

Le 1^{er} août 2007, le Conseil fédéral a complété l'Ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal) en y incluant un article 59c édictant des règles pour l'approbation des tarifs. Il a procédé ainsi car la loi cédait désormais au Tribunal fédéral administratif la compétence de traiter les recours en matière de tarif. Dès le début, la FMH a pensé que cette nouvelle disposition relevait d'une interprétation singulière de la Constitution fédérale, de la LAMal et des principes de l'économie d'entreprise. Dans le cadre de la révision de la Liste des analyses, l'OFSP s'est explicitement basé sur cet article et a défendu l'idée selon laquelle l'expression «couvrir les coûts» signifiait que le laboratoire de proximité du praticien ne devait pas

fournir de contribution aux frais relevant des prestations générales du cabinet médical. L'article 59c OAMal est aussi fréquemment cité et utilisé comme base lors des procédures de fixation du tarif dans le domaine de la convention prestations-prix (CPP) ou en cas de nouvelles tarifications liées au TARMED. C'est pourquoi la FMH a mandaté la Prof. Regula Kägi-Diener pour rédiger une expertise visant à clarifier ces questions qui sont absolument cruciales pour nous. Les conclusions de ce travail sont évidentes et sans appel ...

*Dr Ernst Gähler, vice-président de la FMH,
responsable du Domaine Tarifs et conventions*

«Une Ordonnance d'exécution proprement dite ne doit pas déborder le cadre de la loi»*

Hanspeter Kuhn

Avocat, secrétaire général adjoint
de la FMH

L'experte avait reçu pour mandat d'examiner si l'art. 59c OAMal est compatible avec la LAMal et la Constitution et/ou de voir comment il doit être lu en conformité avec la loi et la Constitution.

La teneur de l'art. 59c OAMal (Tarification) est la suivante:

- 1 L'autorité d'approbation au sens de l'art. 46, al. 4, de la loi vérifie que la convention tarifaire respecte notamment les principes suivants:
 - a. le tarif couvre au plus les coûts de la prestation justifiés de manière transparente;
 - b. le tarif couvre au plus les coûts nécessaires à la fourniture efficiente des prestations;
 - c. un changement de modèle tarifaire ne doit pas entraîner de coûts supplémentaires.
- 2 Les parties à une convention doivent régulièrement vérifier les tarifs et les adapter si le respect des principes énoncés à l'al. 1, let. a et b, n'est plus garanti. Les autorités compétentes doivent être informées des résultats de ces vérifications.
- 3 L'autorité compétente applique par analogie les al. 1 et 2 lors de la fixation des tarifs prévus aux art. 43, al. 5, 47, ou 48 de la loi.

Voici les extraits les plus importants de cette expertise (sous-titres de l'auteur, traductions FMH):

Une Ordonnance d'exécution ne doit pas limiter les droits

«Dans l'arrêt 103 IV 192, E. 2a, 194, le Tribunal fédéral a fixé des limites étroites à la compétence d'exécution. Une ordonnance d'exécution proprement dite ne doit pas déborder du cadre de la loi; elle n'a par définition pas d'autre fonction que d'en préciser certaines dispositions, d'en combler le cas échéant les véritables lacunes et de fixer, lorsque c'est nécessaire, la procédure ap-

plicable. En revanche, elle ne saurait contenir des dispositions nouvelles qui étendraient le champ d'application de la loi en restreignant les droits des administrés ou en imposant à ceux-ci des obligations, mêmes si ces règles sont encore conformes au but visé par le législateur.»

La LAMal n'envisage pas l'introduction d'une médecine d'Etat

«L'entrée en vigueur de la LAMal en 1996 a eu pour corollaire l'introduction d'une régulation stricte des caisses-maladie et des tarifs. Néanmoins, cette révision totale de la LAMal n'a pas bouleversé outre mesure la pensée libérale de l'ordre juridique suisse. [...] Au sujet des tarifs, le Conseil fédéral de l'époque déclara que c'était le principe de la liberté de contracter qui se situait au premier plan (message LAMal p. 161 en haut, tiré à part p. 85 en haut). Il était clair, même pour le Conseil fédéral, que la liberté économique devait être respectée et ce point a été l'un des éléments déclarés de la loi révisée.

A cela s'ajoute encore ceci: malgré les diverses limitations prévues dans la LAMal pour les fournisseurs de prestations, les médecins n'exerçant pas dans les hôpitaux publics, mais d'autres fournisseurs de prestations aussi, doivent générer leurs revenus à titre d'entrepreneurs et aux conditions régissant l'économie privée. Ce modèle est à la base de la LAMal, car le législateur n'a jamais eu l'intention d'introduire une médecine d'Etat. [...] *La liberté économique (art. 27 Cst.) doit donc être prise en compte*, pour autant que la LAMal ne la limite pas expressément.»

* Récapitulation de l'expertise de Mme la Prof. Regula Kägi-Diener concernant la conformité constitutionnelle et légale de l'art. 59c OAMal.

Correspondance:
Service juridique de la FMH
Case postale 170
CH-3000 Berne 15
Tél. 031 359 11 11
Fax 031 359 11 12
lex@fmh.ch

Le terme «au plus» est irritant – les tarifs ne couvrant pas les coûts seraient contraires au système et incompréhensibles

«Si on lit le premier alinéa de l'article 59c OAMal sans idées préconçues, le terme «au plus» figurant aux lettres a et b est irritant. Pour être approuvé, le tarif devrait couvrir «au plus» les coûts justifiés de manière transparente et nécessaires à la fourniture efficiente des prestations. Ce principe devrait être appliqué par analogie dans la fixation des tarifs (art. 59c, 3^e al. OAMal). Cette lecture laisse entendre – en tous les cas au premier coup d'œil – que le tarif pourrait aussi couvrir *moins* que les coûts justifiés et nécessaires à la fourniture efficiente. Cela signifierait en même temps qu'avec chaque prestation, des coûts incomberaient aux fournisseurs de prestations que ceux-ci ne peuvent pas répercuter, puisque qu'ils doivent respecter la protection tarifaire des patients (art. 44 LAMal) et qu'ils sont ainsi liés au tarif. Vue sous cet angle, la teneur du texte (allemand) laisse à penser que la prestation technique et/ou médicale ne serait pas entièrement prise en charge. Elle serait donc *non économique*, ce qui, dans un système d'économie privée, même régulé, serait non seulement inhabituel mais aussi incompréhensible et contraire au système, étant donné que les cabinets médicaux (et autres fournisseurs de prestations privés) ne sont pas subventionnés. [...] Avec l'art. 43, 4^e al. LAMal, le législateur a toutefois stipulé que les tarifs selon la LAMal doivent en premier lieu être fixés *d'après les règles applicables en économie d'entreprise* (et être structurés de manière appropriée).» [1]

Les coûts du «cabinet modèle» doivent être déterminants

«Pour effectuer des mesures d'après les critères de l'économie d'entreprise selon l'art. 43, 4^e al. LAMal, il ne faut pas prendre des coûts hypothétiques mais des données représentatives reposant sur les coûts effectifs des cabinets médicaux [2] («cabinet modèle»). Les coûts moyens ainsi obtenus doivent permettre une rémunération correspondant aux charges et à la prestation du fournisseur concerné dans le cadre d'une utilisation optimale [3].

[...] L'autorité d'approbation (ou de fixation tarifaire) ne peut statuer en-dessous des coûts déterminés selon les critères d'économie d'entreprise que si elle a *de bonnes raisons* de penser que ceux-ci sont trop élevés pour être considérés comme «économiques». Elle doit au moins prouver que les coûts dérogants qu'elle veut inclure

dans le tarif *peuvent aussi être justifiés valablement au moyen de critères d'économie d'entreprise et qu'on peut raisonnablement exiger des fournisseurs de prestations de s'y conformer*. De plus, cette autorité doit, bien entendu, donner la possibilité aux milieux concernés de s'exprimer sur les raisons invoquées et tenir compte de leurs objections.»

Le Tribunal fédéral interdit les «activités bénévoles» pour l'ordre des avocats

«Dans un arrêt concernant le revenu des avocats effectuant un travail dans le cadre de l'assistance juridique, le Tribunal fédéral a indiqué qu'il était inacceptable que les membres d'une corporation accomplissent du travail bénévole et qu'il paraissait choquant que seules les charges d'exploitation soient remboursées pour ce genre d'activité. Le TF ajoute que le fait de prescrire uniquement la couverture de ces charges comme limite inférieure d'une indemnisation appropriée n'est pas compatible avec le principe de l'interdiction de l'arbitraire ni, indirectement, avec l'art. 27 de la Constitution fédérale [4]. On relèvera que ces considérations ont été formulées au sujet de ce qui ne constitue qu'une petite part de l'activité professionnelle globale des avocats. Chez les médecins en revanche, c'est l'ensemble de l'activité professionnelle qui est réglée par des tarifs. Même s'il n'est pas possible d'approfondir ici la question du revenu de référence pour le calcul des coûts, il faut tout de même, dans ce calcul, s'appuyer sur des revenus comparables soumis à conditions de base comparables pour satisfaire au principe de la liberté économique.»

Neutralité des coûts lors de changement de modèle tarifaire: absence d'autorisation légale

«L'art. 59c, 1^{er} al., let. c OAMal stipule qu'un changement de modèle tarifaire ne doit pas entraîner de coûts supplémentaires. C'est donc la neutralité des coûts qui est prescrite ici pour les changements tarifaires. Remarquons qu'en tout cas d'après la teneur de cet article, cette neutralité n'est applicable que dans un sens, c'est-à-dire qu'on doit seulement éviter des coûts supplémentaires. Quant à savoir si une diminution des coûts est admise, cela reste une question ouverte (elle ne le serait pas dans le cadre d'une «véritable» neutralité). [...]»

La limitation de l'autonomie contractuelle est simultanément une limitation de la liberté économique; de ce fait, elle ne peut pas être décidée dans une Ordonnance, si – comme c'est le cas en l'occurrence – la loi n'habilite pas le Conseil fédéral à cet effet.»

1^{re} conclusion: quiconque respecte la Constitution et la loi lit l'art. 59c, al. 1, let. a et b de l'OAMal comme suit:

«L'autorité d'approbation au sens de l'art. 46, al. 4, de la loi veille à l'autonomie contractuelle des partenaires tarifaires lorsqu'elle statue et vérifie que la convention tarifaire respecte notamment les principes suivants:

(a. et b.) Le tarif doit correspondre aux coûts, justifiés de manière transparente, de la prestation fournie de façon efficiente. Le revenu approprié de l'entrepreneur fait partie de ces coûts. Le tarif peut être inférieur aux coûts de la prestation justifiés de manière transparente lorsque ceux-ci ne correspondent pas au principe de l'économicité. Un tel écart doit pouvoir être justifié au moyen de critères d'économie d'entreprise, répondre au principe de la proportionnalité et pouvoir être raisonnablement exigé des fournisseurs de prestations.»

2^e conclusion: l'art. 59c, al. 1, let. c OAMal (neutralité des coûts lors de changement de tarif): dépassement de compétences

«[Il apparaît que cet alinéa] dépasse les limites fixées à la compétence exécutive générale du Conseil fédéral dans cette affaire. Il va au-delà

des exigences posées par la LAMal elle-même pour un changement tarifaire.»

Références

- 1 Concernant la «structure appropriée», la commission d'experts Schoch, dans son rapport du 2 nov. 1990 (tiré à part p. 60) a estimé ce qui suit à l'époque: «En uniformisant les structures des tarifs, on veut atteindre surtout les buts suivants: une relation adéquate entre les valeurs des diverses prestations fondée sur des critères relevant de la gestion d'entreprise (art. 31, 1^{er} al.)».
- 2 Cf. Gebhard Eugster, Assurance-maladie, Rz. 884 et ss., dans: Ulrich Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit, SBVR, 2^e édition, Basel/Genf/München 2007.
- 3 Cf. aussi: Beatrice Gross Hawk, Selbständige nicht ärztliche Medizinalpersonen in der freien Praxis, Schulthess Zürich 2008, Rz. 107.
- 4 Cf. ATF 2P.17/2004 et 2P.325/2003 du 6.6.2006; voir aussi ATF 131 V 153.