour le traitement des données par la FMH (l'art. 43, 2<sup>e</sup> al., de la LAMal est-il respecté)?
- Concernant la transmission prévue des données à l'assureur: quand pouvons-nous, dans le cadre de l'utilisation prévue, transmettre ces données? Quelles sont les mesures à prendre pour éviter (identifier/sanctionner) un abus?

#### **Suite à donner**

Un juriste auprès du Préposé fédéral à la protection des données (PFPD) a donné le 8 août dernier une première prise de position. Lui non plus ne prend pas position sur la question de savoir si le concept de valeur intrinsèque jouit d'une assise légale suffisante. Il indique par contre qu'aucune base légale n'existe permettant de transmettre les données sur la valeur intrinsèque à l'assureur hors de l'examen des factures. Ce qui empêche, à ses yeux, de livrer l'ensemble de la banque de données.

4 La lettre de la COMCO ne donne pas force de chose jugée (*res iudicata*) à cette affaire et ne constitue donc pas un jugement définitif.